



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

增编

目录

段次 页次

二.	审查第一部分中的条款草案(续).....	157	2
B.	第一部分,第四章:一国牵连另一国的国际不法行为.....	157-212	2
1.	导言.....	157-165	2
	(a) 第四章的范围.....	157-158	2
	(b) 从犯责任和同源概念.....	159-163	2
	(c) 第四章是阐述次要规则.....	164-165	5
2.	审查特定条款.....	166-208	6
	(a) 第27条:一国援助或协助另一国实行国际不法行为.....	166-186	6
	(b) 第28条:一国对另一国国际不法行为的责任.....	187-208	13
3.	有关第四章的结论.....	209-212	19

二. 审查第一部分中的条款草案(续)

B. 第一部分,第四章:一国牵连另一国的国际不法行为

1. 导言

(a) 第四章的范围

157. 根据第 3 条所阐述的一般原则,当可归于一国的行为违背该国的国际义务时,即产生国家责任。但是可能有这样的情况,即一国并非作为另一国的机关或代理人实行的行为仍可归咎于后一国家,即使该行为的不法性产生于或主要产生于前一国家对国际义务的违背。第一部分第四章旨在设法界定此类特殊情况。

158. 第四章涉及三种情况。第 27 条是关于国内法称之为“共谋”的情况,即一国向另一国提供援助或协助,帮助后者犯下不法行为。第 28(1)条涉及的情况是,一国因其掌握对另一国的指挥或控制权,例如通过条约或通过战争占领后者领土,该国须承担该另一国国际不法行为责任。第 28(2)条涉及这样的极端情况,即一国故意胁迫另一国犯下或(若非由于遭受胁迫)将犯下本会由受胁迫国承担责任的国际不法行为。³⁵¹ 在所有这三种情况下,行为国的机关或代理人仍然自愿或非自愿地犯下有关行为,这种行为违背了(或若非由于遭受胁迫原本就会违背³⁵²)该国的国际义务。第二个国家由于它愿意援助、指挥或控制、或胁迫行为国采取行动这种特殊情况而“牵连”到违背义务。不过这三种情况之间存在重要区别。在第 27 条之下,主要不法行为者是行为国,协助国只起辅助作用。而在第 28(2)条之下,胁迫国是该行为的罪恶根源,而被胁迫国则是它的工具。第 28(1)条的内容涉及一系列情况,包括支配国实际行使指挥或控制权、从属国仅服从命令的情况,和从属国采取主动而支配国仅负未能行使“指挥或控制权”的责任的情况。

(b) 从犯责任和同源概念

³⁵¹ 关于第 27 条的制订情况,见:Ago,第七次报告,《1978 年...年鉴》,第二卷,第一部分,英文本第 52 至 60 页;《1978 年...年鉴》,第一卷,英文本第 232 - 237 页(全会辩论);同上,英文本第 269 - 270 页(起草委员会的报告)。关于第 28 条的制订情况,见 Ago,第八次报告,《1978 年...年鉴》,第二卷,第一部分,英文本第 4 至 27 页;《1979 年...年鉴》,第一卷,英文本第 4 至 31 页(全会辩论);同上,英文本第 169 - 174 页(起草委员会的报告)。关于该问题的讨论情况,见 M.L. Padellietti, *Pluralita di Stadi nel Fatto Illecito Internazionale* (Giuffrè, Milan, 1990 年); I. Brownlie, *State Responsibility, Part I* (1983 年),第 189 至 192 页 J. Quigley, "Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility" (1986 年) 57 *British YearBook of International Law* 77; J.E. Noyes & B.D. Smith, "State Responsibility and the Principle of Joint and Several Liability" (1988 年) 13 *YaleJournal of International Law* 225; B. Graefrath, "Complicity in the Law of International Responsibility" (1996 年) 29 *Revue belge de droit international* 370 (特别有参考价值)。文献和判例法中先前对国家“共谋”的讨论只是涉及私人行为责任的归属问题或实质标准问题:见,例如, J.L. Brierly, "The Theory of Implied State Complicity in International Claims" (1928 年) 9 *British YearBook of International Law* 42。

³⁵² 这一限定是必要的,因为如果一个国家确实遭受胁迫,其行为的不法性可因不可抗力而被排除。见第 31 条和下文第 202 段。

159. Ago 先生在其第七次报告中选择了本章内将阐述的两种情况。第一种是一国参与另一国的不法行为。第二种情况是基于指挥或强迫采取不法行为的国家和执行不法行为的国家之间关系的“间接责任”。³⁵³ 然而,他没有提出为什么要阐述这两种情况以对照可能设想的其他情况的一般理由,评注对这一点基本上未作评述。但是,将第四章目前阐述的具体情况置于若干国家合作犯下国际不法行为的更广阔的背景来研究是有益的。至少可作以下设想:

(a) 联合行为。甲国同乙国共同实行一项国际不法行为。例如,如果两个国家执行某项行动,就该行动整体而言可认为这两个国家采取了联合行动,不过,必须谨慎使用源自国内法律制度的“联合”“连带”和“共同”这些术语;

(b) 通过共同机关采取行动。甲国和乙国通过一个共同机关采取一项行动。在这种情况下,³⁵⁴ 根据本条款草案第 5 条,该机关同时为两个国家的机关,该行为可视为两个国家的行为;

(c) 代理。甲国以乙国的名义或作为乙国的代理人执行一项国际不法行为,但是仍然保留自己的作用并承担本国机关行为的责任。³⁵⁵ 例如,乙国可请甲国以乙国的名义采取某些行为以行使集体自卫权利。如果有关行为超出了《宪章》第五十一条所允许的范围,则请求国和行为国都可能必须承担责任;³⁵⁶

