

大会

Distr.: General
17 March 1999
Chinese
Original: English/French

国际法委员会

第五十一届会议

1999 年 5 月 3 日至 7 月 23 日,日内瓦

关于国家责任的第二次报告

特别报告员詹姆斯·克劳福德先生

目录

段次 页次

一. 本报告的范围.....	1	2
二. 第一部分条款草案的审查情况.....	2-156	2
A. 第一部分, 第三章:违背国际义务.....	2-156	2
1. 导言.....	2-4	2
(a) 概览.....	2-3	2
(b) 各国政府对整个第三章的评论.....	4	3
2. 第三章具体条款的审查情况.....	5-148	3
(a) 第 16 条: 违背国际义务行为的发生.....	5-15	3
(b) 第 17 条: 不论所违背的国际义务的起源.....	16-26	9
(c) 第 19 条第 1 款: 不论所违背的义务的主题为何.....	27-34	12
(d) 第 18 条第 1 款和第 2 款: 国际义务必须对一国为有效.....	35-51	14
(e) 第 20 条第 21 条: 行为义务和结果义务.....	52-80	20
(f) 第 23 条: 违背要求防止某一特定事件的国际义务.....	81-92	33
(g) 第 18 条第 3 至第 5 款和第 24 至第 26 条: 已完成和具有持续性的 不法行为.....	93-135	36
(h) 第 22 条: 用尽当地补救办法.....	136-148	52
3. 与违背国际义务有关的其他问题.....	149-155	57
(a) 国际义务的空间效果与违背义务问题.....	150-153	57
(b) 违背义务行为按其严重性加以区分的可能性.....	154-155	59

4. 关于第三章的建议摘要	156	60
---------------------	-----	----

一. 本报告的范围¹

1. 本报告继续 1998 年开始的² 根据各国政府的评论以及国家实践、司法判决和文献方面的发展情况系统审议条款草案。在报告的后几部分,还提议处理条款草案第二和第三部分提出的某些一般问题,并开始审议第二部分各条。³

二. 第一部分条款草案的审查情况

A. 第一部分. 第三章:违背国际义务

1. 导言

(a) 概览

2. 第一部分第三章由 11 条组成,处理“违背国际义务”这一大题目。经分析,第三章处理的事项可分为五类:⁴

(a) 第 16 条、第 17 条和第 19 条第 1 款⁵ 处理违背国际义务行为概念本身,强调义务的起源或义务的主题的无关性;

(b) 第 18 条第 1 和第 2 款处理国家违背国际义务时该项义务必须有效的规定;

(c) 第 20 条和第 21 条处理行为义务与结果义务的区别,同样,第 23 条处理预防义务;

(d) 第 24 条至第 26 条处理违背国际义务的时刻和期间,特别是有持续性的不法行为与时间上无持续性的不法行为的区别。这几条还进一步区分了复合不法行为

¹ 特别报告员感谢剑桥大学劳特帕赫特国际法研究中心副研究员皮尔·博多先生大力协助编写本报告,并感谢利弗休姆信托基金的财政支助。一批年轻学者(由英国学会人文学科研究理事会赞助)在关于国家责任的各种语文文献方面提供了协助,他们是:锡耶纳大学的安德鲁·比安基副教授;马德里自治大学的卡洛斯·埃斯波西蒂教授;东京大学的由地岩泽教授;伦敦律师学院法学院的尼纳·耶恩森博士;索菲亚大学的由美西村女士;维也纳大学的斯蒂芬·威地希博士。

² 见第一次报告,A/AC.4/490/Add.4-6。

³ 自第一次报告以来,继续收到政府提出的评论:见 A/CN.4/488/Add.3 和 A/CN.4/492。至于同第 16 条及以下各条有关的评论,在下文中得到了考虑。提议在所有条款草案都已审议后再讨论关于第 1 条至第 15 条草案的进一步评论,届时将再次整体审议这些评论。

⁴ 关于第三章的准备工作,见:阿戈,第五次(1976 年)、第六次(1977 年)和第七次(1978 年)报告;《1978 年...年鉴》,第一卷,第 232-237 页(全体辩论);同上,第 269-270 页(起草委员会的报告);国际法委员会第三十届会议工作报告(1978 年),第 184-186 页(准备工作综述);《1976 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 78-122 页,《1977 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 11-50 页,《1978 年...年鉴》,第二卷(第二部分),第 81-98 页(条款草案案文及有关评注)。

⁵ 第 19 条第 2 和 4 款处理各国国际犯罪的定义。它所提出的问题在讨论“犯罪”和“不法行为”责任的区分时阐述的(第一次报告,见 A/AC.4/490/Add.1-3)。

与混合不法行为。第 18 条第 3 至第 5 款设法说明何时发生具有持续性、复合和混合不法行为,并处理与这类行为有关的时际法问题;

(e) 第 22 条处理用尽当地补救办法规则的一个方面,这一点是在结果义务的具体框架内分析的。

鉴于随后将予说明的理由,提议按照这一顺序处理这几条。

3. 总体而言,第三章各条设法进一步分析第 3 条 b 项原则上已确定的要求,即涉及国家责任的每一种情况,必须存在一国违背该国国际义务的行为。但很难在不打乱主要规则与次要规则区别的情况下进一步进行这项分析,而整个条款草案是以这种区别为基础的。在确定是否存在违背义务行为时,首先必须考虑实质性义务本身、其确切措词和含义,所有这一切显然属于主要规则的范围。不过,第三章阐明的原则和区别意在为这种考虑提供框架,只要做到这一点,那么第三章就是有用的。⁶

(b) 各国政府对整个第三章的评论

4. 没有任何评论对整个第三章的必要性提出疑问。但是,大不列颠及北爱尔兰联合王国表示关切,“[第三章]在阐述国家责任的基本原则时对各种不同违背义务行为区别过于细微,没有必要,甚至没有帮助”。⁷ 德国在概述关于个别条款的评论时指出,(除了第 19 条外,)第三章中还有“一些条款应加以订正或重新起草”。⁸ 日本抱怨说,第三章对国际义务的分类存在“一些过于抽象的概念,……所用语言含糊不清”;日本认为,作出这种区别的难度,“将对解决争端的任何努力起反作用”。⁹

2. 第三章具体条款的审查情况

(a) 第 16 条:违背国际义务行为的发生

5. 第 16 条规定如下:

“一国的行为如不符合国际义务对它的要求,即为违背国际义务。”

⁶ 在文献中,对违背国际义务本身几乎没有任何系统论述。违背条约问题在一定程度上得到了研究:特别是见吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士《关于条约法的第四次报告》,《1959 年……年鉴》,第二卷,第 37-81 页,其中论述“条约的效力”。该报告从未在委员会辩论。虽然该报告的某些方面已被吉拉尔德·菲茨莫里斯爵士的后继者汉弗莱·沃尔多克爵士所吸收,并已列入《维也纳条约法公约》,但与不履行条约义务有关的方面留待在国家责任框架内处理。关于违背条约行为,另见 S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1985); P Reuter, *Introduction au droit des traités* (PUF, Paris, 3rd edn, ed Cahier, 1995), chap. 4 (但他在令人混淆的“条约的不适用”标题下将违背国际义务行为问题和无效力问题混为一谈)。

⁷ A/CN.4/488,第 46 页。

⁸ 同上。

⁹ A/CN.4/492。另见在最初通过第三章时一些国家政府作出的评论(奥地利、白俄罗斯苏维埃社会主义共和国、加拿大、智利、马里、荷兰、乌克兰苏维埃社会主义共和国、苏维埃社会主义共和国联盟和南斯拉夫在《1980 年……年鉴》,第二卷,第一部分,第 87-106 页;保加利亚、捷克斯洛伐克、德意志联邦共和国、蒙古和瑞典在《1981 年……年鉴》,第二卷,第一部分,第 71-78 页)。

6. 第 16 条在第三章范畴内以略微不同的措词重复了第 3 条 b 项已经表述的要素。根据第 3 条 b 项,国际不法行为在归因于一国的行为“构成对该国国际义务的违背”时发生。但第 16 条较具体地规定了违背义务行为的要件,将违背义务(因此是不法的)行为确定为“不符合”所涉国际义务对该国的“要求”的一切行为。有时将这一要件称作国家责任的“客观”要件,与称作“主观”要件的归责要求相对。注重受害国权利(主观权利)的国家责任概念在第 40 条及其对“受害国”的定义中得到了进一步讨论。但是,在“主观”与“客观”的二分法中还存在其他困难。归责毕竟是一个法律过程,从这个意义上讲是“客观的”。¹⁰ 此外,是否发生违背国际法行为,可能取决于其行为须由国家负责的行为人的知识或心理状态。在这种情况下,某些心理要素将归于该国,作为其须承担责任的依据,¹¹ 因此在至少一种意义上讲是“主观的”,尽管在原则上这仍取决于国际法的规定。另外,同一行为可能违背与一国签订的条约,但根据与另一国签订的条约却是合法的,甚至是必要的:¹² 在这种情况下,“违背行为”概念就有了因主观要件而异的因素,而在归责问题方面这种情况是不存在的。基于这些原因,责任的“主观”和“客观”要件这种措词含糊不清,最好予以避免。

7. 第 16 条评注说,使用“不符合”一词是有道理的,并指出,这一用词更准确地表达了这样的概念:即便该国的行为只是部分违背了它所承担的义务,也可能存在违背义务行为”。¹³ 该评注进而区分了违背国际义务行为与违背礼让,¹⁴ 违背一国与个人或公司所订合同,¹⁵ 或笼统地违背“国际法律秩序以外的法律秩序所管辖的法律义务”的行为。¹⁶ 该评注指出,有必要遵守第三章的其他各条,以确定违背义务行为,但只字未提第三章与第五章之间的关系。

8. 各国政府对第 16 条的评论不多。法国以《联合国宪章》第一百零三条为例,提出了违背被“视为较高的义务”所取代的国际义务的问题。因此,法国提议在第 16

¹⁰ 第 16 条评注第(2)段强调在违背行为方面“国际法自主性”,但国际法也决定归责问题:见第一次报告,A/CN.4/490/Add.5,第 158 段。的确,国际法在这样做时考虑到国内法关于代表国家行事者的地位的规定:同上,第 167 段。但在确定是否有违背义务行为时,国内法的规定是相关的。在这个方面,主导原则都是第 4 条阐述的原则:见第一次报告,A/CN.4/490/Add.4,第 140-143 段。

¹¹ 如科孚海峡案,见《国际法院判例汇编》(1949 年),第 4 页、第 22 页。

¹² 见下文第 9 段(c)和(d)分段。

¹³ 第 16 条评注,第(4)段。

¹⁴ 同上,第(5)段。

¹⁵ 同上,第(6)-(7)段。

¹⁶ 同上,第(7)段。

条“一国的行为如不符合”等字后面加添“国际法下一项”等字。¹⁷ 联合王国提议将第 21 条(结果义务)与第 16 条合并。¹⁸

第 16 条与国际义务冲突的问题

9. 法国的评论提出了国际义务冲突的问题。就《宪章》第一百零三条而言,假如明文规定条款草案第 39 条适用于整个条款草案,就可以认为该条足以处理这一问题。¹⁹ 但是,国际义务可能发生冲突的问题是一个范围更广的问题。

(a) 考虑的第一种情况是,一般国际法已解决对一国有效或一直有效的两项或多项国际义务间的矛盾,因此,根据国际法,其中一项义务优先于另一项义务。例如,根据条约法,同一缔约方之间后订的条约与先订的条约发生任何矛盾时,以后订的条约为准。²⁰ 一般国际法中后订的规则与先订的规则不符时,以后订的规则为准。国际法强制性规范优先于任何与此不符的非强制性规范(即任何任意法规范)。²¹

(b) 第二种情况是,一个条约的条款声称优先于另一个条约的条款,《宪章》第一百零三条就是例子。联合国全体会员国通过该条同意,在相互关系中,《宪章》义务优先于其他条约义务,甚至是后订的条约义务。这就是法院就洛克比案作出的裁定的依据,即利比亚根据 1971 年《蒙特利尔公约》不引渡某些国民的权利,地位亚于根据安全理事会决议引渡其国民的义务,因为依照《宪章》第二十五条,利比亚表面上有义务遵守这种义务。²²

¹⁷ A/CN.4/488,第 46 页。

¹⁸ 同上,第 47 页。另见智利的评论(《1980 年…年鉴》,第二卷,第一部分,第 95 页),南斯拉夫的评论(同上,第 106 页)和德意志联邦共和国的评论(《1981 年…年鉴》,第二卷,第一部分,第 74 页)。

¹⁹ 第一次报告预示了这一点,见 A/CN.4/490/Add.3,第 79-80 段。

²⁰ 《维也纳条约法公约》,第三十条第三款,以第四十一条为限。

²¹ 其他可能出现的情况包括:后订的条约优先于先前的习惯规则(非强制法规则),条约因新的一般国际法规则而废弃。这些问题及类似问题,见 S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius Publications, 1985) pp. 85-95; G. Binder, *Treaty Conflict and Political Contradiction* (New York, Praeger, 1988); C. Chinkín, *Third Parties in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1993), pp. 69-80; N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1994); P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (PUF, Paris, 3rd edn. ed. Cahier, 1995) pp. 116-131。

²² 见关于洛克比空难事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案(阿拉伯利比亚民众国诉联合王国),请求指示临时措施,《国际法院判例汇编》(1992 年)第 3 页;同上,(阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国),《国际法院判例汇编》(1992 年),第 114 页。为请求书的目的,假定安全理事会决议有效。就非会员国根据《宪章》作出的决定符合《宪章》引起的各种不同问题:见《宪章》第二条第六项;W. G. Vitzthum, “Article 2 (6)” in B. Simma (ed), *The Charter of the United Nations. A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 1994), pp. 131-139。

(c) 上述情况不论对于其他目的而言多么有意思,但没有对第 16 条造成任何特殊困难。在每个情况中,一项国际义务具有优先地位,任何国家都无权要求遵守“次级的”、“被废止的”或“被废除的”条款。但上述规则无法确保一国的国际义务完全不矛盾,就象国内法无法完全防止出现有效但相互矛盾的合同义务一样。因此,根据《维也纳条约法公约》第三十条第四款,两个相互矛盾的条约的任何缔约国不同时,两个条约都被视为有效,其结果是,A 国(两个条约的缔约国)可能对一组国家有一套义务,对另一组国家有另一套义务。²³ 在**哥斯达黎加诉尼加拉瓜案**,²⁴ 中美洲法院裁定,尼加拉瓜没有先履行尼加拉瓜与哥斯达黎加先订条约规定的协商义务就与第三国订立条约,²⁵ 因此对哥斯达黎加负有国际责任。但是,该法院并未宣布后订的条约无效,因为该法院对美国无管辖权。在**东蒂汶案**中,国际法院甚至更是不愿多说。该案的论据是,澳大利亚同印度尼西亚订立的一项条约与葡萄牙依照《宪章》所享有的权利以及葡萄牙代表的东蒂汶人民所享有的权利发生冲突,造成了澳大利亚的国际责任。与哥斯达黎加不同的是,葡萄牙明言不要求裁定与印度尼西亚订立的条约无效,而只限于责任要求。法院根本不愿裁定此案,理由是要裁定此案,就必须先确定印度尼西亚的行为非法,而印度尼西亚不是诉讼的当事国。²⁶ 在这种情况下,法院无权裁定葡萄牙对澳大利亚的责任要求。

(d) 《维也纳条约法公约》并未规定一项条约因与另一项条约不符而失效。²⁷ 相反,该公约设法解决条约义务冲突的问题,明确保留“一国因缔结或适用一条约而

²³ 见该条款评注(国际法委员会最后草案第 26 条),第(11)段,《1966 年...年鉴》,第二卷,第 217 页,另见沃尔多克第六次报告,《1966 年...年鉴》,第二卷,第 76 页。

²⁴ (1917)11 AJIL 181。

²⁵ 即 1914 年 8 月 5 日尼加拉瓜与美利坚合众国之间的《通洋运河(布赖恩-查莫罗)条约》;案文载于 *Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949*, vol. 10 p. 379。

²⁶ 《国际法院判例汇编》(1995 年),第 90 页,适用《国际法院判例汇编》(1954 年),第 32 页 **1943 年从罗马运走的货币黄金案**中阐述的可受理性原则。从形式上看,这项裁定可能与**哥斯达黎加诉尼加拉瓜案**是有区别的。在该案中,没有提出美国有任何非法行为的问题,尽管该国显然已注意到先订条约的规定。但是,有点难理解的是,一项条约只因一个缔约国违背与第三国订立的另一条约而被视为无效,而一项可能是在无视普遍义务规范情况下订立的条约却没有受到法院的审查。对**东蒂汶案**的讨论,见 C. Chinkin, “The East Timor Case (*Portugal v. Australia*)”, *ICLQ*, vol. 45, 1996, p. 712; E Jouannet, “Le principe de l’*Or monétaire*, à propos de l’arrêt de la Cour du 30 juin 1995 dans l’*Affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie)*”, *RGDIP*, vol. 100, 1996, p. 673; JM Thouvenin, “L’arrêt de la C.I.J. du 30 juin 1995 rendu dans l’*Affaire du Timor oriental (Portugal c. Australie)*”, *Afdi*, vol. XLI, 1995, p. 328。

²⁷ 见第三十条第四和第五款。第五十二、第五十三、第六十四、第六十九和第七十一条专门处理条约无效问题,为专属性条款。见 P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, PUF, Paris (3rd edn, ed Cahier, 1995), p. 153 (para. 251). H. Lauterpacht argued strenuously for the invalidity of later conflicting treaties, relying largely on municipal law analogies: see “The Covenant as the ‘Higher Law’” (1936) in *4 International Law. Collected Papers* (ed. E. Lauterpacht, Cambridge, 1978) p. 326, and especially “Contracts to Break a Contract” (1936), *ibid.*, p. 340, at pp. 371-375。

其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题”。²⁸ 因此,在国际法下,一国不能以同时正在遵守对 B 国的条约义务为借口不遵守对 A 国的有效条约义务。就责任法规而言,这就引起了在所涉国家不可能同时遵守两项义务时的终止施行或赔偿问题。这一点可能对条款草案第二部分造成问题,但不会对第 16 条的拟订造成问题。

不履行义务、不法性和责任之间的关系

10. 第 16 条将不“符合”一项义务对一国的要求,定为违背行为。这一概念的一个困难是,该项“义务”如何确定。例如,通常可以说,各国义务保护外交房舍,或允许外国船只无害通过其领海,产生这种义务的特定主要规则,可分别从《维也纳外交关系公约》第二十二第二款或《联合国海洋法公约》第十七条及以下各条或同等的习惯法中找到。但是,这些主要规则没有说明确定违背行为所必须符合的所有条件。在条款草案系统内,并根据一般国际法规定,其他一些因素与是否违背义务问题有关,如“受害”国同意、自卫的情况或不可抗力等。可以说,这些主要规则如加以正确地理解,实际上本身已包含对其所适用的一切条件、限制条件、正当理由或免责理由,这样,该规则规定的“符合”义务的概念,要求满足所有这些条件或限制条件,排除一切可能的正当理由或免责理由。但显然第 16 条不应这样理解。否则该条就成了一种循环论证,无非是说,违背义务行为在该项义务遭到违背时发生。此外,第五章所涉及的解除行为不法性的情况,作为一般次要规则处理,而不作为每项主要规则的推定部分处理。

11. 如果是这样,那么第 16 条就有一个问题,因为该条似乎说,在归于一国的一项行为不符合主要规则对该国规定的义务时即发生违背国际义务行为,尽管可能存在第五章的一种解除行为不法性的情况。这看来会造成一种“抽象的不法性”,即任何国家都不负责任的违背义务行为,但委员会在评注中明确否定这一点。²⁹ 或者,该条看来会与第 3 条相抵触,第 3 条规定归属和违背行为一并构成不法性的充足条件。³⁰ 在不法性已排除的情况下,怎么会有不法性?

12. 自第 16 条通过以来的责任案件中,国际法院以有所不同的方式处理这个问题。

(a) 在**外交和领事人员案**中,法院在断定所涉行为归于伊朗伊斯兰共和国后裁定,根据事实,伊朗伊斯兰共和国没有履行有关条约和一般国际法规定的保护外交和领事人员并尊重和保障其不可侵犯性的义务。法院裁定,“伊朗连续并继续违背对美国的义务”,并补充说:

“法院认为,在根据这一裁定作出结论前,就伊朗国对美利坚合众国的国际责任而言,法院应审查另一点。法院不能忽视伊朗方面……提出的一点,即伊朗政府的行为……可能以存在特殊情况的理由作为辩解。”³¹

²⁸ 同上,第三十条第五款。第三十条本身表明,该条“以不违反联合国宪章第一百零三条为限”:见第三十条一款。

²⁹ 见第一次报告,A/CN.4/490/Add.4,第 125 段及讨论情况;同上,第 126-129 段。

³⁰ 见一读通过的第 3 条评注,第(11)和(12)段。

³¹ 《国际法院判例汇编》(1980 年),第 3 页,第 38 页。

法院继而审查并拒绝了伊朗可能提出的“[辩护理由](#)”——具体地说伊朗并未答辩(因为伊朗没有出庭),更没有证明。法院指出,即便伊朗适当地答辩,提出证明,辩护理由也不构成“伊朗行为的正当理由,因而不能作为对美国在本案中所提主张的抗辩”。³² 法院正是根据这一点维持其裁定,即伊朗“已对美国负有责任”。³³ 显然,违背义务行为是,而且确实是在确定是否存在任何特殊理由或“[辩护理由](#)”前发生的,而责任是在排除这种辩护后确定的。这就意味着,责任具有三个,而不是两个要素,即归属、违背行为和不具备任何“特别的”辩护理由或正当理由——但在被告国不出庭而法院在分析时显然已考虑一切可能性的情况下,不应对关于一个重大违背行为的判决作过多的解释。

(b) 在[加布奇科沃-大毛罗斯项目案](#)中,法院指出:

“当一国犯下国际不法行为时,不论其未尊重的义务属何种性质,均可能涉及其国际责任。”³⁴

法院进一步强调:

“当匈牙利援引危急情况为这一行为的理由时,它从一开始就决定将自己置于国家责任法的范畴内,这就意味着,如不存在这种情况,其行为就是非法的。匈牙利声称的存在危急情况——假定这已经获得确认——因此无法据此得出结论:1989年,它是依照1977年条约规定的义务行事的,或这些义务已不再对它有约束力。只能据此认定,在当时的情况下,匈牙利不对它的行为负国际责任。最后,法院指出,匈牙利明确承认,无论如何,这种危急情况不能免除该国赔偿其伙伴的责任。”³⁵

但是,根据第3条,没有责任就不可能存在这种行为,那么怎么可以说在发生国际不法行为时“可能”涉及国际责任呢?

13. [彩虹勇士号](#)仲裁法庭采取了另一种模式,即“确定可能解除不法性的情况(从而使违背仅为表面现象)”。³⁶ 但是,根据第16条,“……行为如不符合国际义务对它的要求,即为违背国际义务”;违背不仅仅是“表面现象”。

14. 困难可能是语义学层面的多于实际层面的,然而困难仍然存在。一方面,在一国显然没有按照对它有效的条约或习惯义务的要求行事时,就不能说它是“按照”或“根据”这项义务行事的。另一方面,根据国际法,所处情况已解除一国行为的不法性,却说它实施了国际不法行为,也是说不通的。但是,这一问题在第五章(解除行为的不法性)范畴内讨论比较适当。就目前而言,需要在第16条的案文中插入一项限制条

³² 同上,第39页;另见第41页。

³³ 同上,第41页。

³⁴ 《国际法院判例汇编》(1997年),第3页、第38页(第47段)(着重号后加),引述“[与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和约的解释,第二阶段](#)”,《国际法院判例汇编》(1950年),第228页,以及条款草案第17条。

³⁵ 《国际法院判例汇编》(1997年),第3页、第39页(第48段)(着重号后加)。

³⁶ (1990) 20 UNRIAA 217, at p. 251。

件,内容根据对第五章的基本概念的分析而定。但法国建议,在第 16 条“一国的行为如不符合”等字后面加添“国际法下一项”等字。这一建议在任何情况下都是明智的,因为它强调的一点是,国际义务的存在与否及其内容是根据整套国际法来确定的,而不仅仅是根据任何一项单独案文的字面意义确定的。

“不符合国际义务对它的要求”

15. 最后,不妨问一下,“不符合国际义务……的要求”这一措词,是否能涵盖多种不同的违背义务行为。在某些情况下,一项国际义务可能要求有关国家采取准确界定的行动(如制定一项特定法律)。在其他情况下,国际义务可能规定最低的行为标准,在这一标准之上,所涉国家可自由行事(如多数人权义务)。后面的条款区分所谓的行为义务、预防义务和结果义务,试图概括其中的一些差别;这些方面将在适当时讨论。可以说,“不符合”一词很灵活,足以涵盖义务的许多情况,任何疑义可以在评注中解决。另一方面,说一项行为“不符合”义务,略微有些别扭。起草委员会在各种语文本中不妨考虑采用其他措词(如“不遵守”)。

(b) 第 17 条:不论所违背的国际义务的起源

16. 在对第 16 条作出任何结论以前,应当也考虑第 17 条和第 19 条第 1 款。第 17 条规定如下:

“1. 一国的行为如构成对国际义务的违背,即为国际不法行为,而不论该义务的起源为习惯法、条约或其他。

“2. 一国所违背的国际义务的起源不影响该国由于国际不法行为而引起的国际责任。”

17. 第 17 条的评注提出一个重要问题,国际法是否对所有违背义务行为适用同一个责任制度,也就是说,“起源”于双边或多边条约、单方面行为、一般国际法规则、地方习惯或一般法律原则的义务是否有差别。评注指出:

“多数国内法制度区分两个不同的民事责任制度,一个适用于违背通过契约承担的义务的行为,另一个适用于违背起源于其他来源的义务的行为。”³⁷

从第 1 条和第 3 条的含义看来,答案是没有差别。与多数国内法制度不同,³⁸国际法只有一个责任制度,起码只有一个一般制度。但在这种情况下,如条款草案第 37 条所规

³⁷ 第 17 条评注,第(3)段。这段话有一点过于简单化,因为有些法律制度不止简单地区分违约行为责任和侵权行为责任。例如,由于历史原因——包括有关条约和相互关系的规则对契约责任的限制,侵权行为未有任何一般原则,各种诉讼形式所定的限制——普通法形成了其他类别的责任,既非违约责任,也非侵权责任(准合同、恢复原状....)。见 J Cooke and D.Oughton, *The Common Law of Obligations* (Butterworths, London, 2nd ed., 1993), pp.5-6, 5259; WVH Rogers, *Tort* (Winfield and Jolowicz) (Sweet and Maxwell, London, 15th ed., 1998) pp.4-18。从“诉讼原因”分析国家责任的尝试,见 I Brownlie, *System of the Law of Nations, State Responsibility Part I*, OUP, Oxford, 1983, pp.53-88。

³⁸ A.Tumc, *La Responsabilite Civile* (2nd edn, Economica, 1989) pp.32-46 提供简短的比较评论,并承认作出区别在原则上是正确的,但提议尽可能统一契约责任和侵权行为责任制度,指出这一做法首见于 1950 年《捷克斯洛伐克民法典》。

定,一般责任制度将因具体规定或(更可能的是)适用特别法源而不予采用。³⁹除此以外,评注认为,国际法没有系统区分源于条约的责任和源于其他方面(如单方面行为、一般国际法)的责任。⁴⁰虽然认识到这一点缺乏具体根据,但可以从判例法和实践中看到:

“被违背的义务源于习惯法、条约或其他来源,并没有成为例如取舍某种赔偿形式的理由,或确定那一个法律主体有权要求承担责任的根据。”⁴¹

不作任何区别涉及多项理由,主要是“同一项义务有时既源于习惯法规则也源于条约形式的成文法规则”,⁴²同一项条约往往包括“契约性”和“造法性”规定,因此认为造法性条约和契约性条约之间有所不同是站不住脚的。⁴³

18. 第 17 条第 2 款涉及另一个问题,即一项国际义务的起源是否对有关违背该义务的责任制度发生任何影响。在这里,一个可能有关的区别是对整个国际社会承担的义务和对一个或几个国家承担的义务。但评注认为,“这些义务之优于其他义务,是决定于其内容而非造成义务的过程”。⁴⁴提出的理由是,“国际法律秩序内没有创造‘宪法’或‘基本法’原则的特别法律渊源……”。⁴⁵评注的结论是,第 17 条无须提及《宪章》第 103 条或国际法强制性规则。⁴⁶

各国政府对第 17 条的评论

19. 瑞士指出,第 17 条阐明的问题“虽然绝对正确,对第 16 条所载原则却无重大补充”。⁴⁷希腊认为第 2 款“似乎是多余的”。⁴⁸

第 17 条第 1 款:义务的“起源”(习惯法、条约或其他)

20. 在彩虹勇士仲裁案,新西兰主张,条约的履行问题主要以条约法为依据,国家责任法规只具补充作用。⁴⁹新西兰认为,由此推论,只能以《维也纳条约法公约》所载理由作为未遵行条约义务的免责理由(如不可能履行、情况之基本改变但法庭不同意。法庭认为:

³⁹ 见第 17 条评注第(5)段;关于特别法原则在条款草案中的适用,见第一次报告,A/CN.4/490Add.4,第 27 段。

⁴⁰ 见第 17 条评注第(19)和(20)段。

⁴¹ 同上,第(11)段。

⁴² 同上,第(20)段。

⁴³ 同上。

⁴⁴ 第 17 条评注第(21)段。

⁴⁵ 同上。

⁴⁶ 第 17 条评注第(23)段。

⁴⁷ A/CN.4/488,第 47 页。

⁴⁸ A/CN.4/492,第 8 页。

⁴⁹ (1990)20 UNRIAA 217 at p.249。

“违背条约的法律后果,包括确定可能排除不法性的情况....和违背行为的适当救济,均为国家责任习惯法范围内的事项。理由是有关国家责任的一般国际法原则同样适用于违背条约义务的行为,因为国际法领域不区分契约责任和侵权责任。因此,一国违反一项任何来源的义务都引起国家责任,从而引起赔偿责任。具体条约本身当然可以通过如制定一套救济办法的方式,限制或扩大一般国家责任法规。”⁵⁰

21. 在加布奇科沃——大毛罗斯项目案,国际法院以第 17 条作为其论点的依据,指出“公认的是,国家一旦实施国际不法行为,不论其未加遵守的义务为何,都可能引起国际责任”。⁵¹ 这一论点已曾予讨论,但确实进一步支持第 17 条第 1 款所反映的主张。⁵²

第 17 条第 2 款:“不影响”

22. 评注指出,第 17 条第 2 款的案文只希望说明“一般国际法没有理由需要根据义务的起源区别各种不同的国际不法行为”。⁵³特别指出的是,一种义务优于另一种义务(如根据《宪章》第 103 条的规定,会员国之间的义务对责任制度不产生任何后果:

“适用[第 103 条]所述原则的后果不涉及违背国际义务所引起的国际责任,影响到的是某些条约义务与联合国会员国因《宪章》而承担的义务发生冲突时,条约义务的效力。根据第 103 条的规定,两个联合国会员国之间的生效协定所规定的义务,如果与《宪章》下的一项义务发生冲突,冲突的规定即告无效:因此,不能成为被违背的主体,导致国际责任。如果与《宪章》规定的义务发生冲突的是会员国与非会员国缔结的义务,产生的是一国与多个其他国家缔结的义务发生冲突的常见问题:也就是说,除非《宪章》规定某项义务的规则其后成为一般国际法强制性规则,因而对所有国家具有约束力。由此可见,没有任何特别责任问题须予解决。”⁵⁴

23. 有必要对这段话作几点评论。首先是条款草案第二部分在几个方面区别违背具有特殊性质的义务(普遍义务、强制性规范)的行为和违背双边条约等的一般违背行为,⁵⁵据此,以后也许应进一步拟订这些行为的后果。如果决定区别国际犯罪和国际不法行为,这一区别理应带来重大的影响。⁵⁶例如,对于一项目的主要在于处罚罪犯(在

⁵⁰ 同上,at p.251。法庭对这一点持一致意见。

⁵¹ 《国际法院判例汇编》(1997 年),第 7 页、第 38-39 页(第 47 段)。

⁵² 在该案,斯洛伐克保留权利(新西兰也作出同样保留),以主张排除不法性的情况不得作为违背一项明示条约规定的免责理由。匈牙利不同意。同审理彩虹勇士号案的法庭一样,国际法院认为排除不法性的情况原则上同违背条约的问题相关,但法院最后裁定该案相关情况不构成事实上未遵守的合理理由:《国际法院判例汇编》(1997 年),第 7 页、第 38 页(第 47 段)和第 63 页(第 101 段)。

⁵³ 第 17 条评注第 27 段。

⁵⁴ 同上,第(23)段。

⁵⁵ 见第 40 条第 3 款、第 43 条 B 项、第 50 条 E 项,第 51 条至 53 条。

⁵⁶ 第一次报告,A/CN.4/490/Add.1,第 51 段;Add.3,第 84-88 段、第 90-92 段。

正式刑事责任范围内的罪犯)的规则,与主要目的在于终止、恢复原状和赔偿的侵权或民事责任规则比较,其归责规则理应有所不同和更为严格。面对这些可能情况而说“没有任何特别责任问题须予解决”有一点奇怪。

24. 其次,第 103 条并不是“关于某些条约义务与联合国会员国因《宪章》而承担的义务发生冲突时,条约义务的效力”的问题。第 103 条是明文规定在一特写情况下,两个冲突义务孰先孰后。该条只是规定与其他条约的义务发生冲突时,《宪章》义务具有优先地位,其他条约并非无效。⁵⁷此外,即使条约本身完全没有问题,一项强制性规范与一项条约义务发生冲突的可能性也是可以预见的。⁵⁸因此,不能排除一项义务的“起源”(如源于《宪章》或源于一项强制性规范)可能“影响”一国的国际不法行为所引起的国际责任。一项义务的内容固然可能与责任有很大关系,但义务的“起源”也可能对其内容产生重大影响。⁵⁹

关于第 17 条的结论

25. 第 2 款也许只是想规定,国际不法行为发生后,义务的起源不能改变该事实。但这是自明之理,违背行为就是违背行为,不论义务的起源为何。此外,第 3 条和第 17 条第 1 款已明显含有此意。可见第 2 款没有必要,且造成混乱,应予删除。

26. 对于第 1 款鉴于国际法院和其他法庭有必要对有关该款的事项作出裁定,所以该款澄清问题是有好处的。此外,提出国际法一般不区分违背条约的责任制度和违背其他法律规则的责任制度是很重要的。如上文所指出,许多法律制度认为分开契约责任和侵权责任是理所当然的。⁶⁰因此,第 1 款的实质内容应予保留。但特别报告员同意瑞士政府的意见,起码同意第 1 款的实质不过是澄清第 16 条。建议在第 16 条增添“而不论该义务的来源(习惯法、条约或其他)为何”这一短语。⁶¹

(c) 第 19 条第 1 款:不论所违背的义务的主题为何

27. 第 19 条主要是处理国家的国际不法行为和国家的国际罪行之间的“区别”。这个问题已在以前一份报告中讨论。⁶²但这里应讨论第 19 条的一个方面。第 1 款规定:

“1. 一国行为如构成对国际义务的违背,即为国际不法行为,而不论所违背的义务的主题为何。”

⁵⁷ 第 103 条没有提到与源于其他方面,如源于一般国际法的义务发生冲突的问题,虽然作为一项条约,《宪章》的地位在各缔约方之间一般将高于除强制法规范以外的任何其他规范。

⁵⁸ 例如,在洛克比案(临时措施),法院对《1971 年蒙特利尔公约》适用《宪章》第 103 条,《国际法院判例汇编》(1992 年),第 3 页、第 16 页。见上文第 9 段。

⁵⁹ 例如,单方面行为所引起的义务主要应根据行为本人人的意图进行分析,但条约义务的处理方式则不同:参考英伊石油公司案(初步反对意见),《国际法院判例汇编》(1952 年),第 93 页、第 104-105 页。

⁶⁰ 见上文第 17 段。

⁶¹ 提议的第 16 条全文见下文第 34 段。

⁶² 见第一次报告,A/CN.4/490Add.1-3;1998 年国际法委员会报告,《大会正式记录,第五十三届会议,补编第 10 号》(A/53/10),第 241-331 段。

同第 17 条第 1 款一样,这一款也是进一步澄清第 3 条和第 16 条的基本内容。

28. 第 19 条第 1 款的评注指出,“即使纯粹从逻辑关系考虑,这也是不容置疑的”,⁶³并以判断法和法学理论作为论证。同处理其他基本概念一样,提到的资料鲜有对这一点作精辟的论述,显然是因为这一点被认为是理所当然或没有争议的。

各国政府对第 19 条第 1 款的评论

29. 各国政府对条款草案第 19 条提出的意见多于任何其他一条。不过所提意见都没有触及(事实上没有质疑)第一款所述原则,但也许可以假定,对于提议删除第 19 条的各国政府来说,⁶⁴第 1 款内容作用不大。⁶⁵

基本原则

30. 令人不解的是,评注没有提到常设国际法院在温勃登号案中所作的重要裁定。法院确认“缔结国际约定[原注:就任何有关该国的主题缔结约定]的权利是国家主权的一项属性”。⁶⁶这一论点,即国家可以承担国际义务的主题不受任何预设规定限制,已在多种情况下获得确认。⁶⁷例如,在尼加拉瓜案(实质问题),国际法院指出,法院未能“在可以缔结国际协定的各项主题中发现任何障碍....使一国不得作出承诺”,即使承诺是“关于一个国内政策问题,如在境内举行自由选举的问题”。⁶⁸

31. 换言之,一个常见的论点是,一国不可能先验地就某一特定主题缔结一项义务,但一贯的回答是,唯一问题是该国是否缔结了该项义务。同样地,另一种论点认为一项关于某一主题的义务只可能被同一性质或种类的行为所违背。在石油平台案,美国声称一项以传统的友好、通商、航运条约形式制定的友好条约原则上不可以被涉及使用武力,在国家安全或国防范围内采取的行为所违背;也就是说,一项“通商条约”只能够“在商业上”被违背,即被具有商业而非军事性质的行为所违背。推论结果是法院无管辖权审理一个不涉及商业行为的案件。法院简短地处理了这个问题:

⁶³ 第 19 条评注第 3 段。

⁶⁴ 例如:奥地利(A/CN.4/488,第 51 页);法国(同上,第 54 页);联合王国(同上,第 64 页);日本(A/CN.4/492,第 8 页)。

⁶⁵ 在以前作出的评论中,智利指出第一章及第 16 条和第 19 条的规定应作为一个整体理解(《1980 年....年鉴》,第二卷,第一部分,第 95 页)。德意志联邦共和国提议将“第 19 条第 1 款体现的概念[纳入]第 17 条”(《1981 年....年鉴》,第二卷,第一部分,第 74 页)。

⁶⁶ P.C.I.J.Ser.A,No.1(1923),at p.25。

⁶⁷ 法院在突尼斯和摩洛哥国籍法令案中指出,国家的国内管辖权延伸到“原则上”国际法未加调节的事项,因此,国内管辖权的范围“纯粹是一个相对问题”:P.C.I.J.Ser.B,No.4(1923),at p.24。另见和约的解释(第一阶段),《国际法院判例汇编》(1950 年),第 65 页、第 70-71 页;诺特鲍姆案(第二阶段),《国际法院判例汇编》(1955 年),第 4 页、第 20-21 页;英特亨德公司案(初步反对意见),《国际法院判例汇编》(1959 年),第 6 页、第 24 页;对印度领土的过境权案(实质问题),《国际法院判例汇编》(1960 年),第 6 页、第 33 页。

⁶⁸ 《国际法院判例汇编》(1986 年),第 14 页、第 131 页。

“1955 年的条约对缔约各方规定了涉及一系列事项的多种义务。缔约一方任何有违这些义务的行动均属非法,不论行为所采取的方式为何。以使用武力的方式侵犯另一缔约方根据条约享有的权利,同通过行政决定或以任何其他手段实施的侵犯行为一样不合法。因此,涉及使用武力的事项本身并不被排除在 1955 年条约的范围以外。因此,必须驳回美国就这个问题提出的论点。”⁶⁹

原则的拟订方式:“不论主题为何”

32. 在管辖权一级(如石油平台案)也好,在实质事项一级(如尼加拉瓜案)也好,基本原则是清楚的。但第 1 款所提到的“主题”除了不明确以外还引起一个也许是不必要的问题:有哪些主题会造成不同后果?当然,有些主题比另一些主题更容易使人断定已经承担了国际义务。因此,如果决定保留第 1 款,案文提到义务的“内容也许比义务的“主题”更为可取。

33. 关于是否应予保留的问题,从法院判决,包括最近的判决,一再提及这一原则的各种不同说法的角度看,这项原则是应予保留的。但基于针对第 17 条第 1 款所提出的同样理由,只需要在拟订第 16 条的基本原则时将其作为一个要素纳入,不必另立一款或一条。

关于第 16 条、第 17 条和第 19 条第 1 款的结论

34. 鉴于上述理由,建议将第 16 条、第 17 条和第 19 条第 1 款合并为单独一条。提议案文如下:

第 16 条

违背国际义务行为的发生

一国的行为如不符合国际法下一项国际义务对其的要求,即为违背国际义务,而不论该义务的起源(习惯法、条约或其他)或内容为何。

(d) 第 18 条第 1 款和第 2 款:国际义务必须对一国为有效

35. 第 18 条规定如下:

“1. 一国不符合国际义务对它的要求的行为,必须是在该义务对该国为有效的时期所作出,才构成对该义务的违背。

“2. 但是,一国的行为在进行的时候虽不符合对该国有效的国际义务对它的要求,但如以后由于一般国际法的强制性规范而使此种行为成为强制性行为时,即不再视为国际不法行为。

“3. 如果一国不符合国际义务对它的要求的行为具有持续性,则只在该行为持续进行而该义务对该国有效的期间,才构成对该义务的违背。

“4. 如果一国不符合国际义务对它的要求的行为是由有关个别事件的一系列行为或不行为组成,倘若此种行为可视为由该义务对该国有效期间发生的行为或不行为所组成,即是违背该义务的行为。

⁶⁹ 《国际法院判例汇编》,第 803 页、第 811 页(第 21 段)。

“5. 如果一国不符合国际义务对它的要求的行为是由该国同一机关或不同机关对同一事件的行为或不行为所构成的复合性行为,倘若此项不符合该义务的复合性行为是由发生于该义务对该国有效期间的行为或不行为开始,即是违背该义务的行为,即使该行为在该期间以后才完成。”

36. 第 18 条是一项复杂规定。从各个方面处理一项基本原则:一国的行为只有违背了它在进行这种行为时有有效的国际义务,才构成不法行为。第 1 款论述了这条基本规则,但是第 2 款又立即提到涉及强制法规范的特殊情况,对它作出限制,然后,第 3、第 4 和第 5 款对各类不同的不法行为作出进一步的具体规定。这一点具有重要意义,因为第 25 条再次采用这些归类,第 24 条至第 26 条对各类违反的全面处理也涉及这些归类法。因此,下文只审议第 18 条的第 1 和第 2 款。

各国政府对第 18 条第 1 款和第 2 款的评论

37. 政府的评论基本上都是针对第 18 条的后面几款,第 18 条第 1 款的基本原则似乎没有引起争议。⁷⁰ 但瑞士认为,这条原则“不言自明,无须加以说明”。⁷¹

第 18 条第 1 款:基本原则

38. 第 1 款提到的基本原则是,违背必须是在该义务对该国为有效的时期所发生,才产生责任。这是时际法一般原则在国家责任领域的唯一适用方式,正如于贝法官在帕尔马斯岛案例的另一种情况下所指出:

“一个法律事实必须依照其同一时期的法律来判断,而不是依照在与此法律事实有关的争端产生时的生效法律或解决争端时的生效法律来判断。”⁷²

39. 第 1 款评注提到了各国际法庭应用此项原则的很多案例。但评注进一步说到:“由于这是一项被普遍接受的一般法律原则,而且是建立在对每一个法律制度都有效的理由之上,它应当也有必要适用于国际法。”⁷³ 此外,此项原则在国际法中不仅是有关责任的一个必要基础,也是一个充分的基础;换言之,一旦因不法行为而产生责任,此项责任不受后来义务终止(不论是因为条约终止,还是因为国际法产生了变化)之影响。⁷⁴

⁷⁰ 见加拿大的评注,(1980 年...年鉴,第二卷,第一部分,第 94 页)、法国(A/CN.4/488,第 73 页)、联合王国(同上,第 47-48 页)、美国(同上,第 48 页)和德国的评注(同上,第 73 页)。另见下文第 91 段。

⁷¹ A/CN.4/488,第 47 页。

⁷² UNRIIA, Vol.2, p.829 at p.845(1949),摘自第 18 条评注,第(7)段。关于时际性法的一般性问题,见国际法学会的决议,Annuaire... Vol.56(1975),at pp.536-530;关于辩论,同上,pp.339-374;索伦森的报告,同上,Vol.55(1973),pp1-116。还见 W. Karl, “The Time Factor in the Law of State Responsibility” in M. Spinedi and B. Simma(eds),United Nations Codification of State Responsibility(Oceana,NY,1987)p.95。

⁷³ 第 18 条评注,第(11)段。

⁷⁴ 同上,第(9)条。《维也纳条约法公约》第七十条在阐述条约义务时对此主张作了明确的肯定。

40. 国际法院在瑙鲁某些磷酸盐土地案的判决中反映了这项原则的两个方面。澳大利亚在此争辩说,与其共同管理瑙鲁托管领土时期(1947 年至 1968 年)有关的国家责任主张不能在几十年之后才提出,尽管提出主张的权利并未正式放弃。法院采用了宽松的延误或不合理拖延标准,驳回了这一论点。⁷⁵ 但是,它又继续说:

“法院将在适当的时候确保瑙鲁延误提起诉讼绝不会妨碍澳大利亚认定事实和确定适用法律的内容。”⁷⁶

法院显然打算适用产生主张时的有效法律。瑙鲁本身也确有必要采取这一立场,因为其主张是建立在违反《托管协定》的基础之上,而该协定在瑙鲁于 1968 年获得独立之日起终止。提出主张的依据是澳大利亚根据在特定时间内的有效法律而承担的责任,即使首要义务已经终止,也继续存在。⁷⁷此原则未受澳大利亚质疑,且已适用于其他案例⁷⁸ 并在评注中得到肯定。⁷⁹ 但是,没有一条条款草案对此作出明文规定。它与丧失援引责任的权利问题连在一起,在审查第二部分条款时讨论。

不溯及既往原则和对人权义务的解释

41. 尽管这项基本原则显然是对的,问题是,它是否受任何限定条件或例外的限制。一个明显的限定条件与持续性的不法行为有关。第 18 条第 3 款论述了这一点,这将在下文中讨论。⁸⁰ 另一个可能的限定条件与人权义务问题有关。有人建议,“国际法的时际原则按照一般理解并不适用于对人权义务的解释”,⁸¹ 所依据的是塔纳卡法官在西南非洲案(第二阶段)中提出的(异议)意见。这一案例涉及到南非在 1920 年承担的委任统治义务。法院多数法官作出判决的根据如下:

“为了确定过去和现在与委任统治有关的权利和义务是什么...特别是,其中是否...包括个别要求适当实施‘行为’条款的任何权利...法院必须使自己回到开始实行委任统治制度和拟定委任统治文书的这段时期。法院必须以当时的实际

⁷⁵ 瑙鲁某些磷酸盐土地案,《国际法院判例汇编》,(1992 年),第 240 页、第 253-255 页。

⁷⁶ 《国际法院判例汇编》,(1992 年),第 240 页、第 255 页(重点后加)。关于评注,见 R Higgins, “Time and Law” (1997),46 ICLQ 501,at p.514。

⁷⁷ 瑙鲁对澳大利亚在委任统治时期开采磷酸盐土地提出的索赔要求可能更是一个难题。还见 C. Weeramantry, Nauru: Environmental Damage under International Trusteeship (Melbourne, Oxford University Press, 1992); W.M. Reisman, “Reflections on State Responsibility for Violations of Explicit Protectorate, Mandate, and Trusteeship Obligations” (1989) 10 Michigan Journal of International Law 231。此案在法庭审议这些问题之前就已庭外解决:《国际法院判例汇编》,(1993 年),第 322 页,关于 1993 年 8 月 10 日的《了结协定》,见(1993)32 ILM 1471。

⁷⁸ 如彩虹勇士号案,其中仲裁法庭裁定,尽管随着时间的推移有关条约义务已经终止,但是,法国因早先违背行为所承担的责任依然存在:见(1990)20 UNRIIA 217,at pp.265-266。

⁷⁹ 第 18 条评注,第(9)段。

⁸⁰ 见下文第 100 段。

⁸¹ R. Higgins, “Time and Law” (1993)46 ICLQ 501,at p.517。

情势为考虑,这是关键的因素,并根据这一情势考虑到有关各方的表面意图或可以合理推定的意图...只有在此基础上,才能正确评价当事各方的法律权利。”⁸²

塔纳卡法官则说:

“本案的争点并不是如何保护被告国既有权利而是被告国的义务,因为委任统治制度的主要目的事关道德和人道主义。不论是今天还是在那 40 年期间,被告国都无权实施不人道行为。”⁸³

42. 法院新的多数在纳米比亚咨询意见中,通过著名的一段话,肯定了有关委任统治国义务的“逐渐发展”意见:

“鉴于首先必须按照一项文书在缔结时有关各方的意图来解释该项文书,法院必须考虑这样的事实:《盟约》第 22 条所述概念...不是静态的,其本质是不断发展的,因此,‘神圣任务’的概念也是不断发展的。根据这一条,必须视《盟约》缔约国如此接受这些概念。这就是为何在审查 1919 年的制度时,法院必须考虑到随后的半个世纪所发生的变化,其解释不可能不受后来以《联合国宪章》和习惯法体现的法律发展所影响。此外,一项国际文书必须根据在对其进行解释时所实行的整个法律制度的框架加以解释和实施。在与本诉讼有关的领域,过去 50 年...已有了重大发展...这一领域与其他领域一样,万民法(*corpus iuris gentium*)得到了极大的丰富,如果本法庭要忠实地履行其职责,就不得忽视这一点。”⁸⁴

43. 特别报告员认为,此项陈述并未限定第 18 条第 1 款所述原则,更没有为其创造一项例外。这样说有两个原因。第一,对南非提出指控并不是因为它在 1920 年或 1930 年违反了委任统治,而是因为它在 1966 年违反了委任统治;换言之,这关系到在推定继续有效的义务方面存在着持续性的不法行为。第二,时际原则并不要求对条约条款的解释历久不变。对条约规定(包括人权条约)的“逐渐发展”或进化性解释是解释的一种既定模式,⁸⁵当然它并不是唯一的解释模式。⁸⁶在经过一段时间后对法律文书进行解释并不是一门严谨了的科学,但是,这与以下原则无关,即一国违背一项义务的行为只有在该义务对该国为有效的时期所作出,才需承担责任。⁸⁷

⁸² 《国际法院判例汇编》,(1966 年),第 6 页、第 23 页(第 16 段)。

⁸³ 《国际法院判例汇编》,(1966 年),第 6 页、第 294 页,Higgins 加以引用,并表示赞同,上述引文,pp.516-517。

⁸⁴ 《国际法院判例汇编》,(1971 年),第 16 页、第 31-32 页(第 53 段)。

⁸⁵ 例如,见欧洲人权法院对 Tyrer 案的意见,ECHR Ser. A,Vol.26(1978),at pp.15-16。

⁸⁶ 1969 年《维也纳条约法公约》第三十二条允许参考条约的准备工作,这一做法要求诠释者理解通过条约条款的本意,从而与逐渐发展的解释方法形成对立。但是,它被用于对人权条约的解释。

⁸⁷ 时际法律原则也不表示在一特定义务生效之前产生的事实不得予以考虑。例如,承担义务,确保受指控的人的受审时间不被无故拖延(《公民及政治权利国际盟约》第 14 条 c 项。如果在此义务对一国产生效时,被指控的人已被监禁候审很长一段时间,这对裁定是否实施违背行为可以是一个相关因素,但是,就义务生效前的时期而言,则不能获得赔偿:见 J.Pauwelyn, “The Concept of a ‘ Continuing Violation ’ of an International Obligation:Selected Problems” ,BYIL,Vol.66,1995, at pp.443-445。

关于第 18 条第 1 款的结论

44. 鉴于上述理由,第 18 条第 1 款所述原则应予保留。关于该条款的拟定,如果目的是保证不在涉及国家责任问题方面追溯适用国际法,更贴切的表达方式是“不得将任何国家行为视为国际不法行为,除非...”⁸⁸ 特别法原则(见条款草案第 37 条)已足以处理同意或决定追溯承担责任的少有情况。⁸⁹

第 18 条第 2 款:新的强制性规范

45. 第 2 款对第 18 条第 1 款所反映的原则明确规定唯一一个限定条件。它设想一个在实施时为非法的行为,如果以后为一项国际法强制性规范所要求的行为,将被视为合法行为。在此情况下,此项规范的强制性质实际上溯及既往,至少足以推翻早先认为行为不合法的定性。评注中认为这关系到某些“过去碰巧没有发生,将来只有在极偶然的情况下才会发生,但又不能排除的假设情况。”⁹⁰ 其理由阐述如下:

“当国家的一项行为在实施时,从正式的法律观点来看是一项不法行为,但是结果表明行为是出于道义和人道主义考虑,而且这些考虑其后已确实改变了有关的法律规则,这就很难不在事后视这一行为为先驱者的作为或不作为。如果该项行为导致的争端的解决是在法律改变之后进行的,负责解决冲突的当局将不会无视情况的发展继续将早先的作为或不作为作为国际不法行为处理,追究国际责任。”⁹¹

评注接着列举了一些可能性,举例说:

“下列情况并非不可思议,即眼下也许会要求一国际法庭解决某一国的国际责任所引起的争端。根据一项条约的规定,该国须向另一国交付武器,但在了解到这些武器将用于侵略或灭绝种族或通过武力维持种族隔离的政策之后,该国拒绝履行其义务,而这一行为是在禁止灭绝种族和侵略的强制法规则确立之前实施的,根据该强制法规则,拒绝不仅是合法的,而且是强制性的。”⁹²

但是,评注强调,新的强制性规范的追溯力十分有限:“国家行为不会被追认为自始合法的行为,只有当新的强制法规则生效时才视为合法,”它不影响已经作出的决定或达成的商定解决办法。⁹³ 第 2 款中“即不再视为国际不法行为”一词表达了这一有限的影响力。

⁸⁸ 提议的第 18 条案文,见下文第 156 段。

⁸⁹ 关于国家承认和作出一项行为的追溯力,见条款草案第 15 之二条和第一次报告,A/CN.4/490/Add.5,第 281-286 段。

⁹⁰ 第 18 条评注,第(14)段。

⁹¹ 同上,第(15)段。

⁹² 同上,第(17)段。

⁹³ 同上,第(18)段。

各国政府对第 18 条第 2 款的评论

46. 法国不同意第 2 款,其理由是它对强制性规范持一般性保留意见;它还说,实施行为的义务“在一项时际法条款中绝不应存在”。⁹⁴ 荷兰在以前的一项评论中指出,如果真要将第 18 条第 2 款列入条款草案,就应将其列入第五章关于解除行为不法性的情况的案文内。⁹⁵

是否有必要列入第 18 条第 2 款?

47. 第 2 款中设想的情况一定比《维也纳条约法公约》关于一项新的抵触性强制性规范产生时条约是否继续有效的第六十四条所设想的情况还要少见。第 18 条第 2 款所设想的具体情况是,第一天为国际法具体禁止的一项行为在第二天或起码在一段时间内,因一项新的强制性规范而成为强制性行为从而使第一天产生的责任问题继续存在,但不予解决。即使是禁奴案也没有提供这种情况的例子。⁹⁶

48. 鉴于所设想的有限追溯规定和极不可能产生这类案例,人们一定会问,为何将第 37 条(特别法条款)和第 43 条 b 项(不得违背国际法强制性规范恢复原状)合起来,最后再加上补偿评估固有的灵活性不能充分处理这些案例。例如,在禁奴案中,假定在贩卖奴隶仍为国际合法行为时期不法地扣押奴隶,⁹⁷ 既不可能归还奴隶,也不可能补偿其损失,因为国际法已无法对所失去的(对人的所有权)作出估值。关于侵略和灭绝种族的事例,在整个《宪章》期间,有关规范实质上被认为是强制性的。⁹⁸ 即使并非不可能,也很难想到任何实际案例,决定于现为强制性规范所要求的前行为的非法性,或就此而言,甚至决定于现已被这项规范所禁止的前行为的合法性。

1969 年《维也纳公约》关于新强制性规范的效力的规定

49. 另一点需要注意的是,尽管《维也纳条约法公约》设想将产生新的强制性规范,但是,并没有给它们以任何追溯力。⁹⁹ 第六十四条规定,遇有新一般国际法强制规律产生时,“任何现有条约之与该项规律抵触者即成为无效而终止。”第七十一条第二款规定:

“2. 遇有条约依第六十四条成为无效而终止之情形,条约之终止:

⁹⁴ A/CN.4/488,第 49 页。

⁹⁵ 《1981 年...年鉴》,第二卷,第一部分,第 103 页。

⁹⁶ 如第 18 条评注第(16)段所指出。禁奴案确实引起了时际法的重要问题:见评注第 10 段中引用的案例。

⁹⁷ 如禁奴案一样,新的习惯国际法规则产生的时间问题也会是一个难题:例如见 *The Le Louis*(1817),2 Dods 210; *The Antelope*(1825),10 Wheaton 66。事实上,此项规则从早期就被认为是有效的,就此而言,“追溯既往”的因素已成为确定法律进程的一部分。

⁹⁸ 纽伦堡原则将 1939 年及以后发动的侵略战争定为犯罪行为,这些原则在 1948 年得到大会的肯定。国际法院在《灭绝种族罪公约》案中,《公约》的基本原则“被文明各国确认为对各国具有约束力,即使在这方面不存在任何公约义务”:《国际法院判例汇编》(1951),第 15 页、第 23 页。

⁹⁹ 瑞典在评论第 18 条第 2 款时指出这一点:《1981 年...年鉴》,第二卷,第一部分,第 78 页。

(甲) 解除当事国继续履行条约之义务;

(乙) 不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势;但嗣后此等权利、义务或情势之保持仅以与一般国际法新强制规律不相抵触者为限。”

这一方法避免绝对的追溯力,但是与此同时,又遵守新的强制性规范的要求,即不能根据新规范维持的权利(例如,因早先的不法行为而产生的恢复原状权利)应予以废除。新强制性规范可产生这一后果,不论国际责任的次级规则为荷。¹⁰⁰

对第 18 条第 2 款的结论

50. 最后,第 2 款的现有案文似乎比较强调后来的当局(法院或法庭)如何根据后来一项冲突的强制性规范,处理较早时产生责任的情势,而不是关于较早时的责任问题。评注认为,较早时的行为实际上是违背了义务。¹⁰¹ 然而,在某些特定情况中,由此产生的次级责任关系被后来的强制性规范所否定。

51. 鉴于这一点,第 2 款产生了两个截然不同的问题。这两个问题列入处理时际法对责任起源的影响的条款是不适当的。第一个问题关于事后改变主要规则对现有责任关系的影响(特别是当涉及到新的强制性规范时)。这与条款草案的第二部分有关,不应列入第一部分。第二个是更加重要的问题,即责任起源与强制性规范的优先要求之间的关系,就现有的强制性规范而言,这一问题也会出现,事实上会更经常地出现。这一点将在审议第一部分第五章解除行为不法性的情况时进一步讨论。鉴于上述理由,第 2 款没有必要作为第 18 条的一部分,可予以删除。

(e) 第 20 条和第 21 条:行为义务和结果义务

52. 第 20 条和第 21 条区分行为义务和结果义务。¹⁰² 这两条因为彼此之间的联系,应一并审议。这两条规定如下:

¹⁰⁰ 这还符合对 Huber 仲裁员在帕尔马斯案中的意见所附的著名但书,UNRIIA,Vol.2,p.829 at p.845。

¹⁰¹ 第 18 条评注,第(18)段。

¹⁰² 这一点导致提出大量文献。见,例如,J Combacau,“Obligations de résultat et obligations de comportement:quelques questions et pas de réponse”,in *Melanges Reuter*,pp.181-204;P.Daillier et A.Pellet,*Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*,6thed.,1999,par.139,473; P.M.Dupuy,“Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats”(1984),vol.188, *Recueil des cours*,pp.43-54; I.Brownlie, *State Responsibility-Part I*(1983) p.241; C.Tomuschat,“What is a ‘Breach’ of the European Convention on Human Rights”,in *Essays in Honour of Henry G.Schermers*(vol.3,1994)p.315; E.Wyler, *L’illicite et la condition des personnes privées*(A.Pedone,Paris,1995) pp.17-43。

“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

“一国的行为如不符合要求它采取某一特定行为准则的国际义务所规定的行为,即为违背该义务。

“第 21 条

“违背要求它达成某一特定结果的国际义务的情况

“1. 一国如不能以所采取的行为达成某项国际义务要求它以自己选择的方法达成的特定结果,即为违背该国际义务。

“2. 如一国的行为所造成的情况不符合某项国际义务要求它达成的结果,但该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果,则该国只在它其后的行为亦未能达成该项国际义务要求达成的结果时,才算违背该国际义务。”

53. 有关这两条的评注指出,虽然两者间的区别难以适用于具体个案,但“对确定在任何特定情况中违背一项国际义务的情事是如何发生的却具有重大意义”,¹⁰³因为它影响到判断是否发生及何时发生违背义务的情况。尤其是,“一项国际义务遭到违背的情况因以下因素而变动:该项义务是否要求一国采取某种特定行动,或仅要求该国取得某种结果,让该国自由选择取得结果的手段”。¹⁰⁴此种区别的基本根据是,行为义务在将对某种目的和结果作出设想的同时,还精确规定须采用的手段;因此它们有时被称为手段义务。而结果义务则并不这样,它让当事国决定采用何种手段。¹⁰⁵这并不意味着当事国可选择任何手段。当事国的选择可能或多或少受到限制。但是当事国将有一定程度的选择,而且在一些情况中可能有另一个选择,即补救局势,前提是起初选择的手段的失败没有造成不可挽回的损害。¹⁰⁶例如,一项法律的通过,虽然看来可能不利于需要实现的结果,实际上并不构成违背义务;关键在于是否实际适用该法律。在这种情况下,只有在法律确实适用于特定案件并产生所禁止的结果之时,才算违背义务。¹⁰⁷

54. 评注承认,在任何情况中应规定何种义务,并不是条款草案处理的事项而是主要规则起草人处理的事项。在国家与国家直接关系中比较可能规定行为义务(涉及作为或不作为),而在各国内部法律秩序范围内的个人待遇方面,结果义务则占主要地

¹⁰³ 第 20 条评注,第(4)段。

¹⁰⁴ 同上。

¹⁰⁵ 同上,第(8)段。

¹⁰⁶ 同上,第(2)至(4)段。

¹⁰⁷ 第 21 条评注,第(18)至(22)段,援引 *Mariposa Development Company* 案(1933 年),6 UNRIIA 340(美国—巴拿马一般索赔委员会),波兰领土上西里西亚德国人权益案(*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*)《常设国际法院汇编 A》第 7 号(1926 年),第 19 页,和欧洲法院在 *De Becker* 案中的判决,ECHR Ser.A,vol.4(1962)。

位。¹⁰⁸ 在此意义上,此种区别涉及对国家和对主权的看法:手段的选择更可能存在于国内事项而不是国际事项之中。但这不能一概而论。例如,人们认为一项统一法条约规定了行为义务,要求统一法各项规定成为有关国家法律的一部分。¹⁰⁹ 另一方面,人权领域的义务则涉及结果义务,因为它们并没有明确规定应如何尊重有关权利,并且它们符合各种法律和制度。

55. 因此,第 20 条和第 21 条对主要规则所规定的各类义务作出区分并寻求从责任角度确定这一区分的后果。¹¹⁰ 评注认为,就第 20 条和第 21 条的目的而言,主要后果是:

“因此,国际法在确定发生违背[结果]义务的情况时采取的方式完全不同于在确定涉及‘行为’或‘手段’义务的情况下所采取的方式,……在后一种情况下,确定履行或违背义务的决定性标准是将义务所要求采取的特定行为同当事国实际采取的行为进行比较。”¹¹¹

各国政府对第 20 条和第 21 条的评论

56. 对第 20 条和第 21 条提出评论的政府对这一区分持怀疑态度。丹麦(代表北欧国家)指出,第三章所阐述的区分“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。”¹¹² 法国指出,这些条文“涉及将首要义务分类的实体法规则;”“在这类草案中绝不应有这样的条文,应将其删掉。”¹¹³ 德国指出:

“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,从而损害习惯国际法。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。……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。”¹¹⁴

联合王国担心“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型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……并且难以确定某项特定行为应归属于哪个类别”。¹¹⁵ 尤其是对第 21 条,联合王国认为各项基本命题

¹⁰⁸ 第 20 条评注,第(6)段。

¹⁰⁹ 同上,第(8)段。见 B Conforti, “Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme”, *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, vol.24,1998,p.233。

¹¹⁰ 第 20 条评注,第(5)段。

¹¹¹ 同上。

¹¹² A/CN.4/488,第 66 页。

¹¹³ 同上,第 67 页。

¹¹⁴ 同上。

¹¹⁵ A/CN.4/488,第 46 页。

都“不具争议性”,但是它不同意评注中对这些命题的解释,尤其是在涉及外国人待遇及其财产处理的义务方面。¹¹⁶

国内法和国际法中所适用的区别之间的关系

57. 行为义务和结果义务之间的区分源于大陆法体系。普通法无此区分;也许英文文献对此只作有限的阐述原因正在于此。¹¹⁷ 例如,Combacau 清晰解释了此种区分在法国法律中的作用:

“债权人实现目标的可能性决定着债务人应承担的义务的性质:当实现的可能性极大时,法律或者合同就规定结果义务;当实现的可能性基本上较难预知时,法律或合同限于减少风险因而只是规定一种手段义务。”¹¹⁸

换言之,大陆法系的理解是,结果义务在某种程度上保证取得结果,而行为义务从本质上说是有义务尽最大努力,竭尽全力取得结果,但不作出最终承诺。因此,医生对病人有行为义务,但是并没有结果义务;医生必须在合理可能的情况下采取一切措施确保病人康复,但是并不担保病人会康复。按照这种概念,显然结果义务更加严格,因此同行为义务或手段义务相比,违背结果义务比较容易被证明。

58. 而按照第 20 条和第 21 条提出的形式并根据评注中的解释,此种区分是基于确定性而不是基于风险。行为义务是采取或多或少具有确定性的行为的义务。结果义务则让当事国选择手段。¹¹⁹ 鉴于这项理由,评注认为结果义务在某种程度上不如行为义务严格,因为国家对于它将要采取的行为只有很少或没有选择。¹²⁰ 在国际法中:

“区别的核心因此是在于义务履行方在选择手段履行义务方面的自由程度;而不取决于预期结果或多或少的偶然性质。”¹²¹

这种区别值得注意。由于采用源于大陆法系的区分,条款草案几乎倒转了其效果。然而这并不意味在国内法律制度中具有明确意义和理由的区分在国际法中将必然以同样的方式适用。必须按照条款草案采用的方法处理该问题,即使这些方法并非任何特定一套国内法采用的方法。

¹¹⁶ 同上,第 68-69 页。另一方面,它认为第 20 条可与第 16 条合并:同上,第 47 页。

¹¹⁷ 参看 Braonlie, *State Responsibility-Part I*, at p.241。

¹¹⁸ Combacau,如上,p.196。另见 Dupuy,如上,pp.47-48。一般参见 K. Zweigert and H.Kotz(trans.A.Weir),*An Introduction to Comparative Law*(Oxford,Clarendon, 2nd edn.,1992),p.538。

¹¹⁹ 第 20 条的评论,第(2)段和第 21 条评论,第(1)段。另见 Daillier et Pellet(*Droit international public*,6th ed,1999),其中提到“手段方面的可选择性”是这种区分的决定因素(p.746,para.473)。

¹²⁰ 因此,B.Stern,“Responsabilité internationale”,*Repertoire international Dalloz*,1998,para.64 认为国家应负的行为责任“更加具有约束力,因为它既具有达到某种结果的义务,又具有为此使用某些国际规则所规定手段的义务”。

¹²¹ Combacau,如上,pp.201-202。

法律文献中行为义务和结果义务之间的区分

59. 即使熟悉大陆法体系所作区分的著作者也对这条草案中所作区分的用处深表怀疑。例如, Tomuschat 认为, “行为义务和结果义务之间的区分难以适用, 对必须确定是否发生违背国际义务情事者助益甚少。”¹²² 经常有人提到这种区分对确定实施国际不法行为的时间因素可能产生的影响。¹²³ 不过多数论著认为这种区分的价值有限。例如, 有人强调指出, “这两类义务之间并不存在明确的界限, 此外, 两者之间可能存在密切的相互联系, 从而使其丧失自己的特点”。¹²⁴ 总之, 在文献中, 支持保留这一区分, 至少是一读通过的那种形式的区分的观点很少。虽然 Combacau 认为这种区分 “原则上是必不可少的”,¹²⁵ 但是他在结束其研究时提出疑问如下……

“是否应将诸如手段、行为、结果、目的……之类概念……适用于一些规则, 而在这些规则中, 初看起来是一种行为的结果本身其实是一种行为, 而提供给义务履行方的每种手段却仍然留下选择手段的余地。”¹²⁶

国际判例法中的行为义务和结果义务之间的区分

60. 鉴于第 20 条和第 21 条所得到的反应模棱两可, 问题必定是, 法院和法庭是否仍然认为此种区分有助于实际案件的裁判。在实践中, 人们仅偶然提及这两条。例如, 外交和领事人员案就没有提到行为义务和结果义务之间的区分。不过也许可提及至少在某种程度上采用此种区分的三个判例。

61. 在 Colozza 案¹²⁷ 中, 欧洲人权法院对在请求人缺席的情况下进行审判表示关注, 因为请求人实际上没有收到审判通知, 被判处六年监禁, 并且后来不许他对其定罪提出申诉。请求人声称他没有获得公约第 6(1)条规定的公平审判。法院指出:

“在选择用于确保本国法律制度符合第 6(1)条的规定的方面, 缔约国享有广泛的酌处权。法院的任务并非向缔约国指出这些手段, 而是确定是否实现了公约所要求的结果……。为确定实现了结果, 必须证明, 国内法所提供的资源是有

¹²² “What is a ‘Breach’ of the European Convention on Human Rights”, in *Essays in Honour of Henry G Schermers*, p.335. 另见 P.M.Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”(1984), vol.188, *Recueil des cours*, p.47 和 G Lysén, 他认为, “看来国际法委员会的提议并未提供可行的方法, 反而增加混乱”: *State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts. A Discussion of Principles* (Iustus Frlag, Uppsala, 1997), p.63。

¹²³ Daillier 和 Pellet 认为, 在涉及结果义务时, “应当……等到完成不同的阶段以实现 “一项复杂的……国家行为”, 然后才能够断定是否违背国际义务” (如上 p.748, para.473; 着重号后加)。另见 J.Combacau, 如上, p.184 和 P.M.Dupuy, 如上, pp.44-45。

¹²⁴ G Lysén, 如上, p.62, 他也提到《海洋法公约》第 194 条和第 204(1)条, P.M.Dupuy 为同一目的曾对其作过分析(如上, pp.49-50)。在审查关于第 20 和第 21 条的评论所定义的标准时, J.Combacau 指出, “第 21 条的结果义务可归结为一种, 而它们很难同第 20 条的行为义务相区别” (如上, p.90)。

¹²⁵ 如上, p.184。

¹²⁶ 同上, p.204。

¹²⁷ ECHR, ser.A vol.89(1985)。

效的,‘被控实施刑事犯罪’,处境同 Colozza 先生类似的人绝不应承担举证责任,证明他并非试图逃避法律制裁或他的缺席是不可抗力造成的。”¹²⁸

因此法院认为,申诉人的案件“最终并未在本人在场的情况下由一个有权审理该事项所有方面的‘法庭’进行审理。”¹²⁹但是,如 Tomuschat 所指出,法院得出这一结论并非仅仅将所要求的结果(审判时被告人在场的机会)同实际取得的结果(在该特定案件中缺乏此种机会)进行比较。确切说,法院审查了意大利可以更多采取何种措施使申诉人的权利“有效”。¹³⁰第 6(1)条所体现的结果义务确实可以表述为,有义务提供有效权利,让被告人在本人在场的情况下接受审判,但是这仅仅是重新表述有待裁定的问题。行为义务和结果义务之间的区分是否有助于法院就该问题作出决定,这一点并不明确。

62. 法院一个包括 Ago 法官在内的分庭所裁定的西电公司案可能是一个比较引人注意的案例。主要问题是,巴勒莫市长征用西电公司的工厂(这导致西电公司破产并随后被迫低价出售资产)是否违反双边《友好通商航运条约》和《补充协定》各条款。美国除其他外主要依据《补充协定》第一条,该条规定:

“缔约国双方的国民、公司和社团在另一缔约国领土范围内不得遭受尤其导致以下情形的任意或歧视性措施:(a) 使其不能有效控制和管理企业……或(b) 损害其在这些企业中的其他合法既得权利和利益……”。

对该工厂的征用后来根据意大利法律被裁定为非法,意大利法院判决应支付损害赔偿金。但美国的主张是,因为征用实际上引发破产,所以损害赔偿金并没有反映实际损失。因此征用是一种违反第一条的任意措施。

63. Schwebel 法官在其异议意见中支持这一结论,并提到第 20 条和第 21 条所体现的行为义务和结果义务之间的区分。他认为第一条体现了结果义务,其理由是该条:

“非常具体地规定了同不对这些公司实行任意或歧视性措施的义务有关的特定目标。实现这些目标的特定手段却未有规定。因此,……如同保护外侨及其利益的一般国际条约义务,第一条的义务看来并不是手段义务而是结果义务。然而不能由此推论,……意大利于征用之后采取的行政和司法程序解除了意大利任意处理西电公司及其股东利益的责任。……在本案中,意大利并未取得所规

¹²⁸ 同上,第 30 段,引用 *De Cubber*, ECHR, Series A, vol.86(1984), p.20(para.35)。作为比较,见 *Platform 'ırzte für das Leben'*, 法院在其中对第 11 条作如下解释:

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

ECHR, Ser. A, vol.139(1988), Para.34。与此相对照,法院在 Colozza 案中使用了类似的语言,但结论却是,这种义务是一种结果义务。

¹²⁹ ECHR, Ser. A, vol.89(1985), Para.32。

¹³⁰ 同上, Para.28。

定的结果,即使西电公司免受征用这一任意措施的影响。它没有实现所规定的一般结果,也未实现第一条(a)项和(b)项规定的特定目标。……

当然可以说,即使没有征用,西电公司本来也会破产。……但是这一结论没有考虑到一个事实,……即,如果没有强制征用,西电公司从其资产变现所获本会比实际所获多得多。……因此可以推定,西电公司并没有被置于假如没有征用一事西电公司应处的情况。无论意大利的行政和司法程序如何值得尊敬,这些程序并未取得等同结果。因此我认为,这些程序并没有解除意大利实施条约《补充协定》所指的任意行为而应负的责任。”¹³¹

但是该分庭得出相反的结论,而且没有对此种区分作任何分析。分庭首先裁定,全面并现实地看待此事,西电公司丧失对其资产的控制的起因是无力清偿债务而不是征用。其次,第一条应被理解为一般禁止“任意或歧视性措施”,不限于所提出的具体目的。分庭认为,没有违反第一条的理由是,市长的决定虽然不符合意大利法律,但不带有第一条意义上的“任意性”。¹³² 因此持多数意见的法官无须断定对该决定提出上诉的机会是否可以对此种任意性作出补救。相反,该决定是“在一个法律运作系统内,在具有适当上诉救济措施的情况下有意识地作出”的事实使人们有理由判断该项决定根本就不是一项任意性决定。¹³³

64. 人们可以同意 Schwebel 法官的意见,即,如果认为征用是“任意”的,如果征用是西电公司损失的真正原因,那么数年后从意大利法院获得的有限的损害赔偿将不会“消除”这一不法行为的后果。但认为第一条是规定不得产生任意待遇造成的结果的义务,而不是规定不得采取随意行为的(行为或手段)义务,对该案的结果有何影响?看来多数意见和少数意见对第一条中“任意”一词的解释存在分歧,对事实判断更肯定存在分歧。但是行为义务和结果义务之间的区分看来并没有对这两方面中的任何一方面产生任何影响,或对这些问题的分析产生实际作用。

65. 第三个例子是伊朗-美国索赔法庭最近就伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国,A15(IV)和 A24 号案所作的裁定。¹³⁴ 该案的内容是:伊朗声称美国违反了《阿尔及尔协定》所载“一般声明”通则 B 规定的如下义务:“终止美国法院涉及美国人及美国机构针对伊朗及其国有企业提起的一切诉讼程序……并通过具有约束力的仲裁,实现此类索赔的终止”。美国并未采取措施了结其法院审理的案件,只是暂时中止审理;一俟伊朗-美国索赔法庭裁定,法庭对伊朗的主张缺乏管辖权,美国即会取消中止措施。¹³⁵ 美国辩称:这是美国可以采取的唯一切实可行的办法,通则 B 把终止诉讼程序同终止索赔联系起来,说明美国的做法是合理的。换言之(尽管双方均未使用第 20 条和第 21 条的术语),美国认为通则 B 体现了结果的义务——结果就是终止未决诉

¹³¹ 《国际法院案例汇编》(1989 年),第 15 页、第 117、121 页。

¹³² 同上,第 72 页、第 75-77 页(第 121 段、第 126-130 段)。

¹³³ 同上,第 77 页(第 129 段)。

¹³⁴ 1998 年 12 月 28 日第 590-A15(IV)/A24-FT 号裁决。此系合议庭作出的裁定(庭长:斯库比谢夫斯基;法官:布罗姆斯、阿兰焦-鲁伊斯、努里、阿梅利、阿利森、阿加侯赛尼、邓肯)。

¹³⁵ 见 *Dames & Moore v. Regan*, 453 US 654(1981)。

讼——美国在本国法律体系范围内采取的手段足以实际取得这一结果。这使人想起第 21 条评注中表述的观点,即:由于有关国家在实现结果方面可用酌处权,结果义务的要求在某种意义上不如行为义务严格。

66. 法庭裁定,就《声明》释义而言,终止诉讼的义务只适用于本庭管辖权限内的案件,可是,仅靠中止,是不能履行终止管辖权限内案件这一义务的。在达到这一结论方面,不能只靠《声明》看似清楚的措辞:

“法庭必须进一步分析此事项。通则 B 下的义务,一般而言属于‘结果’的义务,而非‘行为’或‘手段’义务。虽然可以说美国中止而不是终止了诉讼、因而未履行《阿尔及尔声明》规定的义务,但法庭不能局限于只对这些《声明》作字面或文法上的理解,而且也必须……参照这些《声明》的目标和宗旨来考量美国选用的方式。中止是否起到了终止作用这个问题的答案取决于实际做法。因此,关键在于事实证据。

一般国际法允许一国选择在本国管辖权限内履行国际义务的手段,但另有条约规定者除外。尽管如此,一国在选择履行国际义务的手段方面,也不可以随心所欲。所选手段必须足以履行该国的国际义务,而且必须合法。”¹³⁶

法庭接着裁定,“美国运用第 12294 号行政命令规定的中止机制,只有该机制事实上导致执行《声明》的要求,终止诉讼才算遵行了《阿尔及尔声明》的各项义务”。¹³⁷ 判断诉讼是否“事实上”已经停止,关键要看伊朗伊斯兰共和国是否曾就法庭管辖权限内的未决诉讼,或就法庭未因无管辖权而驳回的其它诉讼,“在 1981 年 7 月 19 日后,为维护本国利益,合理地适当行事,在美国法院出庭或向法院提交文件。”¹³⁸ 此类适当答辩所涉的费用,包括监测中止案件的合理费用,可以在诉讼第二阶段回收。

67. 在裁定这些事实问题之前,该案并未审结,故不宜对其作出详细评论。但可以提出两点,第一,法庭基本按照第 20 条和第 21 条评注预见的方式(但未提及这两条),确实对行为义务和结果义务作了区别。这样做的结果是美国可以较灵活地实施通则 B,不过,美国还是要求拿出终止法庭管辖权限内的案件的“结果”来。¹³⁹ 第二,法庭得出的结论,完全是依据对有关协定实际应用情况所作的解释,考虑到其目的和宗旨;换言之,在该诉讼阶段,根本不考虑责任的次要规则。在此范围内,该项裁定证实,行为义务和结果义务之间的区别关系到主要义务的区分,即关系到责任的主要规则而非次要规则。第三,但是,如果法庭把义务划成行为义务(即终止诉讼的行为)而不是结果义务(诉讼被终止的结果),那么,法庭的裁定在形式上可能有所不同,但在实质上却看不出会有任何不同。可以推定,不论划成哪一种义务,考量因素都会是一样的。

¹³⁶ 第 590-A15(IV)/A24-FT 号裁决,第 95 段。

¹³⁷ 同上,第 99 段。

¹³⁸ 同上,第 101 段。

¹³⁹ 这样,法庭裁定,美国允许仅为暂停执行诉讼时效的规定提交新案,这样做有违通则 B:不通过允许提交新案,也可以合法地暂停执行诉讼时效的规定,可是通则 B 明确禁止以任何理由就法庭管辖权内各项索赔提出“其它一切诉讼”。同上,第 131 段。

68. 通过以上的简要分析,可以看出,行为义务和结果义务之间的区别可以用作对义务进行分类的手段,可是,这方面的实践并不一致。在这两种情况下,问题都在于有关义务的解释,该区别的价值在于对被告国履行义务方面的酌处权是否重要。主要规则必定会限制该酌处权,可是,判断的关键在于程度的大小。有些情况下,该区别可能有助于表达有关该问题的结论:是不是有助于达成这些结论却是另外一回事。

人权义务作为“结果义务”

69. 对第 21 条的评注认为,国家对待个人方面的标准义务,不论是在人权领域还是在外交保护方面,都涉及到所谓的“扩大的结果义务”,为第 21 条第 2 款所处理的问题。照此,只有在订立的法律确定生效后,订法律才算违背这些义务。换言之,法律具体适用于个案,加上事后该国又不针对由此而来的任何申诉采取救济措施,这才算得上是违反行为。在此之前,违反行为只是表面看来而已。Combacau 用这样的语言形象地表明了这一观点:

“《公民及政治权利国际盟约》一方面规定‘任何人不得加以任意逮捕或拘禁’……同时又规定‘任何遭受非法逮捕或拘禁的受害者,有得到赔偿的权利’……这样,它就提出了两条规则,而这两条规则在国内法相应的是两项国家义务,一项是主要的,另一项是次要的;但对于国际法来说,它却仅仅确定了一项义务,即国家如违背这两项国内义务,就必然构成不当行为,而这一义务如果用有些冒昧的方式来表达,就是:‘任何国家不得任意逮捕或拘禁某一个人,违者须给予赔偿’。”¹⁴⁰

可是,下面有选择性的简单分析表明,有关人权问题的法院和委员会并不是这样处理人权的。

70. 按照 1950 年《欧洲人权公约》,声称其《公约》所定权利“受到侵害的任何人、非政府组织或个人群体”均可提出请愿。此外,国家间涉及“任何被指控违反公约规定的行为及议定书”规定的行为的案件均可提交该法院。¹⁴¹ 第 41 条规定:

“法院如认定有违反《公约》或其议定书的行为,在有关缔约国国内法仅能作出部分赔偿的情况下,法院须视情况需要给予受害方适当补偿。”

这显然表明,无须弄清楚违反公约的行为可否按有关国内法作出赔偿的问题,即可作为一个独立问题,确定是否有违反公约的行为。这一点《公约》机关从未置疑过。法院针对一宗案件曾这样指出:

“《公约》第 25 条(现第 34 条)规定,如果某条法律可能直接影响到个人,即使未

¹⁴⁰ J. Combacau, “Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse”, in *Melanges Reuter*, p. 181, at p. 191 (着重号后加)。反论例子,见 R. Higgins, “International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. - General Course on Public International Law”, *RCADI*, 1991-V, vol. 230, pp. 203-204。

¹⁴¹ 《欧洲人权公约》(经第 11 号议定书订正),第 34、35 条。必须用尽当地补救办法,必须“从作出最终裁定之日起六个月内”提出请愿;第 35 条。

有具体实施,该个人亦有权声称该法本身已侵犯了其权利……”¹⁴²

71. 同样,1966 年《公民及政治权利国际盟约》对个人和国家间来文加以区别。《任择议定书》规定,议定书缔约国管辖下的个人,如“声称为该缔约国侵害……权利的受害人者”,可向人权事务委员会提交来文。¹⁴³ 该委员会在审议这些来文时,一直要求国家行为的影响必须是使有关人个人成为“受害人”,并拒绝以纯理论审议国家法律。另一方面,它并不要求受害人必须受到起诉或处罚。在某些情况下,法律的存在即已违反《公约》;在另外一些情况下,在一定程度上即将直接受到行动威胁的人即可视为受害人。以下文字概述了检验的标准:

“只要每一行为人均作为《任择议定书》第一条定义范围内的受害人,那么,并没有规定禁止众多的人按照《任择议定书》提交案件。众多的人请愿这一事实本身并不使其来文成为公众诉讼……。某人若声称……侵害《公约》所保护权利的行为的受害人,须证明某一缔约国的行为或不作为已对其享受该权利造成不利影响,或根据如现行法律和(或)司法裁定或实践或行政决定或实践,证明即将造成这种不利影响。”¹⁴⁴

这些限制来自经委员会解释的《任择议定书》规定。国家间通知按照另外的公式。《公约》第四十一条规定,已接受该程序的某一缔约国声称接受该程序的另一缔约国“不履行其义务”,则可提出此类通知。¹⁴⁵ 迄今尚未用过该程序,可是可以设想利用该程序对这样的法律提出异议。

72. 美洲人权法院在裁判是否发生违反 1969 年《美洲人权公约》情事时,基本上采用同样的原则。美洲人权法院在法律草案是否符合《美洲人权公约》第 8(2)(h)条规定案的咨询意见中回答了几个一般性问题,其争论重点在于一项正式通过后显然会违反该国按《公约》所承担义务的法律草案。关于一项法律本身是否可以构成违反结果义务的问题,该法院指出:

¹⁴² Norris Case, ECHR Ser. A, vol. 142 (1988), para. 31, 引述 Klass Case, 同上, vol. 28 (1978), para. 33; Marckx Case, 同上, vol. 31 (1979), para. 27; Johnston Case, 同上, vol. 28 (1978), para. 33。另特别见, Dudgeon Case, 同上, vol. 45 (1981), para. 41; Modinos Case, 同上, vol. 259 (1993), para. 24。

¹⁴³ 《任择议定书》, 第一条。适用用尽当地补救办法规则: 第五条第二款丑项。

¹⁴⁴ E.W. and Others v. Netherlands, CCPR/C/47/D/429/1990 (1993), para. 6.3-6.4。亦见, 除其它外, Aumeeruddy-Cziffra v. Mauritius, 《大会第三十六届会议正式记录, 补编第 40 号》(A/36/40), 第 134 页 (1981), 第 9.2 段; Hertzberg and Others v. Finland, 《大会第三十七届会议正式记录, 补编第 40 号》(A/37/40), 第 161 页 (1982), 第 9.3 段; Disabled and handicapped persons in Italy v. Italy, 《大会第三十九届会议正式记录, 补编第 40 号》(A/39/40), 第 197 页 (1984), 第 6.2 段; Ballantyne and Others v. Canada, CCPR/C/47/D/359/1989 and 385/1989/Rev.1 (1993), para. 10.4 (“如果某一个人属于一类其行为按照有关法律规定为非法的人, 则有权声称本人为《任择议定书》第一条所指的“受害人”); Toonen v. Australia, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), para. 5.1; Bordes and another v. France, CCPR/C/57/D/645/1995 (1996), para. 5.4-5.5。

¹⁴⁵ 《公民及政治权利国际盟约》, 第四十一条第一款。第四十一条第一款甲项的要求表述有所不同: “未执行盟约的规定”。《盟约》未规定通知须涉及任何具体个人, 可是必须用尽现有的当地补救措施: 第四十一条第一款丙项。

“法律生效不一定影响具体个人的法域。法律要影响到该法域,可能还要事后采取规范措施,符合另外的条件,或直接由国家当局实施。可是也有可能受上述规范管辖的个人从该规范生效之时起即已受到影响。非自动执行的法律只是授权给当局据以采取措施。此类法律本身并不侵犯人权。就自动执行的法律而言……,自其颁布之时起就构成侵犯集体或个人的人权。因此,一项规范如剥夺部分人口——如按种族划分的部分人口——的某些权利,即自动对该种族所有成员造成伤害……。”¹⁴⁶

该法院在分析了《公约》的具体规定,并肯定地提到欧洲的判例后,作出如下结论:

“法院的诉讼管辖权目的是保护特定个人的权利和自由,而不是解决抽象问题。《公约》中并没有任何规定授权法院根据其诉讼管辖权裁判一项尚未影响到特定个人的被保证权利和自由的法律是否违反了《公约》。法院认定:一国颁布的法律如明显违反该国批准或加入《公约》时承担的义务,则构成违反条约行为,而如果该违反行为影响到特定个人的被保证权利和自由,则引起该国国际责任。”¹⁴⁷

该段有这样的意思:在明显违反条约后,“如果该违反行为影响到特定个人的被保证权利和自由”,才引起国际责任;这一点需要一些解释。从字面上理解有这样的含义:发生了违反条约行为,也可以不产生任何责任——这是不符合条款草案所载国家责任的概念的。¹⁴⁸ 可是,此处法院似乎在把违反条约本身的国家责任同根据《公约》程序对直接侵犯个人权利的行为所承担的国际责任加以区别,而法院只有对后一种责任才具有诉讼管辖权。

73. 概而言之,上述分析表明:各人权机构对该问题采取的办法实质上相同。¹⁴⁹ 法律如果直接适用于个人,或准备直接适用于个人,法律本身即可构成违反有关公约行为;不过,特定个案中该法是否构成违约行为,还是要具体情况具体分析。事后在国内提起的程序可能会对此类违反行为给予赔偿,可是这些程序并不是该法律的一部分。¹⁵⁰

¹⁴⁶ Inter-Am Ct HR(Ser. A),No.12(1991),at para. 41-43.

¹⁴⁷ 同上,para. 49-50;亦见(1995)34 ILM 188,at pp. 1199-1201.

¹⁴⁸ 特别是第3条和第16条;见上文第11段。

¹⁴⁹ 1981年《非洲人权和人民权利宪章》对各国来文和对其它给委员会的来文作出了规定(第47条和第55条)。目前尚未有公开表示,说明委员会如何处理此处讨论的问题。虽然这方面可以在欧洲联盟法律中找到类似之处(例如,见C-46/93号案,Brasserie du Pecheur SA v. Germany [1996] ECR I - 1029,特别是第51和第56段),欧盟法律的特征降低了比较的价值。要了解欧盟法律处理国家责任的办法,除其他外,见P. Craig and G. de Burca,EU Law - Texts,Cases and Materials,Oxford University Press,Oxford, 2nd ed.,1998),pp. 236-253.

¹⁵⁰ 一国制定法律若直接适用于个人,那么立法行为本身有可能已违反该国义务;这方面除其它外,见C. F. Amerasinghe,Local Remedies in International Law,Grotius, Cambridge,1990年,pp. 209-210;A. A. Cancado Trindade,The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law,Cambridge University Press, Cambridge,1983年,pp. 201-206;H. Dipla,La responsabilite de l'État pour violation des droits de l'homme - Problèmes d'imputation, Pedone, Paris, 1994,pp. 20-22。反论,见P. Cahier, “Changements et continuité du droit international - Cour général de droit international public”,RCADI,1985-VI,vol. 195,pp. 261-263。

74. 据信,审查外交保护方面的情况,也会得出同样的一般结论。联合王国简明扼要地说明了这一点:

“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,这个情况即属于草案第 21 条第 2 款的范围。提供公正、有效的司法制度的义务就是一例。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。”¹⁵¹

75. 当然,可能有些具体情况下,国家确实有权影响个人的权利,但应作出赔偿。一般而言,出于公共目的没收财产的情况即是如此,理由正是在该情况下行使了公用征收权获得认可。可是,任意对待个人方面并不存在公用征收权。也有一些情况是,义务在于制定某种制度,如提供公正、有效的司法制度。这种情况下,谈到违反行为时,就要考虑到制度的问题了;下级官员作的反常决定,可以加以复核,因此此类决定本身并不构成违法行为。¹⁵² 联合王国在上面的引文中就举了这个例子。制度的义务必须适用于整个制度。可是许多人权方面的义务不属于此类:例如,国家官员执行酷刑或任意杀人的行为,立即构成明确的违反行为。¹⁵³

76. 此处分析的问题(正如联合王国指出的那样),与其说是关于第 21 条的案文,还不如说是关于该条的评注。¹⁵⁴ 可是,可以从分析得出一些结论。

主要规则的优先地位及解释

77. 首先,虽然可能准确地将某些义务分为行为义务或结果义务,虽然这样可能表明这些规范的内容或应用情况,但这样的分类绝对替代不了根据规范的背景及其目的和宗旨,对这些规则进行解释,予以适用。第 20 条和第 21 条的问题在于,条款意味着需要将义务进行分类的中间过程,才能解决违反行为的问题。可是,归根结蒂,是否发生了违反义务的情形,还是要看该义务的确切定义、要具体情况具体分析。例如,人

¹⁵¹ A/CN.4/488,pp. 68-69。

¹⁵² 同样地,如果大量诉讼使制度暂时应付不来,带来不期延误,“只要国家适当地迅速采取适当补救行动”,这并不构成违反行为:Union Alimentaria Sanders,ECHR Series A,No.17 (1989),p. 15(para.40)。

¹⁵³ 进一步分析一下,提供公正、有效的司法制度的义务可能包括各种各样的要素,包括一些“结果”义务(如:有权由法官审判)以及其它“行为”义务。简而言之,这是混合义务。参:Tomuschat, “What is a ‘Breach’ of the European Convention on Human Rights”, at p. 328。另一个清楚的例子是尊重家庭生活的义务:参欧洲人权法院关于 Marckx 案的裁定,ECHR Series A,vol.31(1979),及其后的各项裁定。

¹⁵⁴ 可是,在第 22 条(用尽当地补救办法)范围内,这个问题又来了:见下文第 138-146 段。

道主义法领域的国家义务明明白白就是要“尊重并确保尊重”有关规范。¹⁵⁵ 在其它情况下,所用的措辞不同,立场也可能有异。分类学可能有助于主要规则的解释和应用,但绝不能取而代之。

78. 前南斯拉夫问题国际法庭针对最近一起案件,就有关酷刑的国家义务作了分析,得出同样的结论。法庭指出:

“一般情况下,维持或通过不符合国际规则的国内法律产生国家责任,但仅当此类法律具体适用时才引起相应的终止和赔偿(广义)请求。相对来说,就酷刑而言,保留或通过有违国际禁止酷刑规定的法律这件事本身,即引起有关国家的国际责任。免受酷刑的自由极为珍贵,因此必须禁止一切准许或容许酷刑,或能够产生这一结果的国家立法行为。”¹⁵⁶

换言之,制定不符合规则的法律这件事本身是不是构成违反国际法行为,要看主要规则的内容和重要性。

主要规则的多样性

79. 第二,主要规则种类繁多,其表述方式也殊然迥异,这两方面,言之难尽。取得结果的手段可以按具体程度作出多种描述。根据具体情况,要达到的目的,可能已确定必须采取的具体手段。手段和目的可以以各种方式加以结合。¹⁵⁷ 举一常见情形为例:为争取具体结果而“竭尽全力”的义务。准确地说,这绝不是结果义务,而是依据其表述方式,有关国家有义务采取现有的必要合理步骤,以期实现具体结果。只要该国为此目的采取一些不是显然不足或不当的行动,那么就不会有违反的问题。可是如果显然难以取得结果,而国家还可采取进一步措施以取得结果,那么,此种情形下产生的义务就可能更加严格,甚至趋向于形成结果义务。¹⁵⁸ 因此,在实践中,行为义务和结果义务不是对立的义务,而是程度不同的义务。¹⁵⁹

¹⁵⁵ 见尼加拉瓜案(实质问题)(《国际法院判例汇编》(1986年),第14页、114页,(第220段)),提到1949年日内瓦四公约共同第一条;参:L. Condorelli and L. Boisson de Chazournes, “Quelques remarques à propos de l’obligation des États de ‘respecter et faire respecter’ le droit humanitaire en ‘toutes circonstances’”, in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet*(Swinarski, ed), Nijhoff, Dordrecht, 1984, pp. 17-35; N. Levrat, “Les conséquences de l’engagement pris par les Haut Parties contractantes de ‘faire respecter’ les Conventions humanitaires”, in *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Nijhoff, Dordrecht, 1989, pp. 263-296.

¹⁵⁶ 前南斯拉夫问题国际法庭(蒙巴法官、卡塞塞法官、梅法官), *Prosecutor v. Anto Furundzija*, 1998年12月10日的判决,第150段;亦见同上,第149段。

¹⁵⁷ G Lysen 在《*State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts. A Discussion of Principles*》(1977年)中提出的观点,第62-63段。

¹⁵⁸ 见下文第86段。

¹⁵⁹ 若干国家政府在评注中提出的观点:见上文第56段。

行为义务和结果义务之间区别的特别之处

80. 第三,不是所有的义务都可以划为行为义务和结果义务这两类的。有些可能是混合型的,例如,条款草案本身就提出另一“类别”,即预防的义务。在就第 20 条和第 21 条作出结论之前,了解一下此类义务会有帮助。

(f) 第 23 条:违背要求防止某一特定事件的国际义务

81. 第 23 条规定如下:

“如国际义务规定某一国家必须达成的结果,是指以它自己选择的方法防止发生某一特定事件,则该国仅在所采取的行动未能达成该项结果时,才算违背该项国际义务。”

82. 第 23 条继续分析第 20 条和第 21 条规定的各种义务(行为义务/结果义务)。评注处理预防义务的方式如下:

“……其特征正就是事件的概念,那就是,不涉及国家任何行动的个人行为或自然行为……如果规定国家有义务保证达成的结果是保证不会发生某一事件,那么,违背义务行为的主要迹象就是发生了该项事件,同样的,该项事件没有发生就是履行了义务的主要迹象…规定国家必须保证的结果是不发生某一事件;如果发生了该项事件,即是没有达成该项结果。”¹⁶⁰

83. 评注继续说,关于预防义务,仅仅预防失败并不足以构成责任,尽管它是一项必要条件:“显然的,只可以规定国家的行为必须尽可能阻止发生该事件,也就是,在其能力范围内尽可能阻止发生该事件”。¹⁶¹ 因此,预防义务在本质上是采取一切合理或必要的措施确保事件不发生的义务。这项义务不是担保或保证事件不发生。¹⁶²

政府对第 23 条的评论

84. 法国说,“措辞有些费解的第 23 条……涉及将首要义务分类的实体法规则。因此,在这类法律草案中绝不应有这样的条文。”¹⁶³ 德国表示赞同。¹⁶⁴ 联合王国认为,第 23 条没有争议,但也没有必要;它认为可以删除或同第 21 条合并。¹⁶⁵

防止义务的内容

85. 有人倾向把防止义务作为“消极的”结果义务分析。就这类义务而言,有关结果不是某一事件的发生,而是它的不发生。另一方面,是否如此取决于对特定首要规

¹⁶⁰ 第 21 条评注,第(35)段。

¹⁶¹ 第 23 条评注,第(6)段。

¹⁶² 另一方面,这项义务也不是普通含义上的“适当注意的义务”。因为尽管担心的结果没有发生,但如不予以适当注意,也就是违背这种义务。第 23 条评注,第(4)段,注 6。

¹⁶³ 同上。

¹⁶⁴ 同上,英文本第 67 页。

¹⁶⁵ 同上,英文本第 72 页。

则的解释。评注¹⁶⁶ 举《维也纳外交关系公约》第 22 条第(2)款为防止义务的例子,该款规定:

“接受国负有特殊责任,采取一切适当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之情事。”

根据评注,这是这样的一种义务:“同时,只有在此项结果[即侵入、损害或扰乱]未见到达成时,违背义务行为始告发生”¹⁶⁷

86. 虽然评注所解释的防止义务是存在的,但 1961 年公约第 22 条第(2)款显然不是这类义务。它至多只是一种行为义务。毫无疑问,它并不涉及担保或保证不侵入;它不过是东道国应采取一切适当措施保护使馆的一种持续义务,如果出于某种原因,使馆的确受到侵入或扰乱,这项义务就比较费力。在美国驻德黑兰的外交和领事人员一案中,国际法院认为公约的这些条款和其他条款都规定接受国“有最明确的义务……采取适当措施保护”美国使团及其人员。¹⁶⁸ 它还认为,由于伊朗政府面对激进分子的各种威胁而仍不采取行动:

“伊朗政府完全没有采取任何‘适当措施’保护美国使馆的房舍、工作人员和档案资料免受激进分子的攻击,也没有在攻击结束前采取任何措施阻止或制止此一攻击……。国际法院认为,伊朗政府没有采取这类措施,并非仅仅是由于疏忽或缺乏适当的手段……。根据第 22 条第 2 款的规定,伊朗政府本身不采取行动显然严重违反了伊朗对美国的义务……。”¹⁶⁹

此外,评注中对第 22 条第(2)款的解释,原则上并不理想;各国不能以侵入、损害或扰乱还没有发生和可能永远不会发生为理由,而忽视这项“特殊责任”。

87. 评注中还提到一个较好的防止义务例子,¹⁷⁰ 那就 Trail Smelter 一案仲裁中列举的原则,即一国应尽最大努力防止污染越境损害邻国。评注继续说,“即使在防止发生某一事件的这种义务上,损害的发生并不是确定国际不当行为存在的另一项条件。”¹⁷¹ 如果应予防止的情况不按损害是否发生来界定,则这种说法是合理的,但是也可能如此界定。国家可以承担防止特定个人或别国领土遭受损害的义务,不过也

¹⁶⁶ 第 23 条评注,第(4)段和第(12)段,注 19。另见上文第 56 段,丹麦(代表北欧国家)的评论。

¹⁶⁷ 同上,第(12)段。根据评注,早前提出的外交抗议是关于确保履行义务问题,并不产生责任问题;同上。

¹⁶⁸ 《国际法院判例汇编(1980)》,英文本第 3,第 30 页(第 61 段)。

¹⁶⁹ 同上,英文本第 31-32 页(第 63 段和第 67 段)。国际法院的结论是,伊朗的行为“明显导致一再和多次违反《维也纳公约》适用的规定,这比伊朗不采取任何措施防止对不可侵犯的使馆房舍攻击而产生的违反义务行为更加严重”(同上,英文本第 35-36 页(第 76 段)。另见 S. Rosenne 著《Breach of Treaty》,第 50 页和第 67 页。德国在评注中也提出这种观点:A/CN.4/488,第 64 页。

¹⁷⁰ 第 23 条评注,第(11)段。裁决见(1938 年和 1941 年)3UNRIIA 1905。

¹⁷¹ 第 23 条评注,第(5)段。

有这样的可能:按照对特定义务的适当解释,发生损害才引起责任,而不是没有采取措施防止损害就引起责任。

对第 20 条、第 21 条和第 23 条的结论

88. 根据上述理由,¹⁷² 特别报告员认为,第 21 条第(2)款过于累赘,可能会引起误解,应予删除。主要的难点在于结果义务的概念,因为尽管一国行为显然违背义务,但仍“容许该国以其后的行为达成这项结果或相同的结果。”毫无疑问,首要规则可以采取多种形式,某一首要规则也许容许一国以补救行动纠正违背义务行为,补救行动不仅是提供补偿,而且是彻底消除早先违反义务行为的效果。不过这是不常见的。¹⁷³ 如果仅有可能违背一项义务,那么可以采取防止或补救行动,但是根据定义,违背义务的情况还没有发生。如果已经发生,可以用随后的行为减轻其效果,或(采用有效的当地补救办法)消除潜在的不满。然而,在后一种情况下,说从未发生违背义务的情况,会令人误解。

89. 关于第 20 条、第 21 条第(1)款和第 23 条所述的行为义务、结果义务和防止义务间的基本区别,显然有充分理由把这些区别统统删除。许多国家政府都提出批评,认为这些区别过于精细¹⁷⁴ 它们在著作中也受到广泛的批评¹⁷⁵ 这些区别同国内法类似概念的关系,模糊不清,甚至相矛盾。¹⁷⁶

90. 还有,不论它们有什么分析价值,这些区别似乎仅同首要规则的内容和含义有关,这也许可以解释为何次要规则的阐述,似乎在兜圈子。例如,第 20 条似乎只是这样规定:国家承担采取某种行为的义务时,如果该国不采取该行为,它就违背了义务。由于第 21 条第(1)款和第 23 条中“所采取的行为”一词隐含的意思,对行为义务和防止义务的立场有可能不同。评注解释说,这是为了表达这样的意思,即在防止义务的通常情况下,承担责任需要两个条件:一是国家没有采取现有的一切措施防止有关事件的发生,二是事件在以下情况发生:如果国家采取现有的措施,事件就不会(或很可能不会)发生。¹⁷⁷ 不过即使在这一点上也存在困难,就是尽管这也许是对防止义务的正常解释,但却不是唯一可能的解释。除了不可抗力的情况之外,国家毕竟可以承诺不产生某种结果。国家也可以作出无条件的保证;换句话说,它甚至可以承担相当于不可抗力的意外事件的风险。任何特定义务的含义取决于对相关首要规则的解释,但是解释的过程并不属于条款草案的范围。换言之,第 21 条第(1)款和第 23 条同样是在兜圈子(对某种内容的首要规则而言,这就是它们的内容),或者对某些首要规则的解释作了假设,而这不是条款草案的职责范围。

¹⁷² 见上文第 69-75 段。

¹⁷³ 通常情况是,一项义务可以具体规定替代履行方式(如,引渡法中或引渡或审判的义务),在这种情况下,即使一种方式被排除在外,仍可采用其他方式。但是人权义务并不采取这种形式。

¹⁷⁴ 见上文第 56 段和第 84 段。

¹⁷⁵ 见上文第 59 段。

¹⁷⁶ 见上文第 57 至 58 段。

¹⁷⁷ 第 23 条评注,第(6)段。

91. 主张删除的理由很充分,但鉴于所使用的术语很流行¹⁷⁸ 而且它们在某些情况下还有价值,例如确定违背义务是否发生,同时,国际法关于违背义务问题的概念框架相当贫乏,因此人们对删除一事定会犹豫。实体不应作不必要的增加,但保留现有的概念则不同,即使这些概念涵盖的内容并非全面。解释阐述国际义务的概念这一工作有其价值;对第 20 条、第 21 条、特别是对第 23 条的评注,虽然需要修改,以纳入以上意见,但还是有用的。

92. 请委员会就是否在第三章中保留这种区别的问题提出意见。为了突出讨论重点,特别报告员建议一项体现这种区别实质内容的单独条文。¹⁷⁹ 然而,特别报告员为了表示自己的疑虑,把该条放在方括号内。

(g) 第 18 条第 3 至第 5 款和第 24 至第 26 条:已完成和具有持续性的不法行为

93. 第三章的最后三条涉及在时间上具有持续性的不法行为问题的不同方面(称作“…违背国际义务的时间和期间”)。其内容规定如下:

“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

“时间上无延续性的国家行为违背国际义务时,该行为进行的时刻,即为违背义务行为发生的时刻。违背义务行为的实行时间不延续至该时刻之外,即使该国家行为的效果后来继续存在。

“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

“1. 有持续性的国家行为违背国际义务时,该行为开始的时刻即为违背义务行为发生的时刻。但违背义务行为的实行时间为该行为持续并且一直不符合国际义务的整个期间。

“2. 由有关个别事件的一系列行为或不行为组成的国家行为违背国际义务时,该系列的行为或不行为完成而使综合行为存在的时刻,即为违背义务行为发生的时刻。但违背义务行为的实行时间为构成该不符合国际义务的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。

“3. 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的国家复合行为违背国际义务时,该复合行为的最后一个组成部分完成的时刻,即为违背义务行为发生的时刻。但违背义务行为的实行时间为开始构成违背义

¹⁷⁸ 但含义不一定很清楚:参考加布奇科沃——大毛罗斯项目案《国际法院判例汇编(1997 年)》,英文本第 7 页、第 77 页(第 125 段),其中国际法院提到当事各方接受了“行为义务、执行义务和结果义务。”

¹⁷⁹ 为了确定是否违背义务(与违背义务期间不同),以结果义务的同样方式处理防止义务似乎就够了。至于违背防止义务的期间是否需要单独处理的问题,在下文讨论:见第 132-134 段。

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 26 条

“违背了防止某一特定事件的国际义务的时刻和期间

“一国违背要求它防止某一特定事件的国际义务的行为,于该事件开始时即发生。但违背义务行为的实行时间为该事件持续的整个期间。”

如上文已指出的那样,应该在同一场合中讨论第 18 条第 3 至第 5 款的细节规定,其中对持续性、综合性和复合性不法行为作了相同的区分。¹⁸⁰

94. 这些条款的评注在起首部分指出,时间因素同时适用于“确定违背国际义务行为发生的时刻和确定该项违背义务行为的期间或存续时间”。¹⁸¹ 它指出了由于确定违背国际义务的时刻和期间而可能导致的各种后果,例如:法庭的管辖权、要求的国家性质或消灭时效原则的适用,同时它强调,这些时刻和期间的确定必须参照法律规则,而不仅仅参照事实。¹⁸² 就“即刻行为”(例如击落一架民用飞机)而言,其效果可能会延续很长一段时间,而且对于判定有关行为的严重性而言也许很重要。但这些效果的持续性质“对造成这些效果的国家行为的持续期间,没有任何影响,该行为仍属在时间上无延续性的行为”。¹⁸³ 例如,评注称,常设法院对《摩洛哥磷酸盐案》的判决认为法国的有关决定是即刻性的,不涉及持续性不法行为。¹⁸⁴

95. 关于第 25 条所述的时间上有延续性的不法行为概念,评注对持续、综合和复合行为作了区分。“持续行为”指的是“在特定时间内继续不变的…行为:换言之,即行为发生后仍继续存在不变,而不仅仅是其效果和后果的继续而已”。¹⁸⁵ 评注指出,持续性不法行为的概念(许多国家法律体系都采用这一概念)在国际法上源自特里佩尔(Triepel),经常被法院采用,尤其是欧洲法院。¹⁸⁶

96. “综合行为”的定义是“由国家对不同事项所作的一系列个别行为组成的国家行为”。¹⁸⁷ 评注指出,它们“包括一系列先后的行动,这些行动分开来看,可能是合法或非法,但它们彼此关连,因为它们的目的、内容和效果是一样的,虽然所针对的特定情况不同”。这方面的例子包括对特定国家外侨造成不利影响、构成歧视性做法的一系列行政决定,或拒绝允许这些外侨参加经济活动,从而违背东道国的国际义务。

¹⁸⁰ 第 18 条案文见上文第 35 段。

¹⁸¹ 第 24 条评注第(1)段。

¹⁸² 同上,第(5)段。

¹⁸³ 同上,第(7)段。

¹⁸⁴ 同上,第(10)段;又见第 25 条评注第(5)段。鉴于下文所解释的理由,特别报告员不同意判决中的此一看法:见第 146 段。

¹⁸⁵ 第 25 条评注,第(2)段。

¹⁸⁶ 同上,第(4)至(7)段。

¹⁸⁷ 同上,第(1)段。

无论单独的决定是否非法,如果此种行为合在一起就可能是非法的。¹⁸⁸ 一些基本的规则明确要求行为具有重复性,例如有系统地侵害人权。在此种情况下,系列行为中的第一个行为不足以确定已犯下了不法行为,但是如果其后又发生了其他同类行为,那么系列行为所构成的不法行为将被视为始于第一次行为。¹⁸⁹

97. 最后还有“复合”行为的概念,其定义是“由对同一事项所作的一系列行动或不行动组成的国家行为”。¹⁹⁰ 一个典型的例子是对拒绝让外国国民享有正义。这是一种复合的行为,因为它并非由一个行政官或一个低级法院的单一决定所认定:“‘复合’国际不法行为是国家机关在各阶段就特定事件采取的一切行动或不行动的总和,每一项此类行动或不行动本可以确保达成国际规定的结果,但却没有达成”。¹⁹¹ 这同样也影响到不法行为的整个期间。对于复合行为,“因此,违背义务行为发生时间必须这样计算:从造成不符合义务所规定结果的情况的第一个国家行动作出时刻开始,直至使该项结果绝对不可能达成的行为作出时刻为止”。¹⁹² 在此情况中,违背义务行为并非直至系列行为的最后一个行动发生才予以认定,此种行为从系列行为一开始就已经发生,从而产生了某种追溯效果。

98. 这一系列条款的最后一条是关于违背防止义务的时刻和期间的第 26 条。评注强调第 26 条与第 23 条之间的相似性。因为就防止义务而言,有关结果的发生是违背义务行为存在的必要条件,故此,它的发生“也必然是确定违背防止义务的时刻和期间的决定性因素”。¹⁹³ 关于甚至连国家明显和不可逆转地未能防止事件发生本身即可构成违背义务的看法遭到了反对。违背义务的行为不可能在事件本身发生之前发生:“因此,单从逻辑上说,违背义务的时刻绝不可能在事件发生之前”。¹⁹⁴ 但在受禁事件发生之后的立场则不同。如果事件具有持续性,那么“从逻辑上说,认为防止[它]发生的义务…应包括保证该事件终止的义务在内,是合理的”。¹⁹⁵ 因此,在发生持续性事件的情况下,防止这些事件的义务本身就是一项持续性的义务,而违背义务行为的时间延续至该事件存续的整个时间。¹⁹⁶

各国政府对第 18 条第 3 至第 5 款以及第 24 至第 26 条的评论

99. 对这些条款作出评论的政府存在意见分歧。法国赞成保留第 25 条中对违背义务行为所作的各种归类,理由是:它们以有用的方式“根据违背义务行为实施的方式

¹⁸⁸ 同上,第(10)和(11)段。

¹⁸⁹ 同上,第(12)段。

¹⁹⁰ 同上,第(1)段。

¹⁹¹ 同上,第(16)段。

¹⁹² 同上,第(17)段。

¹⁹³ 第 26 条评注第(1)段。关于第 23 条的论述,见上文第 85-87 段。

¹⁹⁴ 同上,第(2)段。

¹⁹⁵ 同上,第(6)段。

¹⁹⁶ 同上,第(7)段。

来确定违背义务行为的类别”,但它建议将该条与第 18 条对应各款联系起来。¹⁹⁷ 相比之下,联合王国则:

“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。它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。”¹⁹⁸

同样,美国也批评第 18 条和第 24 至第 26 条,因为它们:

“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。……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。这些规定可能使责任的限定复杂化而非加以澄清。”¹⁹⁹

德国就第 24 至第 26 条作出了类似评论。²⁰⁰ 希腊建议这些条款“应当拟得更简单明了”。²⁰¹

对所提问题的综述

100. 确定不法行为何时开始以及持续多久是实际过程中经常出现的一个问题,也是许多法学研究的议题。²⁰² 在这类案件中存在的问题常常不是责任本身的问题,而是一个法院或者其他机构的管辖权或可否允许某种适用的问题。²⁰³ 但在严格意义上的责任领域也存在一些潜在的推论。实际上,条款草案第 41 条论述了一个关于停止

¹⁹⁷ A/CN.4/488,第 65-66 页。

¹⁹⁸ 同上,第 45 页。又见上文第 56 段。

¹⁹⁹ 同上,第 45-46 页,引自 I Brownlie 著作,《国家责任》,第 197-198 页。

²⁰⁰ 同上,第 65 页。

²⁰¹ A/CN.4/492,第 9 页。又见上文第 4 段概述的各国政府对第三章的一般评论。

²⁰² 例如,见 *Mavrommaitis Palestine Concessions*,国际常设法院,A 辑,第 2 号,第 35 页;《摩洛哥磷酸盐案(初步反对意见)》,国际常设法院,A/B 辑,第 74 号,第 23-29 页;《索菲亚和保加利亚的电力公司(初步反对意见)》,国际常设法院,第 A/B 辑,第 77 号,第 80-82 页;《通过印度领土的过境权案》(案情实质),《1960 年国际法院判例汇编》,第 33-36 页。此问题经常在欧洲人权公约各机构中提出(参阅 J. Pauwelyn 著作,“‘持续违背’一项国际义务的概念:选定的问题”,《英国国际法年鉴》第 66 卷,1995 年,第 430-440 页);例如,见委员会在《De Becker 案》中的裁决(欧洲人权委员会年鉴,2 (1958-1959),第 214 页、第 234 和 244 页;法院在《爱尔兰控联合王国案》中的判决,1978 年 1 月 18 日,A 辑,第 25 号,第 64 页;《Papamichalopoulos 及其他控希腊案》,1993 年 6 月 24 日,A 辑,第 260-B 号,第 40 段;《Agrotexim 及其他控希腊案》,1995 年 10 月 24 日,A 辑,第 330-A 号,第 58 号。

²⁰³ 除其他外,见 J. Pauwelyn 著作,“‘持续违背’一项国际义务的概念:选定的问题”,《英国国际法年鉴》第 66 卷,1995 年,第 415-450 页;J. Salmon 著作,“复杂的事实:一个不可辩驳的概念”,AFDI,第 XXVIII 卷,1982 年,第 709-738 页;E. Wyler 著作,“关于国际不法行为时间确认问题的几点考虑”,RGDIP,第 95 卷,1991 年,第 881-914 页。)

不法行为的非常重要的推论。目前的条款也许很复杂,但似乎至少需要订立若干关于这些课题的条款。

101. 有人建议首先考虑关于可何时将某一国际不法行为视为已经发生的问题。尽管即使此一行为是持续性的,但是该不法行为的存在肯定会有一个时间点。其次,存在着区分完成行为(在时间上没有延续性的行为)与持续行为的问题。第三,还存在着在这些区分所确定的基本构架范围内结合进行综合和复合不法行为概念所提出的进一步修改。在每一种情况中都必须考虑国际法原则如何在持续、综合和复合行为中对责任产生影响。因此,第 18 条第(3)至第(5)款将被视为这一审查的一部分。

违背义务行为始于何时? 区分担心发生、即将发生或“预先声明将发生”的违背义务行为与已存在的违背义务行为

102. 所有这三条均共有的首先一个问题是,违背国际法的行为存在于何时(这有别于仅仅担心会发生或即将发生的行为)。换句话说,不法行为究竟“发生”于何时?原则上,这个问题只能参照具体的主要规则来解答。一些规则明确禁止实施威胁、²⁰⁴ 煽动或图谋,²⁰⁵ 在此种情况中,威胁、煽动或意图本身就是一种不法行为。关于是否存在涉及诸如煽动、共谋等其他“附带”不法行为的国际法普遍次要规则的问题将在审议条款草案第一部分第四章的时候进一步讨论。目前所讨论的问题是,参照主要规则确定的不法行为何时可视为已经发生。

103. 这是《Gabcikovo-Nagymarosa 项目案》中存在的一个问题。²⁰⁶ 继匈牙利拒绝按照 1977 年双边条约的规定继续实施项目之后,捷克斯洛伐克开始积极筹划并在其后着手兴建一个单方面的替代项目(所谓的“备选项目 C”),并利用了联合为原始项目建造的设施以及在捷克斯洛伐克领土上建造的一些其他设施。备选项目 C 实际上在 1992 年 10 月多瑙河经由新设施改道的时候就已实施。法院认为,基于各种原因,备选项目 C 是非法的,尽管匈牙利此前先违背了 1977 年条约。但问题是,捷克斯洛伐克的违法行为是从何时开始的?这是一个重要的问题,因为除其他外,匈牙利于 1992 年 5 月意图终止条约,其依据是捷克斯洛伐克坚持要建造备选项目 C。匈牙利指出,《维也纳条约法》第 60 条并不禁止本身已在违背条约的一方以另一方违背条约为由终止条约,此外它辩称,至少到 1992 年 4 月为止,捷克斯洛伐克决意着手对多瑙河

²⁰⁴ 特别是,《联合国宪章》第二条第四项禁止“以武力相威胁或使用武力…侵害任何…国家之领土完整或政治独立”。关于什么构成以武力相威胁的问题,见《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》,《1996 年国际法院判例汇编》第 222 页,总页数第 246-247 页(第 47-48 段);参阅 R. Sadurska 著作“以武力相威胁”,AJIL,1988 年第 82 卷,第 239-268 页。

²⁰⁵ 1948 年《灭绝种族罪公约》第三条对此下了一个尤其全面的定义,其中除禁止实际灭绝种族行为外,还禁止共谋、直接和公开煽动、意图和串谋灭绝种族。第三条当然主要是个人刑事责任,但是在《〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)(初步反对意见)》中,国际法院指出,“第九条中虽提到国家对灭绝种族或第三条所述任何其他行为,但不排除任何形式的国家责任”:《1996 年国际法院判例汇编》,第 595 页,总页数第 616 页(第 32 段)。这意味着国家可独自对煽动、共谋、串谋和意图直接承担责任。

²⁰⁶ 《1997 年国际法院判例汇编》,第 7 页。

进行非法改道就是相当于已经存在违约行为,或者也可说是对条约的废弃,因此匈牙利有权终止条约。²⁰⁷

104. 法院驳回了这一论点,并以 9 票多数对 6 票裁定,10 月份多瑙河实际改道的时候才发生违约行为。它指出:

“在 1991 年 11 月至 1992 年 10 月期间,捷克斯洛伐克只是在其本国领土上实施执行备选项目 C 所需、但如果当事各方之间达成协议便会放弃的工程,因而并未预先确定它将作出的最后决定。只要多瑙河尚未被单方面筑坝拦截,则备选项目 C 就没有实际上实施。此种情况在国际法或有关国内法中并不是不寻常的。在发生不法行为或罪行之前常常会有一些预备行为,但不能将预备行为与不法行为或罪行本身混为一谈。这也是要区分不法行为(无论即刻行为还是持续性行为)的实际施行和在该行为发生前的预备性而且‘不具备不法行为性质’的行为...”²⁰⁸

因此,法院认为,“捷克斯洛伐克有权在 1991 年 11 月着手实施备选项目 C,因为它当时只是在从事并不预先确定将作出的最后决定的工程。在另一方面,捷克斯洛伐克从 1992 年 10 月起,无权将该备选项目付诸执行”。²⁰⁹ 但是,由于匈牙利在捷克斯洛伐克违背条约之前以及在匈牙利因捷克斯洛伐克的行为而遭受任何损失之前就意图于 1992 年 5 月终止条约,因而意图终止条约的行为是“时机过早”而且是无效的。²¹⁰

105. 法院认为,无论如何,匈牙利损害了自己以捷克斯洛伐克的违反行为作为依据的权利,因为它本身对先前违反同一条约的一项有关行为负有责任。²¹¹ 案件在这一方面牵涉到所谓的“未履行契约的抗辩”,将在第一部分第五章范围内加以讨论。

106. 因此,法院区分对待不法行为的实际施行和预备性质的行为。此类行为本身如果不“预先确定将作出的最后决定”,则就不构成违背行为。但是,对于在任何特定案件中情况是否如此,这将取决于确切的事实以及主要规则的内容。今后将会出现

²⁰⁷ 在一些法律体系中,“预先废约”的概念被用来指一当事方在规定执行时间之前明确拒绝履行契约义务。如发生预先废约行为,当事方有权终止契约,并诉请赔偿损失。见《Frost 诉 Knight (1872) LR 7 Ex 111; White and Carter (Councils)有限公司诉 McGregor》[1962] AC 413; K. Zweigert 和 H. Kotz,《比较法介绍》(第二版,trans Weir, 1987)第 543-544 页。其他体系在没有采用这一概念,但也取得了类似的结果,例如它们把在履行义务时间之前拒绝履行义务的行为推断为一种“直接废约行为”:同上,第 531 页(德国法)。在国际法中似乎没有任何对等的概念,但《维也纳条约法》第 60 条(三)(甲)所定义的重大违约行为包括“废弃条约,而此种废弃非本公约所准许者”,显然,这一废约行为在履行义务时间之前有可能发生。

²⁰⁸ 《1997 年国际法院判例汇编》,第 7 页,总页数第 54 页(第 79 段),引述第 41 条草案的评注。对于这一点,六名法官(施韦贝尔院长;贝德贾维法官、朗热瓦法官、海尔采格法官、弗莱施马尔法官、雷塞克法官)表示异议。

²⁰⁹ 同上,第 57 页(第 88 段)。

²¹⁰ 同上,第 66-67 页(第 108-109 段)。

²¹¹ 同上,第 67 页(第 110 段)。

判断和程度的问题,而它们无法用任何特定的办法来预先加以确定。在这方面,第 24 至第 26 条草案中所使用的“发生”一词似乎与其他各条款一样适用。

违背义务行为自何时起持续? 持续性和已完成的不法行为之间的区分

107. 第二个问题涉及在时间上延续的不法行为与延续时间不长的不法行为之间进行区分。仔细分析后会发现,在这方面可能存在两种单独的区分。第一种是对某一特定时刻发生并已经完成的不法行为与需要一段时间来实施的不法行为之间所作的区分。第二种是对已完成(即使其效果可能会持续)的不法行为与具有持续性质的不法行为之间所作的区分。条款草案,尤其是第 24 和第 25 条,似乎包含有这两点。

108. 毫无疑问,不法行为有可能在某一时刻发生,例如财产依法没收财产或立法生效的那一时刻。这就是律师所说的财产从一人转到另一人或者实施某些其他“法律行为”的时间点。从法律的角度来看,此类行为可能是即刻行为,但不至于至少延续一定时间的行为极少。然而,不清楚的一点是,某一时刻发生的行为与目前已完成(即使花了 5 秒、5 分钟或 5 小时)的行为之间的区分对于确定国家责任来说,究竟是否很重要。在实际案件中,已完成的不法行为与持续性的不法行为之间的区分似乎更为重要。但这一区分是相对的:一个持续性的不法行为是指在一个相对时间里尚未完成的行为。

109. 这不是要削弱持续性不法行为与已完成不法行为之间区分的重要性,而是要从适当的角度来看待它。以下评述虽不详尽,但可以反映出这一区分很重要而且具有法律影响:

(a) “彩虹勇士号”仲裁案的案由是:法国没有按照法国和新西兰达成的“彩虹勇士”号事件解决协议的要求,将两名特工人员拘禁在法属太平洋豪岛上三年时间。仲裁法庭赞同地提到条款草案第 24 条和第 25 条(1)以及即刻不法行为和持续性不法行为之间的区分,²¹² 并指出:

“将这种分类适用于本案就很明显看出,由于没有将那两名特工人员还押于豪岛而构成的违约行为不仅仅是实质性的违约,而且也是持续性的违约行为。此一分类不单纯是理论性质的,正相反,它有着实际的后果,因为该违约行为的严重性以及它在时间上的延续必然会对确定能与具有这两种特征的违反行为相称的赔偿产生相当大的影响。”²¹³

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

“按照关于国家责任的草案第 25 条把违约行为确定为在时间上具有延续性或持续性的行为……确认了以前关于法国依照《第一协议》所担负有关义务的期限的结论……。在违反协议规定,许可两名特工人员留在巴黎的整个期间,法国无任何间断或间歇地持续违背了它的义务。如果这一违约行为是持续性的……则就意味着所违背的义务也必须一直在持续而且是不间断的。‘违约行为的实

²¹² (1990) 20 UNRIAA 217,总页数第 264 页(第 101 段)。

²¹³ 同上。

施时间’是一个不间断的过程,它不是也不能是间歇性的…。由于它始自 1986 年 7 月 22 日,因而它必须于 1989 年 7 月 22 日在所规定的三年期限届满时终止。因此,虽然法国须继续对 1989 年 7 月 22 日以前发生的违约行为负有责任,但在今天却不能说法国现在正在违背它的国际义务。”²¹⁴

(b) 欧洲人权法院也已在运用持续不法行为的概念来确定其在一系列案件中的属时管辖权(如评注中所述)。这个问题之所以出现是因为法院的管辖权可能会局限于在被告国加入公约或有关议定书并接受个人请愿权之后才发生的事件。因此,在《Papamichalopoulos 诉希腊案》中,不属于正式没收的扣押财产行为发生于希腊确认法院权限之前大约八年。法院认为,第 1 号议定书第 1 条规定的和平享有财产的权利受到了持续侵犯,因此,法院认定它对此项要求拥有管辖权。²¹⁵

(c) 在《Loizidou 诉土耳其案》中,法院对土耳其 1974 年入侵塞浦路斯所造成的后果采用了相同的推理。由于该次侵略,申诉人被剥夺使用她在北塞浦路斯的财产的权利。土耳其所援引的事实是:根据 1985 年《北塞浦路斯土耳其共和国宪法》第 159 条,有关的财产已经被没收,而且这发生于 1990 年土耳其承认法院管辖权之前。法院认为,依照国际法并考虑到安全理事会的有关决议,它不能承认 1985 年《北塞浦路斯土耳其共和国宪法》的法律效力,因此当时并未完成财产的没收,而财产继续属于申诉人。北塞浦路斯土耳其共和国和土耳其军队剥夺申诉人使用其财产的权利的行为在土耳其承认法院管辖权之后仍在继续,因而是对第 1 号议定书第 1 条的违反。²¹⁶ 但 Bernhardt 法官在提出与法院若干其他法官相同实质的反对意见时,对已完成违约行为和持续违约行为之间的区分采取了不同的立场。他说:

“公约各机构已经接受‘持续性违背行为’的概念。我完全同意这一概念,但它的适用领域和界限必须得到清楚了解。如果一个人在重要日期之前及以后一直被关押在监狱中…关键的事实…是国家机构的实际行为不符合根据《欧洲公约》所规定的义务…。事实和法律上的情况…在某些历史事件导致出现诸如关闭边界等必然对许多案件产生后果的局势时是不同的。在本案中,决定性的事件可追溯到 1974 年。自那时起,Loizidou 夫人一直无法走访她在塞浦路斯北部的财产。此一情况在所谓“北塞浦路斯土耳其共和国”宪法通过之前及以后持续存在…土耳其只是‘对本声明交存日期之后发生的…事实’而言承认法院的管辖权;1974 年边界的关闭在我看来就是实质证据,而且其后至今所持续的局势应不归结到‘持续违背行为’的概念下。”²¹⁷

(d) 人权事务委员会也赞同关于持续性不法行为的概念。例如,在《洛夫莱斯诉加拿大案》中,它认定它有权审理申诉人丧失其作为乐队成员地位对她的持续影

²¹⁴ 同上,总页数第 265-266 页(着重于原件)。但应参阅 Kenneth Keith 爵士的反对意见,同上,第 279-284 页。

²¹⁵ 欧洲人权委员会,A 辑,第 260B(1993)号。

²¹⁶ 欧洲人权委员会,1996 年 12 月 18 日判决第 41-47 段、第 63-64 段(1996 年)。又见《Loizidou 诉土耳其案(初步反对意见)》(1995 年),A 辑,第 310 号,总页数第 33-34 页(第 102-105 段)。

²¹⁷ 欧洲人权委员会,1996 年 12 月 18 日判决第 2 段。Lopes Rocha、Jambrek、Pettiti、Baka 和 Golcuklu 法官在实质上同意。

响,尽管这一丧失是发生于她 1970 年结婚之时,而加拿大在 1976 年才接受委员会的管辖权。委员会表示,它:

“通常没有职权审理有关《公约》和《任择议定书》生效以前发生的事件的控告。……就桑德拉·洛夫莱斯一案而言,委员会对造成她在 1970 年结婚时丧失印地安人地位的根源……没有权力表示任何意见。……不过,委员会认识到,如果所说的违反行为虽然发生在 1976 年 8 月 19 日以前,但在该日期之后还在继续,或者产生一些影响,而这些影响本身即构成违反行为,那么情况就会有所不同。”

218

它认为,加拿大立法使 Lovelace 不能行使其作为少数族裔成员的权利,其持续性影响在该日期之后足以构成对公约第 27 条的违反。在此,持续性违背行为的概念不仅适用于委员会的管辖权,而且对于选择第 27 条作为《公约》中最直接涉及到申诉人的条款来说也是适合的。

(e) 在《Gabcikovo-Nagymaros 项目案》²¹⁹中,匈牙利拒绝继续实施该项目与捷克斯洛伐克执行和实施备选项目 C 的做法都是持续性的不法行为,这在各个方面产生了后果。例如,在备选项目 C 付诸实施的时候,匈牙利已在实施持续性不法行为,而这对 1977 年条约的存废而言,有着种种影响。²²⁰ 斯洛伐克在 1993 年建国时,面临着条约双方均有持续不法行为的情况:因而情况不同于如果斯洛伐克——实际情况就是如此——意外继承以前所犯并且已经完成的非法行为的影响或后果而可能出现的情况。²²¹

110. 如这些案件所示,在过去某个时候开始,而且在当时即构成(或者,假如当时有关主要规则对当事国有效,便会构成)违约的行为,在目前有可能会继续存在并导致持续性的不法行为。此外,这一持续的性质会对各种不同方面产生法律影响,包括国家责任领域内的各个方面。例如,第 41 条所载的停止义务只适用于持续性的不法行为。这是把已完成的和持续性的不法行为之间的区分列为第三章中一项要素的充分理由。

111. 然而,延续性的不法行为无法界定,或只能根据相关首要规则界定的概念可能会遭到反对。当然,第 25 条并未试图下定义,只是提到“有持续性的国家行为”。在确定一项不法行为是否有持续性,首要规则和特定案件的情况均具有相关性,而且,情况很可能又是,无法抽象地作出详细的定义。此外,可在评注中提供指导,而且在具体案件中难以作出有效的区分,绝不能作为放弃区分的理由。

²¹⁸ 第 R 6/24 号来文,《大会正式记录,第三十六届会议,补编第 40 号》(A/36/40)(1981 年),第 166 页,第 10-11 段。

²¹⁹ 《1997 年国际法院判例汇编》,第 7 页。

²²⁰ 见上文第 103-108 段。

²²¹ 见上文第 104 段。

112. 因此,委员会无需对造成上述一些案件意见分歧的实质性问题采取立场。²²² 例如,在“彩虹勇士号”一案中,法庭依靠第 25(1)条作为根据,认为法国在豪岛拘留两名官员的义务已于 1989 年终止。在通常情况下,在某个日期之前应作某件事的义务,可解释为涉及两个不同的义务,即做这件事和及时地做这件事,因此,未能在某个日期之前做这件事(无论是否情有可原),并不终止这项义务。相反地,有关国家通常在应履行主要义务之日以后,仍为持续违反该义务。²²³ 的确,如法国在该案中所争辩的,“没有任何国际法规则规定因违反义务而能延长该义务的期限”²²⁴ 但是,这是因为这是一个对有关首要规则的解释问题。人们通常不会把在特定期间维持某种状况的义务,视为“完成”,如果该义务在整个这段期间遭到违反。然而,无论对首要规则作何种更好的解释,国家责任的次要规则对这个问题没有任何规定。²²⁵

113. 总的来说,特别报告员认为,由于延续性不法行为概念的重要性,显然应该依照第 24 条和第 25(1)条的思路,保留这些规定。鉴于这些规定均与单一的有效区分有关,因此,或许可将它们合并在一项单独的条款中。²²⁶

延续性不法行为的时际原则:第 18(3)条与第 25(1)条之间的关系

114. 还有一个问题要考虑,就是如何将时际原则适用于持续性行为。按照第 18(3)条的规定,持续性行为只“在该行为持续进行而该义务对该国有效的期间”,才构成违背义务行为。对于一项持续性行为的后果来说,这显然是正确的。假如义务不复存在,其后则不存在任何新的或持续的违背行为问题。²²⁷ 因此,在《彩虹勇士号仲裁

²²² 委员会也无需对原先两名特别报告员意见分歧的一项问题,采取明确立场,即没收财产是一项已完成的不法行为,抑或是一项延续性的不法行为。见 Arangio-Ruiz,初步报告,《1988 年...年鉴》,第二卷,第一部分,第 14 页,其中提到国际法委员会早先的工作。在一定程度上,这同样以据称被违反的首要规范的内容为依据,当然也以事实为依据。现任特别报告员认为,如依照法律程序没收财产,而且所涉财产的所有权已根据地方法转移,财产实际也已被没收,那么,这项没收财产行为本身便是一项已完成的行为。然而,关于事实上的“悄悄”或隐瞒的占有,立场很可能不同:参看上文第 109 段所讨论的《Papamichalopoulos 控诉希腊案》。在例外的情况下(如上文第 109 段所述《Loizidou 控诉土耳其案》),法庭可能有理由拒绝承认任何法律或法令,因此造成对地位、所有权或占有权的否认,可能会引起延续性的不法行为。该例子表明每项案件的复杂性,也表明试图在条款草案中详细界定解释和适用等问题是不明智的。

²²³ 如果所需采取的行动在到期之日之后对受患者没有任何价值,立场则可能不同:例如在做某件事之前应告知另一国意图做这件事的义务。

²²⁴ (1990) 20 UNRIAA 217,第 266 页。

²²⁵ 在《加布奇科沃——大毛罗斯项目案》中(《国际法院判例汇编(1997)》,第 7 页),匈牙利没有争辩说(显然无法这么说),由于建造设施的时间已过,其建造义务已消失。关于排除不法行为的情况对履行义务时间的影响问题,将在第五章讨论。

²²⁶ 关于拟议的案文,见下文第 156 段。

²²⁷ 另一方面,恢复原状的问题,仍可发生,而停止与恢复原状之间,不易区分。这一事项将在第 41 条的范围内审议。

案》中,意见分歧之处是关于三年期满后,义务是否已消失的问题,而非关于义务消失后的法律后果问题。²²⁸

115. 关于义务生效前时期的立场,也是明确的。依照第 18(1)条所述原则,只有有关规则在一国的行为进行时对该国有效,该行为才构成国际不法行为。²²⁹ 在上文所讨论的一些案件中,或者有关规则在不法行为开始时对该国无效,或者法院在这个时期对该国没有任何管辖权,因此不能裁定该国在当时的责任。然而,第 25(1)条没有提到这种情况。它规定,延续性的违反义务行为发生在“该行为开始的时刻”,假如有关规则当时没有生效,这种说法则不对。²³⁰ 因此,第 25(1)条需加以相应限制,理由可在评注中进一步加以解释。如果这么做的话,似乎第 25(1)条的措辞(“并且一直不符合国际义务”)已足以处理持续性不法行为的时际问题。在这种情况下,第 18(3)条已没有必要,可以删除。

综合行为和复合行为之间的区分:第 18 条第(4)和(5)款;第 25 条第(2)和(3)款

116. 第 25 条第(2)款与第(3)款在综合行为与复合行为之间的进一步区分(和第 18 条第(4)和(5)款处理时际问题的有关规定)是否需要保留,则是另一个问题。如上文所述,综合行为被界定为“由有关个别事件的一系列行为或不行为组成的国家行为”。它不同于“复合行为”,复合行为是指“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”。综合行为的一个例子是,采取种族隔离政策,这种政策涉及到政府对一个种族群体的系统性行为,成为在一整系列情况的行为形式。这种行为可以与针对个人采取的种族歧视行为加以比较。后一种行为如果是不同机构串谋或对个人长期采取歧视行动的情况,则也很可能是一项复合行为,但必须自始至终涉及“同一”事件。应强调指出,国际法认定的一些最严重的不法行为,是按其综合性质界定。不仅灭绝种族和种族隔离的情况是如此,一般的危害人类罪也是如此。²³¹

117. 这一分析表明,有可能区分综合行为和复合行为,而且也表明,为了作出这种区分,必须将重点放在相关的首要规则。但当然,问题是条款草案本身并不注重阐述首要规则。首要规则的不同分类,可能是有用的,但它们在条款草案中的地位,纯粹视它们在责任范围内产生的后果而定。此外,如现有措辞,综合行为与复合行为之间的区分,与首要规则的内容无关。它只注重违反任何规则的行为的分类。持续性和已完成的不法行为之间的区分也是如此,但正如我们已看到,就责任而言,这也是一项有用和现已被接受的区分。对于综合行为或复合行为来说,这是否也是如此?

118. 在答复这个问题之前,必需区分构成一项不法行为的必要因素,以及发生这种行为可能需要的证据或证明。例如,一项个别的种族歧视行为是非法的,但可能还需要援引国家官员采取一系列行为的证据(涉及同一人或其他处境类似的人),以表明其中的任何一项行为均是歧视性的,而非基于任何合法理由。换句话说,这种歧视行为本

²²⁸ (1990) 20 UNRIAA 217,第 266 页。参看第 279-284 页,Kenneth Keith 爵士的反对意见。

²²⁹ 见上文第 38-44 段。

²³⁰ 显然这是起草时的一项疏忽:第 25 条第 3 款评注(注 4)明确说明了这一点。

²³¹ 较好的观点是,种族隔离是危害人类罪的一个特殊情况:参看 1998 年《国际刑事法院罗马规约》,A/CONF.183/9,第 7(1)(j)和第(2)(h)条。

质上并非是一项综合行为,甚至也不见得是一项复合行为,但为了证明这一点,可能需要提供等于是这种行为的做法的证据。因此,实际上难以在复合行为和综合行为之间作出明确和前后一致的区分,第 25(2)条的措辞使这项区分更加困难。因该条提到行为或不行为完成“而使综合行为存在的时刻”。“使”这个字(法文“*établit*”)可能会与“证明”相混淆,这显然并非本意。

第 18(4)条和第 25(2)条对综合行为的处理

119. 条款草案确认关于“综合行为”的三项提案:

(a) 依照第 25(2)条的规定,综合行为发生在“该系列的行为或不行为完成而使综合行为存在的时刻”。基于上文解释的理由,或许用下列措辞更好:“该系列的行为或不行为发生时,而这些行为或不行为与早先发生的行为或不行为合在一起,足以构成综合行为时”;

(b) 然而,“违背义务行为的实行时间为构成...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”(同上);

(c) 按照第 18(4)条的规定,倘若“此种行为可视为由该义务对该国有效期间发生的行为或不行为所组成,即是违背该义务的行为”。

120. 要调和这些提案并不完全容易。假如行为只在这“一系列”行为中能确定综合行为的行为发生时才“发生”,那么,综合行为是否必须视为已在更早的一个日期开始?(如果“确定”一词意味着“作为证据加以确定”的话,立场无疑将会不同,但由于上述原因,这将会出现混乱。)尤其是,不仅综合行为是否可视为已由一系列行为中的第一或第五个行为或第 n 个行为构成的问题(条款草案不对该事项加以规定是正确的),而且,综合行为如此构成后,违背义务的期间是否应追溯到这些行为或不行为的第一个行为的问题,是否须视首要规则的条文和目的而定?

121. 根据一些具体的例子来探讨这些问题是会有帮助的。问题在于几乎所有关于综合行为的讨论均是以界定系统性不法行为的首要规则的例子为基础。系统性首要规则是根据行为的综合或有系统的性质,界定不法行为(禁止灭绝种族、种族隔离或危害人类罪,有系统的种族歧视行为等。)。但如上文所述,第 25(2)条不局限于违背这种规则建立的义务行为。因此,需要同时考虑到有系统性和无系统性的首要规则例子,才能检验“综合不法行为”的概念。

禁止灭绝种族罪在 1948 年公约和后来的文书中均以相同措词编写,²³² 这是“系统性”首要规则的一个好例子,因为它意味着,(如果不是实际上要求)需负责任的实体(包括政府)必然已采取一种系统性的政策或做法,而且共同构成灭绝种族罪的个别屠杀等行为,如分开单独看待,则不会或不可能构成这种罪行。根据 1948 年公约第二(a)条的规定,“灭绝种族”的主要罪证是“杀害[某一民族、人种、种族或宗教团体的成员]”以期全部或局部消灭该群体。这个定义的两

²³² 例如见《前南斯拉夫问题国际法庭规约》,第 4 条(案文载于 1993 年 5 月 25 日安全理事会第 827(1993)号决议);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 2 条(案文载于 1994 年 11 月 8 日安全理事会第 955(1994)号决议);1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》,A/CONF.183/9,第 6 条。

个分句均包含有系统性的因素。杀害一个人,无论动机为何,都不构成灭绝种族罪;杀害必须是许多次的。²³³ 杀害行为必须是蓄意进行,并旨在实际消灭该群体。在这种情况下,第 18(4)条和第 25(2)条阐述的综合不法行为概念似乎完全合适。在蓄意进行屠杀和造成伤害等行为累积起来之后,才算是犯下灭绝种族罪,因为这才符合第二条的定义。但是,一旦跨过这个界线,便可以说,该罪行的实行时间延续到犯下任何这些行为的整个期间。假如时际法可适用于灭绝种族罪,则也可说,如果在公约生效期间犯下的罪行足以构成灭绝种族罪,则是犯下灭绝种族罪。²³⁴

另一方面,以双边边界水域协定中的一项简单义务为例。这项义务规定,每一当事方在历年中从边界水域取走的水量不得超过某一特定数目。假定发生这样的情况:当事方之一授权不同用户每月取走若干水量(虽然根据协定,这种做法本身并非不合法),而一年中取走的总水量很可能超过配额。有关国家的这种行为等于第 25(2)条界定的综合行为,但是,是否应将这一整系列行为视为非法?在《加布奇科沃——大毛罗斯项目案》中,大多数法官的态度²³⁵ 表明,至少在发生注定超过配额的最后决定的行为之前,没有发生任何不法行为,的确,在实际超过配额之前,可能没有犯下任何不法行为,无论会发生这种结果的前景多么明确。如果的确发生这种结果,那么我们是否可以说,违背义务的行为始于 1 月份最早取水时?如果该国故意要违反条约,并为此目的发放每月的许可证,人们也许可以说,违背义务的行为始于 1 月份。但第 25(2)条关于综合行为的定义并没有要求需要有这种预先的意图;只要发生“有关个别事件的一系列行为或不行为”,即达到要求。在所举的例子中,违背行为可能是偶发的,因为不同区域的水务局没有协调他们发放许可证的政策,或是由于其他原因。当然,如果超过年度配额,便发生违背行为,但是否有理由在国家责任的次要规则中预先界定,违背行为始于一系列行为中的第一个行为?这是是否需视首要规则的条文和目的而定?

122. 这些例子表明,如果要处理综合行为,则需在单一和综合或系统性的义务之间加以区分。仅仅因为综合行为只违背一项单一的义务,似乎没有理由将这种违背行为作为另类处理。综合行为无疑更有可能引起有持续性的违背行为,但单一行为也可能造成有持续性的违背行为(例如拘留一名外交官)。然而,如果义务本身(因此根本

²³³ 如特设法官 Lauterpacht 在《防止及惩治灭绝种族罪公约的适用案(反诉的受理)》中所确认的,《国际法院判例汇编(1997)》第 239 页起,第 282 页)。这并不意味着,参与灭绝种族行为、但个人只对杀害该群体一名成员负责的一名营地警卫,必然是无辜的:与公约第三(e)条规定相反,蓄意犯下这种行为,显然涉及共谋参与灭绝种族罪。

²³⁴ 然而,令人十分怀疑的是,时际法是否适用于灭绝种族公约本身,因为根据公约第一条的规定,公约是宣告性的,因此对不论何时所犯的灭绝种族罪,均有加以起诉的义务。这是有可能的。在《防止及惩治灭绝种族罪公约的适用案(初步反对意见)》中,国际法院显然是根据这个基础行事,《国际法院判例汇编(1996)》第 591 页起,第 617 页(第 34 段)。另外要注意的是,即使在一些新的实质性义务的情况下,在义务生效之前犯下的行为,可作为相关的事实,例如为了确定意图的目的。在基于时间理由的反对,只是针对法院或法庭的管辖权,而非针对所适用法律的内容时,这种情况更是如此:例如参看《Zana 控诉土耳其案》,欧洲人权法院,1997 年 11 月 25 日判决。同时参看上文注 87。

²³⁵ 上文第 160 段。

的首要规则)着重行为的累积性质,作为构成不法行为的本质,则立场不同。因此,种族隔离与个别的种族歧视行为不同类,同样,灭绝种族也与因种族动机进行的个别杀害行为不同类。

123. 欧洲人权法院在《爱尔兰控诉联合王国案》中就作出这种区分。在此案中,爱尔兰指控对在北爱尔兰被拘留者的非法待遇做法,爱尔兰认为,这种做法等于酷刑或不人道或有辱人格的待遇。此案以此一论据获得受理。这造成各种程序性和补救性后果。尤其是,对于指称属于上述做法一部分的每一个事件,无须遵守用尽当地补救办法的规则。但是,法院否认发生任何有系统性的个别不法行为。它只是认为,爱尔兰有权指控由一系列违背公约第 7 条规定的行为构成的一种做法,并要求停止这种做法。法院说:

“不符公约的一种做法是由相同或类似的违背行为累积组成,这些行为很多而且相互关连,不仅足以形成单独的事件或例外,而且足以形成一种格局或系统;离开这些违背行为,单独一个做法本身并不构成违反行为……。做法的概念对于用尽国内补救办法规则的适用,尤为重要。载于公约第 26 条的这项规则,适用于国家的申请……其适用方式与个人申请相同……。另一方面,这项规则原则上不适用于如下情况:申请国指控某项做法,以防止其持续或再次发生,但不要求委员会或法院对所提出的、作为这项做法的证明或说明的每项案件作出裁决。”²³⁶

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

124. 由于这些原因,特别报告员暂时赞成保留第 18(4)条和第 25(2)条中所阐述的“综合不法行为”概念,但将其限制适用于也许可称作“系统性义务”的范围内。这些是产生于首要规则的义务,这些规则以综合性或系统性的措词界定不法行为(例如在灭绝种族或危害人类罪的情况)。这种系统性义务在国际法中很重要,以致无论在犯下不法行为的时间方面,或在适用时际法方面,都有理由给予特殊对待。至于其他首要规则规定的义务,这些问题可通过对特定规则的解释和适用,予以适当处理。

第 18(5)条和第 25(3)条对复合行为的处理²³⁷

125. 第 18(5)条和第 25(3)条将复合行为界定为“由一国同一机关或不同机关对同一事件的行为或不行为组成”的行为。第 18(5)条和第 25(3)条对复合行为的处理,受特别报告员阿戈对用尽当地补救办法的问题(第 22 条)所采取的态度影响很大,下文将予以讨论。按照这一态度,当地补救办法的失败本身就是国家复合行为的一部分,其后果是,在用尽当地补救办法规则适用的情况,不法行为由当地补救办法失败构成,在此之前,对不法行为只是担心其发生而已。²³⁸

²³⁶ 欧洲人权法院,A 辑,第 25(1978)号,第 64 页(第 159 段);并参看,同上,第 63 页(第 157 段)。

²³⁷ 特别参看 JJA Salmon,《国家的复合行为:一个有争议的概念》,《法国国际法年鉴》,28(1982 年),第 709 至第 738 页;E Wyler,《不当行为与私人地位》(巴黎,Pedone,1995 年)第 74 至第 81 页。

²³⁸ 见下文第 138 至第 139 段。

126. 然而,复合行为的概念并不在于它对接受这一当地补救办法规则的效力,而且第25(3)条所指的复合行为的一些例子并不涉及用尽当地补救办法的情况。例如,《关贸总协定》第八(1)条关于不得歧视的保障,很容易被进口国的一项复合行为违背。同样,在执法不公的情况,对关系人犯下的最初不法行为本身并不归咎于国家,²³⁹可能是警察、下级法院和任何接受上诉的上诉法院,作为一个集体,先后地未能对申诉作出补救,因而造成执法不公。国家的这种“复合行为”,如果不符有关的国际标准,便是违背国际法。

127. 按照第25(3)条的规定,在这种情况下,违背行为只发生在“最后一个组成部分完成的时刻”。然而,“违背义务行为的实行时间为(复合行为)……的整个期间”,而且依照第18(5)条的规定,如果一系列行为中的第一个行为发生在该义务对该国生效之时,即使该义务在当时已消失,也符合时际法原则。

128. 这些主张可用《加布奇科沃——大毛罗斯案》的实际情况加以检验。捷克斯洛伐克在实施备选项C中的行为,显然是一项复合行为。它涉及该国不同机构以及作为该项目建筑商和经营者的私营公司所采取的一系列行为。法院认为,直到多瑙河在1992年10月实际改道之前,未犯下不法行为。²⁴⁰显然,在这么做时,它是适用当时而非早先任何时候生效的法律。如果匈牙利以1992年5月的终止(以情况基本变更为理由)为根据的论据成功,10月份生效的法律会有不同。²⁴¹因此,法院没有将1991年10月之后的整个期间作为违背义务行为的实行时间,相反的,尽管还存在早些时候的准备工作,法院自己确定违背行为基本上完成的实行时间,并将当时生效的法律适用于这项违背行为。

129. 另一项假设的例子也表明相同的结论。假如A国在一项双边投资条约中同意,在为期三年期间它将不会没收某一特定财产,在此期间之后,它如征收将支付一笔特定的赔偿款项。又假设两年半之后,它开始对使用该财产实施限制,同时,在最初的三年期之后,一些限制使该财产变得毫无价值,数月后,它正式没收该财产。这个没收过程显然是一项“复合行为”,但条款草案所载的三项主张中,至少有两项不适用于该行为。首先,没有任何理由认为,这一系列行为的最后一项行为构成违背行为发生的时间;根据这些事实,很可能应该认为,没收行为在更早的某个日期已完成。其次,假如在这三年期间实施的限制本身未构成没收行为,²⁴²则没有任何根据可以将这三年期间内有效的法律,适用于该国后来的行为;补救没收行为的办法,是支付特定款额。

²³⁹ 在许多例子中,参看 *Janes Claim* UNRIIA82(美国与墨西哥总索赔委员会,1926年),在该案件中,最初对 *Janes* 的谋杀,纯粹是一项私人行为。

²⁴⁰ 见上文第104段。

²⁴¹ 假如不是因为1977年条约的特别法,1976年《边界水域公约》则能适用于这个问题。

²⁴² 参看《*Foremost Tehran Inc* 控诉伊朗伊斯兰共和国政府案》(1986年),10,伊朗与美国索赔法庭228。在此案中,伊朗与美国索赔法庭认为,所涉行为在法庭管辖权终止日期之前并未构成没收行为。

130. 条款草案对“复合行为”的处理,在其他方面也是经不起推敲的。例如,在综合行为与复合行为之间作出明显区分。在综合行为情况,人们寻找一系列行为中的第一个行为,这个行为与早先发生的其他行为加在一起,足以构成违背行为(称其为“最终行为”)。在复合行为的情况,人们则寻找一系列行为中的最后一个行为。为何有这种区别,则未加解释。在最终行为实行时,可能并不清楚接着还会有其他的行为,以及这个系列尚未完成。但是,如果到这时为止,受害国有理由认为已发生不法行为,为何它当时不能就依据这项理由采取行动?根据第 18(5)条规定的时际法,也可提出类似的反对意见。在系列完成之前,人们无法确切知道如何确定不法行为的性质:例如,在《Foremost-Mckesson 案》中,很难判断这是一个歧视外国股东的案件,或是一个事实上没收的案件。²⁴³ 但是,适用一系列行为中的第一个行为发生时有效的法律问题,可能要视整个系列的性质如何确定而定。因此,时际法问题变得不确定,而且在一定程度上是主观的。更糟的是,综合行为与复合行为之间的区别,要视什么是有关“情况”而定,然而,这可以用不同方式确定。例如,在《爱尔兰控诉联合王国案》中,申诉国可能着重某项“做法”,而个别事件只是这项做法的一些例子。那么,这项做法便是“情况”?抑或只是一个个别事件,用以并非详尽无遗地证明这项做法?²⁴⁴ 综合行为与复合行为之间的区分,要依未具体说明的“情况”概念,然而,时际法方面的重要后果却要依这种区分而定。这么重要的问题不应该依靠受害国选择的提出索赔要求的方式而定。无论如何,实在不清楚,为何原则上应将一系列行为中的第一个行为发生时有效的法律,适用于整个系列。要么个别行为应单独加以评估(在这种情况下,应适用每项行为实行时有有效的法律),要么个别行为应作为一系列加以评估(在这种情况下,适用于综合行为的规则似乎同样适当)。无论根据哪一项办法,均没有任何理由将可适用法律冻结在复合行为开始之日的状态。²⁴⁵

131. 由于这些原因,建议删去第 18 条第(5)款和第 25 条第(3)款,并去除“复合行为”的概念。²⁴⁶ 国际法院和法庭似乎在处理这类行为时,并无困难——无论是在这些行为实行时间方面,或在时际法方面,而且似乎没有必要在条款草案中特别为它们作出规定。

防止义务的暂时分类:第 26 条

²⁴³ 同上。

²⁴⁴ 同时参看美国在《石油钻井平台案》中提出的反诉,《国际法院判例汇编(1998)》(1998 年 3 月 10 日命令),这项反诉同样将重点放在一般性情况,而非放在特定情况。

²⁴⁵ 第 18(5)条中关于追溯力的规定,其未说明的理由是,这是为了保护第 22 条所必要。因为根据该条规定,用尽当地补救办法属于违背行为的一部分,而不仅是外交索赔获得受理的一项条件,而且它涉及一项复合行为。然而,在这种情况下,显然人们着重发生损害时有有效的法律,而不着重用尽当地补救办法时有有效的法律。见下文第 143 至第 144 段。

²⁴⁶ 除了各国政府的评论外(上文第 99 段已讨论过这些评论),这个结论在著作中也得到大力支持。例如,Salmon,上引著作,第 738 页,认为复合行为的概念“混淆...危险...[和]没有用处”。Pauwelyn,上引著作,第 428 页,说第 25(3)条“极具争议性”。也见 Karl,上引著作,第 102 页;Wyler,《不当行为与私人地位》(巴黎,Pedone,1995),第 89 页;Brownlie,《国家责任》,第 197 页(“价值令人怀疑”)。

132. 第 26 条与第 23 条密切相关,对第 23 条所作的评论也适用于该条。的确存在有“纯粹”的防止义务,这种义务属于评论中所述的那一类义务。它们是真正意义上的防止义务,因为除非所担心的事件发生,否则不存在任何违背行为。同时,国家没有保证这种事件不会发生;它所承担的义务,在性质上,是尽力防止这个事件发生;这个义务的内容和严格程度须视首要规则而定。然而,如上所述,并非所有防止某项事件发生的义务,均属于这一类,而且将所有这类义务强行纳入一个单一的形式,也不属于条款草案的职责。

133. 第 26 条的写法也有一些问题,因为它假定某项持续性事件的发生,定然牵涉到未能依法防止该事件发生的国家的一项持续性违背行为。这完全有可能,例如,在《特雷耳炼锌厂仲裁案》²⁴⁷ 中所阐述的防止跨国界空气污染损害的义务,或者防止侵入外交馆舍的义务。²⁴⁸ 但是,同样也能想象出情况并非如此的一些状况,例如事件一旦发生,即无法扭转,或其持续对受害国不会造成任何进一步的损害。另一个可能的例子是,A 国有义务防止某些资料公布。违背这种义务不一定具有持续性质,因为情况可能是,资料一旦公布,该义务完全失去意义。因此,需要通过增加第 25(1)条所载的相同短句(“并且一直不符合国际义务”)来限定第 26 条。

134. 增加这一限制性条款后,第 26 条对处理已完成的和有持续性的不法行为的拟议条文来说,是一项有用的附加限定。需要强调的是,在防止义务的情况,有关事件的发生通常会引起有一项持续性的不法行为(即除非该事件本身停止,或者这项义务停止适用于该事件)。的确,在这种情况下,没有阻止不法行为,有可能使该项行为逐步加剧。有鉴于此,似乎应该将这项规定列入,作为处理已完成的和有持续性的不法行为之间的区分的拟议条文中的另一款。

关于第 18 条第(3)款至第(5)款和第 24 条至第 26 条的结论

135. 基于这些原因,建议第 18 条第(3)款至第(5)款和第 24 条至第 26 条改以两条取代,一条处理已完成的和有持续性的不法行为之间的区分;另一条处理违背系统性或综合性的某些义务。²⁴⁹

(h) 第 22 条:用尽当地补救办法

136. 第 22 条规定如下:

“如一国的行为造成不符合某项国际义务要求它给予外国人,不论自然人或法人的那种待遇的情况,但该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果,则该国只在有关外国人用尽他们所能利用的一切有效的当地补救办法,而仍未能得到该国际义务所规定的待遇或相当的待遇时,才算违背该国际义务。”

²⁴⁷ (1938,1941)3UNRIAA 1905。

²⁴⁸ 参看《驻德黑兰外交领事人员案》,《国际法院判例汇编(1980)》,第 3 页、第 35 页至第 36 页。

²⁴⁹ 拟议案文见下文第 156 段。

137. 从题目看,第 22 条处理众所周知的“用尽当地补救办法”原则(“给予外国人,不论自然人或法人的那种待遇”)。这些问题已在第 21(2)条所述的“复合性”结果义务框架内,加以分析。

138. 第 22 条冗长的评注强调了这一问题。关于外交保护领域的义务:

“如果[受损害的外国人]不采取行动,国家就不能随后采取行动,纠正其最初行为造成的不符合国际要求的结果的情况,而国家本能够以符合义务所要求的结果的情况取代前一种情况…这里讨论的情况与以下情况不同;虽然有关个人已采取必要的主动行动以获得补救,最初行为造成的情况,在国家新的行为中得到确认,而新的行为同样不符合国际要求的结果。”²⁵⁰

但这意味着拒绝给予当地补救办法本身即国际不法行为。在以下情况可能如此:当地法院歧视外国人,或违背适用的待遇标准,任意采取行动。但在其他情况下,用尽当地补救办法并不涉及任何新的或持续的不法行为,而只是确认,根据被告国的国内法和程序,再无其他当地补救办法可用。²⁵¹ 在这种情况下,当地补救办法只是不成功的治疗,而不是病症本身的一部分。

139. 评注接着指出:

“只要未满足用尽当地补救办法的条件,受害国就无权针对据称伤害其国民身体或损害其国民财产的国际不法行为提出赔偿要求,因为目前尚未产生受害国要求赔偿其所受损害的新权利。换言之,违背条约规定的义务的行为尚未发生,或至少尚未确定发生”。²⁵²

在用尽当地补救办法之前,第三国可能无法支持其国民提出损害赔偿要求的这一事实,并不意味着该国早些时候对提供保护没有法律利益。²⁵³ 例如它对停止不法行为,就有很大的利益。

各国政府对第 22 条的评论

140. 法国建议,应阐明当地补救办法“仅限于外交保护”。²⁵⁴ 德国对第 22 条的位置和必要性提出质疑,指出该条不应适用于“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”。²⁵⁵ 联合王国进一步审慎主张用尽当地补救办法规则的“程

²⁵⁰ 第 22 条评注,第(3)段。

²⁵¹ 参看 ELSI 案中考虑的当地补救办法:Elettronica Sicula S.p.A.(ELSI)案,《国际法院判例汇编(1989 年)》,第 15 页。

²⁵² 第 22 条评注,第(15)段。

²⁵³ 参看摩洛哥磷酸盐案(初步异议),常设国际法院,A/B 系列,第 74 号(1938 年),第 28 页。但参看第 22 条评注,第(59)段。

²⁵⁴ A/CN.4/488,第 62 页。

²⁵⁵ 同上。

序上”观点,²⁵⁶ 同时建议该规则应适用于发生在被告国境外的损害,或许极其严重的违背行为除外。²⁵⁷

²⁵⁶ 同上,第 62-64 页。德国在其 1981 年的评论中也提出同样的观点:《1981 年...年鉴》,第二卷第一部分,第 75-76 页。

²⁵⁷ A/CN.4/488,第 64 页。

当地补救办法规则的范围

141. 法院分庭在 ELSI 案中将当地补救办法规则称为“国际法的一项重要规则”。²⁵⁸ 在代表索偿国国民(包括公司)提出索赔的情况,分庭简明扼要地给该规则作出如下定义:

“(代表国民个人或公司)提出的国际索赔,在以下情况应予受理:索赔的实质内容曾向主管法庭提出,并在当地法律和程序许可的范围内尽力追诉,但不获成功。”²⁵⁹

因此,分庭将该规则与外交保护领域提出的索赔可否受理的有关规则等同对待。它把用尽当地补救办法视为原则上不同于“案件实质”来对待。²⁶⁰ 这是对该原则的正统解释。

142. 另一方面,第 22 条是在第 21(2)条的框架内用下列文字表述用尽当地补救办法的概念:“如果一国的行为造成不符合某项国际义务要求它给予外国人的那种待遇的情况,但该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果”。在这种情况下,按照第 22 条,只有在用尽当地有效的补救办法时,才发生违背义务的情况。关于此点,必须提出几点问题。

143. 但用尽当地补救办法规则涉及的大多数情况,并不属于此类性质。²⁶¹ 例如,所有国家都有一项一般性的国际义务,就是不得歧视外国人。我们不必在此探讨该义务的确切内容。问题在于很清楚的:(a) 用尽当地补救办法适用于对违背该义务提出的索赔,及(b) 但这不是一种国家可以选择歧视外国人,但向他们提供补偿的办法。²⁶² 首先是不得歧视。在此种情况下,歧视外国人时即发生违背国际法行为。违背行为不能推迟到后来用尽当地补救办法的那一天或提出同等补偿办法的那一天才算发生。在这种情况下,违背国际法的行为已经发生,用尽当地补救办法只是受理索赔的标准程序上条件。²⁶³

²⁵⁸ Elettronica Sicula S.p.A(ELSI)案,《国际法院判例汇编(1989 年)》,第 15、42 页(第 50 段)。同时参看 Interhandel 案,《国际法院判例汇编(1959 年)》,第 6、27 页。

²⁵⁹ 《国际法院判例汇编 (1989 年)》,第 15、46 页(第 59 段)。

²⁶⁰ 同上,第 48 页(第 63 段)。

²⁶¹ 见上文第 74 段。

²⁶² 见上文第 62-63 段。

²⁶³ 因此,正如分庭在 ELSI 案中指出,可放弃用尽当地补救办法规则:《国际法院判例汇编(1989 年)》,第 15、42 页(第 50 段)。同时参看国际法学会 1956 年通过的关于用尽当地补救办法规则的决议。根据该决议,“该规则不适用于有关国家同意放弃适用该规则的情况”(《…年鉴》,第 46 卷,1956 年,第 358 页)。但如果未发生违背行为,首先就不能提出国际索赔。此外,也可从一些案件中得出相同的观点:在这些案件中,认为一国在初始阶段未提出用尽当地补救规则的问题,随后就不得再提出该规则问题:例如,欧洲人权法院,1997 年 9 月 25 日 Aydin 控诉土耳其案的判决。同时参看爱尔兰控诉联合王国案,欧洲人权法院,A 系列,第 25 卷(1978 年),上文已引述,第 123 段。

144. 的确有这样的情况：“该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果”。例如，许多双边投资保护条约都有共同条款规定不可没收投资，“除非为了公共目的，同时采取不歧视的方式，并依照正当法律程序，并且支付赔偿”。²⁶⁴ 如果发生不歧视但不赔偿的没收情况，不赔偿构成违背行为的重点，并可判定不赔偿发生在没收之后。但逻辑上，不赔偿仍与用尽当地司法补救办法有别，而且在此情况下，违背行为是在确定不赔偿时发生的，无论不赔偿是采取什么样的形式。²⁶⁵

145. 有时也有不提供适当的当地补救办法，本身就是有关的国际不法行为的情况，例如下述情况即是如此：对外国人的损害是由不归因于国家的行为造成；²⁶⁶ 或者，违背行为涉及违背条约或一般国际法规定的正当程序标准的行为，而后一违背行为是在寻求补救时发生。²⁶⁷ 但这显然不是第 22 条所针对的情况，因为在这种情况下，向国家法院提出索赔的依据，本身不是“不符合某项国际义务要求[国家]达成的结果的那种情况”，而是后来法院自己的行动与国家义务相抵触时发生的情况。

违反关于外国人待遇的国际法行为何时发生？

146. 第 22 条的条文在很大程度上仿似大利在摩洛哥磷酸盐案(初步异议)²⁶⁸ 中提出的论点。在该案中，法国只承认法院对 1931 年以后的“情况或事实”的管辖权。意大利提出的索赔有一部分涉及若干意大利国民因摩洛哥矿产部 1925 年作出的一项决定而被没收财产。意大利争辩说，1925 年的决定“只是由于在关键日期之后采取某些行为以及最后拒绝以任何方式补救 1925 年产生的局势才变成确定性的”，而且是在 1931 年以后才拒绝予以补救。²⁶⁹ 法院以 11 票对 1 票驳回这一论点。法院认为，1925 年的决定是非法行为，而其后拒绝改变该决定，只是在 1925 年的决定之后“进行讨论的一个阶段”，其本身不构成单独起诉的理由：

“我们应在该决定中寻找违反国际法的行为，即一个确定性的、本身直接涉及国际责任的行为。如果该行为归因于国家并被认为违背了另一国的条约权利，

²⁶⁴ 例如，参看 1984 年 5 月 30 日中华人民共和国和法国在巴黎签订的《相互鼓励和保护投资协定》第 4(2)条；(1985)24 ILM 550。

²⁶⁵ 例如，制订没收财产法并明显排除提供任何赔偿，即构成违背此类条约条款的行为，但用尽当地补救办法规则，是代表被没收财产的个人提出的国际索赔获得受理的先决条件。因此，举例来说，受影响的财产所有人可能需对该法律的合宪性提出质疑，如果可以提出质疑的话。例如，参看欧洲人权法院 *Lithgow and others* 案的判决，欧洲人权法院，第 102 卷(1986 年)，第 74 页(第 206 段)；及欧洲人权委员会 1956 年 5 月 31 日第 27/55 号决定，欧洲人权委员会《文件与决定》，1955-1956-1957 年，第 139 页。

²⁶⁶ 参看墨西哥/美利坚合众国总赔偿委员会在以下两个案件的裁定：*Neer* 案，(1926)，4, UNRIIAA，第 60-66 页；*Janes* 案，(1926)，同上，第 82-98 页。

²⁶⁷ 例如参看《消除一切形式种族歧视国际公约》第 6 条；《公民及政治权利国际盟约》第 2(3)条；《欧洲人权公约》第 13 条；及《美洲人权公约》第 25 条。

²⁶⁸ 常设国际法院，A/B 系列，第 74 号(1938)。关于该案的讨论，见第 22 条评注，第(25)-(28)段。

²⁶⁹ 同上，第 27 页。

则立即在两国之间确定国际责任。在这种情况下,据称的拒绝司法行为…只导致让非法行为继续存在。”²⁷⁰

这段话意味着法院所关切的,不是法国代表摩洛哥进行的据称非法的行为是否涉及一项持续性非法行为的问题;事实上法院暗示有这种行为。²⁷¹ 问题是,就适用法国对任择条款的保留意见而言,据称的非法行为是否在 1931 年以前发生。法院认为情况是如此。这一裁定(虽然只涉及法院的管辖权而非国家责任的实质内容)直接与第 22 条的文字相抵触。²⁷²

关于第 22 条的结论

147. 由于这些原因(除了就第 21 条和第 25(3)条提出的原因之外),第 22 条站不住脚。问题是,纯粹将其删除,抑或由处理用尽当地补救办法的其他条款取代。应该纯粹予以删除,因为一般而言,条款草案无责任处理国际索赔是否可受理的问题。此外,妥善制订当地补救办法规则,需要不只一个单一条文。应考虑的问题包括:“当地补救办法”和用尽当地补救办法的定义;²⁷³ “直接”的国家对国家索赔(该规则不适用于这种情况)和“间接”的外交保护索赔(该规则适用于这种情况)之间的区别;²⁷⁴ 当地补救办法规则对其他情况的适用,例如涉及侵犯人权的情况,不论国籍为何;²⁷⁵ 该规

²⁷⁰ 同上,第 28 页。

²⁷¹ 范艾森加法官同意这一观点。他不同意的是对法国声明的解释:第 34-35 页。郑天锡法官强调,“虽然垄断是 1920 年立法建立的,但目前仍然存在。如果它是非法的,它不仅在建立时为非法,其持续存在也是非法”(第 36 页)。这无疑正确,但未解决所讨论的问题。法国用以下措词保留:“…对在本声明批准后产生的一切争端,即有关该项批准之后产生的状态和事实的争端”。法院对法国的保留采取限制性解释,认为该争端既与关键日期之前的情况或事实有关,亦因这些情况或事实而起:第 24 页和第 26-27 页。法院认为,这些情况或事实是否造成一种在时间上延续关键日期之后的持续性不法行为无关紧要。该日期之后并未产生新的争端,只是现有争端继续存在。

²⁷² 同时参看芬兰船舶仲裁案,UNRIIAA,第三卷(1934 年),第 1484 页;及 Panevezys-Saldutiskis 铁路公司案,常设国际法院,A/B 系列,第 76 号(1939)。

²⁷³ 第 22 条评注第(47)-(45)段中简单讨论了这一问题。

²⁷⁴ 一个有关的问题是,用尽当地补救办法规则是否适用于对国家机关、代理人和公司造成的损害:见第 22 条评注,第(43)-(51)段。

²⁷⁵ 委员会决定,就此问题发表看法还为时过早,它指出人权条约载有具此效果的明确规定:第 22 条评注,第(46)段。关于对违反人权义务适用用尽当地补救办法,除其他外,参看:Amerasinghe, “The Rule of Exhaustion of Domestic Remedies in the Framework of Internaitonal Systems for the Protection of Human Rights”, Z.a.o.R.V., 第 28 卷,1968 年,第 257 页;AA Cancado Trindade, The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in Internaitonal Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights,剑桥大学出版社,剑桥,1983 年;J.Guinand, “La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme”, Revue Belge de droit international,第四卷,1968 年,第 471 页;D. Sulliger, L'épuisement des voies de recours internes en droit internaitonal général et dans la Convention europeenne des Droits de l'homme (Imprimerie des Arts et Metiers, Lausanne, 1979);Wyler, L'Illicite et la condition des persooones privees(Paris, Pedone, 1995),第 65-89 页。

则对在被告国境外发生的损害的适用,²⁷⁶ 不论是否应将极其严重的违反或大规模侵犯的情况除外;²⁷⁷ 以及放弃问题。²⁷⁸ 这些问题将由委员会在其关于外交保护专题的工作范围内进一步审议。²⁷⁹ 另一方面,代表外国人索赔历来是国际责任的主要依据,用尽当地补救办法规则的确限制了对违背国际义务的索赔,但这是第三章的主题。如果将第 22 条改为一个“不妨碍”条款,就可取得令人满意的平衡,关于执行细节则留待委员会在其关于外交保护的工作中处理。²⁸⁰

148. 至于拟议条文的位置,可将其插入条款草案的第二部分,因其与履行责任的关系比与责任起源的关系密切。但目前该条仍可暂时留在第三章。一俟确定第二部分的内容,即可重新考虑该条的位置问题。

3. 与违背国际义务有关的其他问题

149. 还有两个问题须要在第三章框架内予以考虑。

(a) 国际义务的空间效果与违背义务问题

150. 第一个问题关涉到属地理由因素对违背国际义务的可能影响。第 12 条和第 13 条(依一读通过的案文)处理第三国或组织在一国领土上的行为。它们规定,这类行为发生的地点,并不就是将行为归因于东道国的理由。但第三部分中并没有任何条文处理“不法行为的空间因素”²⁸¹。这有点矛盾。因为很难一方面认为地点是归因的决定性因素(不论行为是否为国家行为),²⁸²而另一方面又毫无疑问地认定行为发生的地点(在一国领土内,或至少在其管辖或控制范围内的领土内),对确定违背义务行为是否发生上,可能是非常关键的因素。这两者之间的关系,在仲裁员 Huber 对“摩洛哥西班牙区索赔案”的仲裁意见里有典型表述,他说“在某些情况下,一国对另一国因后者的国民而产生的责任,看来一贯被理解为仅限于发生在应负责任国家领土上的

²⁷⁶ 第 22 条评注第(38)-(42)段中详细讨论了这一问题。

²⁷⁷ 见爱尔兰控诉联合王国案,欧洲人权法院,A 系列,第 25 卷(1978 年)。

²⁷⁸ 关于用尽当地补救办法一般规则,同时参看:Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Grotius, 剑桥,1990 年;AA Cancado Trindade, “The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 第 65 卷,1978 年,第 157 页; J. Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*(Paris, Pedone, 1972); K.Doehring, “Local Remedies, Exhaustion of ”, R.Bernhardt 编, *Encyclopedia of Public International Law*, 第 1 卷,1981 年,第 136-140 页; G. Perrin, “La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la C.D.I.”, *Festschrift für R.Bindschedler*, Stampfli, 伯尔尼, 1980 年,第 271-291 页。

²⁷⁹ 参看 M. Bennouna 编写的外交保护初步报告,A/CN.4/484(1998),特别是第 18 段和第 55 段。

²⁸⁰ 拟议条款的案文,见下文第 156 段。

²⁸¹ 用 Wyler 在少数处理这个问题的著作里所说的话:E.Wyler, *L'Illicite et la condition des personnes privées*(Paris, Pedone, 1995)pp.92-119。

²⁸² 这是 1998 年委员会建议删除第 12 和第 13 条并暂时予以同意的一部分原因:第一次报告,A/CN.4/490/Add.5,第 252-262 段。

事件。责任与领土主权是互为条件的。”²⁸³较近的表述见于国际法院的“纳米比亚意见”，它说“国家对影响他国的行为应负的责任，以对领土的实际控制为基础，而非以主权或所有权的合法性为基础”。²⁸⁴许多首要规则的拟订，是以行为的地域性质为基础：例如，国际法院在“科孚海峡案”中援引的一项规则，就是每一国家有义务“不明知地让其领土被用于进行违反别国权利的行为”。²⁸⁵

151. 支持列入一项关于这一问题的条款，也许可从《维也纳条约法公约》第 29 条找到论点，因该条规定：

“除条约表示不同意思，或另经确定外，条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土”。

第 29 条也许可以认为是反面地暗示，从表面上看，条约对当事国的拘束力不及于在该国领土外发生的行为。但情况定然不是这样。条约对当事国在国外的行为是否有拘束力，主要视对条约的解释而定，而在这一点上，似乎没有明确决定。在若干情况（例如统一法条约、或关于外国投资的处理规则），从条约本身或其目的及宗旨可以清楚看出，唯一预期的国家行为，是在其本国领土内发生的行为。但在其他许多情况，国家对其不论在何处发生的行为，均须负责任。例如，国家不犯种族灭绝或施行酷刑的义务，对其在世界任何地方进行的行为均适用。²⁸⁶另一方面，若干义务的发生，对国家领土和对国家在外国的行为，可能有所不同；例如，国家可能在其本国领土上使用武力的情况，比在外国领土上或在公海上使用武力的情况多得多。

152. 因此，《维也纳公约》第 29 条并不在于处理条约义务的地域范围的一般问题（虽然可能似乎如此），而真正在于处理一国所受条约的约束是否及于其领土的全部组成部分问题（包括联邦国的组成单位、海外领土等等）。这是许多条约明白处理的事项，但除非有所处理，否则条约对每一当事国的全部领土适用。因此，一国对其例如在所属殖民地或省内发生的行为，不能主张豁免遵守条约。第 29 条并不在于处理条约义务是否只适用于特定领土或是否适用于国家不论在何处发生的行为问题。²⁸⁷

²⁸³ (1924) 2 UNRIAA, p.630 at p.636. 问题是西班牙对其国民在丹吉尔国际区的行为所负的责任。其后，仲裁员在第 28 号索赔案中认为，

“既然损害是在国际区内造成的，西班牙区当局的责任只有在两种的可能性下才能追究，一种可能是它纵容了在其领土上组织的匪徒团伙，而这些团伙后来钻进了国际区；或者是它未尽到其自身的责任，即追究由在其所管辖区域内的人犯下的罪行”。

同上，第 699-700 页。另见同上，第 707-710 页。

²⁸⁴ 《国际法院判例汇编》1971 年，第 16、54 页，并参看第一次报告内的讨论，A/CN.4/490/Add.5 第 253-254 段。

²⁸⁵ 《国际法院判例汇编》1949 年，第 4、22 页。

²⁸⁶ 国际法院在《防止及惩办灭绝种族罪公约》的适用问题一案（波斯尼亚—黑塞哥维那控告南斯拉夫）（初步意见）就是这样认定，《国际法院判例汇编》（1996），第 595、616 页（第 31 段）。

²⁸⁷ 委员会在对该项规定（1966 年草案第 25 条：“除条约表示不同意思，或另经确定外，条约的适用及于每一当事国的全部领土”）的评注中，提到有些国家政府建议在该条中规定条约在领土以外的适用问题。但委员会补充说，“委员会只拟在这条条文内处理条约适用于各当事国领土的有限题目……委员会认为，关于条约适用于领土以外的法律，不能仅以当事国的意思或推定其意思等字句来载明；委员会认为，倘若在本条内处理关于治外法权的种种棘手问题，不仅不适宜，而且不应当”。《1966 年……年鉴》，第二卷，第 213-214 页（第 5 段）。

153. 第 29 条同条约中关于特定领土适用条款一样,所关注的是义务的范围,而非违背义务的有关问题。条款草案所依据的是国际法关于产生义务的首要规则。它不管首要规则的领土范围问题,也不管首要规则的内容或解释问题。固然,过去 15 年来的发展情况显示(例如 *Soering* 案、²⁸⁸*Loigidou* 案²⁸⁹ 和波斯尼亚灭绝种族案²⁹⁰),许多过去可能认为专门适用于国家本身领土的首要规则,也可能具有地域范围。但是,在每一情况,问题是所涉的有关首要规则的内容或解释问题,而非任何关于责任的次要规则问题。在对第 16 条的评注中提到这些发展情况,也许有用,但似乎没有任何理由拟订任何条文(类似《维也纳公约》第 29 条)去处理违背义务的地域责任问题。

(b) 违背义务行为按其严重性加以区分的可能性

154. 其次许多法律体系为了各种目的,对于违背义务行为,按其情节轻重,加以区分。例如只有“实质违背行为”才使人有权终止双边条约,²⁹¹同时,在条款草案第二部分里,违背行为的严重程度,对不同目的来说,是相干的,包括赔偿的范围和方式,以及可能的对抗措施的比例程度。在通常的国家责任案件里,法院和法庭有时逕行认定某一违背行为为特别严重、²⁹²有时(比较少)则提到可能减轻刑责的因素。²⁹³这与按某一程度严重性确定首要规则的情况,²⁹⁴或特别指出比较严重的违背行为另有后果的情况,²⁹⁵大不相同。

155. 但是,至少为第三章的目的而言,似乎没有任何根据可用来区分不同程度的违背行为。索赔法庭、伊朗——美国索赔法庭、人权法院和委员会的判例显示,就违背

²⁸⁸ ECHR, Ser.A, No.161(1989), pp.35-36(Para.91 段)。

²⁸⁹ ECHR 《初步反对意见》, Ser.A, No.310(1995), 第 62 段;《实质判决》1996 年 12 月 18 日判决书, 第 52 段。

²⁹⁰ 《国际法院判例汇编》1996 年, 第 595 页。

²⁹¹ 1969 年《维也纳条约法公约》第 60(一)。实质违背行为被界定为非法废弃或违反任何规定, 而此项规定“为达成条约目的或宗旨所必要者”。重点在于有关规定的重要性, 而非在于违背行为的严重程度, 这似乎有点奇怪。按照大多数国家的法律体系, 违背行为是否实质违背, 需要同时考虑这两个因素。但看看对这项规定(1966 年国际法委员会草案第 57 条)的评注, 它说“终止或停止施行的权利应限于对性质严重的违背行为适用”(《1966 年…年鉴》, 第二卷, 第 255 页, 第 9 段)。

²⁹² 例如参看“美国驻德黑兰外交和领事人员案”, 《国际法院判例汇编》(1980 年), 第 3、42 页(第 91 段);在该案中, 国际法院指出, “尤其需要强调的是伊朗国的行为与该国在关于外交和领事法的全部国际规则下所负义务之间的冲突程度和严重性”。

²⁹³ 在“加布奇科沃——大毛罗斯项目案”中, 国际法院开始审查斯洛伐克的责任时, 即提到“由于匈牙利决定放弃它按照 1977 年条约应负责兴建的船闸系统的大部分工程, 捷克斯洛伐克面临严重问题”(《国际法院判例汇编》(1997 年), 第 3、52 页)。但法院结论认为, 斯洛伐克由于它在匈牙利中止和撤回其同意后所作的行为, 仍应负责。

²⁹⁴ 例如参看 1997 年 5 月 21 日《国际水道非航行使用法公约》第 7 条(“不造成重大损害的义务”), 大会第 51/229 号决议, 附件。

²⁹⁵ 例如参看 1949 年日内瓦四公约提到的“严重破约行为”概念(第一公约, 第 50 条;第二公约, 第 51 条;第三公约, 第 130 条;第四公约, 第 147 条)。

行为的存在(与后果不同)而言,对于违背行为的严重程度如何区分,并没有系统性的办法。在条款草案第二部分里,违背行为的严重程度,按不同目的区分,²⁹⁶将来也许还需要作进一步的区分。但在第三章里,似乎无需对严重程度不同的违背行为作出区分。

4. 关于第三章的建议摘要

156. 为了前述理由,特别报告员建议第三章条文如下。每一条文所附说明非常简短地解释所建议的改动。

第三章

违背国际义务

第 16 条

违背国际义务行为的存在

一国的行为如不遵守国际法要求它履行的义务,即为违背国际义务,不论该义务的起源(习惯法、条约或其他)或内容如何。

说明:

1. 第 16 条包含一读通过的第 16 条的实质内容及大部分措词,但增加从第 17 条和第 19(1)条抽取的一些要点。见上文第 5 至第 34 段。

2. 将“不符合”一语改为“不遵守”,理由是这样比较全面和适当,一起包括违背特定行为义务和违背结果义务。“国际法”一语是依一个国家政府的建议加上的,以表明义务的内容是国际法规定的一个系统性问题,而不仅是某一孤立的首要规则的结果。将来也许还需要考虑第 16 条的措词是否与处理排除不法性情况的第五部分的规定一致。

第 17 条

不论所违背的国际义务的起源

说明:一读通过的第 17 条不是一项独特的规则,而是对第 16 条的解释,其实质部分已列入第 16 条。见上文第 16 至 26 段。

第 18 条

国际义务必须对一国为有效

一国的行为除非在进行或继续进行时,有关义务对该国为有效,否则不得视为国际不法行为。

²⁹⁶ 参看第 45(2)(c)条和第 49 条。

说明:

1. 第 18 条是一读通过的第 18(1)条的订正本。它说明国际法对国家责任适用的基本原则。它不关注哪一个法院有权确定违背行为等附带问题,而只关注有关义务在行为时是否生效的实质问题。见上文第 38 至 44 段。

2. 第 18(2)条处理强制性规范对国家责任的影响问题。这些问题将在其他地方考虑,特别是在第一部分第五章和第二部分。见上文第 45 至 51 段。

3. 第 18(3)至(5)条处理与持续性、复合性和综合性行为有关的时间问题,已按必要分别移入处理这些概念的条文。见下文第 24 和第 25 条。

第 19 条

国际罪行和国际不法行为

说明: 一读通过的第 19(1)条实质内容已并入第 16 条。第 19 条第(2)和第(3)款是关于国际罪行与国际不法行为之间的区分,已暂时搁置,等候进一步澄清。见上文第 27 至 33 段。

[第 20 条

行为义务与结果义务

1. 一国如不采取按国际义务要求应采取的某一特定行为准则,即为违背该国际义务。

2. 一国如不依国际义务要求,以自己选择的方法达成、或防止某一特定结果,即为违背该国际义务。]

说明:

1. 本条替代原第 20 和第 21 条,这两条是关于如何区分行为义务与结果义务的问题。见上文第 52 至 91 段。第 2 款以处理结果义务的相同方式,处理防止义务问题,因此可以删掉原第 23 条。

2. 一项特定义务究竟是行为义务抑或结果义务的问题,依对有关首要规则的解釋而定。区分这两种义务的陈述,并不排除某一特定首要规则也许同时产生行为义务和结果义务的可能性。

3. 在现阶段把第 20 条置于方括号内,是因为还不清楚这种区分在条款草案框架内会产生什么其他后果。见上文第 92 段。

第 21 条

违背要求达成某一特定结果的国际义务

说明: 第 21(1)条的实质内容已并入第 20(2)条。原第 21(2)条已删除,理由已在本报告内说明。见上文第 69 至 76 段。

第 22 条

用尽当地补救办法

说明: 第 22 条已重新改写,并移后作为第 26 条之二。

第 23 条**违背要求防止某一特定事件的国际义务**

说明：原第 23 条处理的违背防止义务问题,现由第 20(2)条处理,因为防止义务只是结果义务的一种形态。见上文第 81 至 89 段。防止义务的时间问题,在第 24(3)条处理。

第 24 条**已完成的不法行为与延续性的不法行为**

1. 无延续性的国家行为违背国际义务时,该行为开始进行的时间即为违背该国际义务行为发生的时间,即使该行为的效果其后继续存在。
2. 在遵守第 18 条的情况下,有延续性的国家行为违背国际义务时,违背义务行为的实行时间,为从该行为开始发生以至该行为延续并继续不符合国际义务的整段期间。
3. 违背国家应防止某一特定事件的国际义务行为的实行时间,为从该事件开始以至该事件延续及其延续继续不符合国际义务的整段期间。

说明:

1. 第 24 条合并原第 24、25(1)和 26 条的基本要点,以及第 18(3)条。见上文第 93 至 115 段:
2. 建议的条文避免用“时刻”二字。所谓“瞬时”行为很少是时刻性的,所以没有什么必要确定这些行为在什么准确时刻发生。基本的区分是把延续性的不法行为同在某一特定时间或该时间之前完成的行为(虽然行为的效果可能继续存在)加以区分。
3. 按照第(3)款(相当于原第 26 条),违背防止义务的行为通常都是一种延续性的不法行为,除非有关的义务只在于防止事件开始发生(与事件的延续不同),或者有关义务已经停止。对这两种情况打算用如下字句一并涵盖:“及其延续继续不符合国际义务”。

第 25 条**国家的复合行为违背义务**

1. 国家的复合行为(也就是说,一系列的行为或不行为共同构成有关义务认定为不法的行为)违背国际义务时,该系列的行为或不行为发生而与其先前行为或不行为结合足以构成该复合行为的时间,即为违背义务行为发生的时间。
2. 在遵守第 18 条的情况下,违背义务行为的实行时间,为从构成复合行为的第一个行为或不行为开始发生以至此类行为或不行为再次发生并继续不符合国际义务的整段期间。

说明:

1. 第 25 条合并处理“复合行为”的原第 25(2)条和第 18(4)条的实质内容。但是,为了本报告期内所说明的理由,复合行为的概念以有关首要规范界定的复合行为为限。见上文第 116 至 124 段。

2. “在遵守第 18 条的情况下”一语,用意是涵盖如下情况:有关义务在复合行为的一系列行为开始时尚未生效,但其后生效。在这种情况下,为国家责任的目的,该系列的“第一个”行为或不行为,是指义务生效后第一个发生的行为或不行为。但这不阻止法院为其他目的考虑到先前的行为或不行为(例如为了确定其后违背义务行为的实在基础)。见上文第 121 段。

3. 第 18(5)条和第 25(3)条所订的“复合行为”概念似无必要,所以把这些条款删掉。见上文第 125 至 131 段。

第 26 条

违背防止某一特定事件的国际义务的时刻和期间

说明: 原第 26 条已并作第 24(3)条。

第 26 条之二

用尽当地补救办法

本条款不妨害如下的要求:在国家应给予外国国民或公司某种待遇的国际义务情况,这些国民或公司应用尽他们在该国内可利用的一切有效的当地补救办法。

说明:

1. 一读通过的第 22 条是在“综合行为”概念的框架内,处理用尽当地补救办法的问题。在适用用尽当地补救办法的所有情况,不法行为是包括当地补救办法失败在内的。虽然有可能在某些情况下,不法行为由当地补救办法失败构成,但在其他一些情况(例如酷刑),情形并非如此,为了这一理由以及其他理由,所以把“综合行为”的概念删除。见上文第 136 至 148 段。

2. 但是,最好在第三章里明确规定,违背义务行为的发生,不妨害一般国际法可能规定的用尽当地补救办法的任何要求。更明确地拟订当地补救办法规则的工作,可留交国际法委员会在外交保护专题下处理。

3. 第 26 条之二究应放在何处,也许需要根据第二部分第三章履行国际责任方面进一步的工作情况,重新审议。