(d) 牵连另一国的单独不法行为。甲国违背其本国国际义务采取行动,在其采取行动时涉及另一国,而且该另一国家的行为对于评估甲国是否违背其本国国际义务具有相关性或者甚至决定性。例如,在 *Soering* 诉联合王国案(*Soering v. United Kingdom*)中,欧洲人权法院裁定,对于将一个人引渡至该个人将遭受不人道或有辱人格的待遇或处罚、没有参加《欧洲公约》的国家,联合王国须承担责任。³⁵⁷ 因此一个国家如果让一个人遭受虐待,即使虐待行为本身系另一国所为,这个国家可能必

³⁵³ Ago, 第七次报告,《1978 年... 8 年鉴》,第二卷,第一部分,英文本第 52 - 53 页(第 52 - 53 段)。

³⁵⁴ Ago 提到,第七次报告(1978 年),英文本第 54 页(第 58 段)。

³⁵⁵ 如果甲国的有关机关在本条款草案第 9 条规定的意义上交由乙国“支配”,则乙国将承担有关行为的责任。见第一次报告,A/CN.4/490/Add.5, 第 233 段。但是在许多情况下,甲国的机关对其作为另一国的代理人采取的行动保留某种程度的控制,而并非仅仅作作为代理人采取行动。例如,在关于瑙鲁的某些磷酸盐地案(*Case concerning Certain Phosphate Lands in Nauru*, 《国际法院案例汇编》,1992 年,第 240 页)中澳大利亚即属这种情况。

³⁵⁶ 参见在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)《国际法院案例汇编》(1986 年),第 14 页;边界和跨界武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯案)《国际法院案例汇编》(1988 年),第 69 页。

³⁵⁷ *Soering* 案《欧洲人权法院汇编》A 辑,第 161 卷(1989 年),第 33 至 36 页。

须为其行为承担国际责任。³⁵⁸ 或者一个国家可能必须根据其国际义务防止另一国采取某些行动,或至少防止这类行动将造成的损害;³⁵⁹

(e) 自愿协助犯下不法行为。甲国以某种方式协助乙国采取违背乙国的国际义务的行为,例如有意提供关键设施或为此项活动提供经费。这是第 27 条所涉及的情况。此种情况不同于 Soering 案类型的情况,因为在此种情况下,甲国同乙国的不法行为关系是使甲国的行为成为不法行为的原因;³⁶⁰

(f) 煽动不法行为。甲国煽动或鼓励乙国实行国际不法行为,但并未提供重大援助帮助乙国实行此种行为;³⁶¹

(g) 指挥、强迫或胁迫。甲国迫使或胁迫乙国实行国际不法行为,或乙国在甲国的指挥和控制之下实行此种行为。第 28 条涉及这些情况。在甲国有权指挥或控制乙国的领域的情况下,乙国未能防止发生不法行为也属于这种情况;

(h) 在不法行为发生之后给予协助。甲国协助乙国逃避国际不法行为的责任,或保持此种行为的利益,但没有直接参与不法行为本身。在普通法术语中这种情况称之为“事后从犯”;

(i) 若干国家的行为分别导致同一伤害或损害的各方面。还有一种可能性是,若干国家的并行不法行为可导致如果只有其中一个国家行动则可能不会发生的损失。例如,若干国家可能通过排放污染物而污染了河流,这些污染物的集中和综合影响比如果只有其中一个国家采取这种行动要显著得多。

160. 这些情况并不彼此排斥,可以不同方式组合。例如关于瑙鲁某些磷酸盐地案(Case concerning Certain Phosphate Lands in Nauru)就涉及澳大利亚因其以组成瑙鲁托管领土管理当局的三个国家(澳大利亚、新西兰、联合王国)的“共同名义”所采取的行动而对瑙鲁托管领土产生了责任。³⁶² 这既属于“联合”行为的情况(上文情

³⁵⁸ 法院在以后的案件中适用了 Soering 案原则,不过比较谨慎;例如,见 Cruz Varas 诉瑞典案(*Cruz Varas v. Sweden*),《欧洲人权法院汇编》A 辑第 201(1991)号; Vilvarajah 诉联合王国案(*Vilvarajah v. United Kingdom*),《欧洲人权法院汇编》A 辑,第 215(1991 年)号。

³⁵⁹ 在科孚海峡案中,阿尔巴尼亚须承担责任的根据是它未能就本国领水中存在第三国所布水雷而发出警告。见《国际法院案例汇编》(1949 年),第 4 页。

³⁶⁰ 在 Soering 案中,法院强调人们可认为接受国的状况是一个事实问题。法院说:“无论根据一般国际法、《公约》或其他文书,都无法裁定或确定接受国的责任。就《公约》产生或可能产生的责任而言,这是必须由执行引渡的缔约国承担的责任,因为该缔约国采取的行动直接导致一个个人遭受被禁止的虐待”:《欧洲人权法院汇编》A 辑,第 161 卷(1989 年),第 36 页。实际上就接受国而言,此种待遇在国际法上是合法的。

³⁶¹ 见 Ago,第七次报告(1978 年),第 54 至 56 页(第 61 至 65 段),作者不同意仅以煽动作为责任根据。国家负有在某些情况下禁止进行煽动的明确的条约义务(例如《防止及惩治灭绝种族罪公约》,1948 年 12 月 9 日,第三条(e)款;《消除一切形式种族歧视国际公约》,1966 年 3 月 7 日,第四条(煽动种族仇恨或歧视))。

³⁶² 《国际法院案例汇编》(1992 年),第 240 页。

况(a)),也属于在日常行政管理方面其中一个国家以另外两个国家的名义并以自己的名义采取行动的情况(上文情况(c))。

161. 遇有若干国家合作建立和维持一个国际组织并以这些国家的名义行动,或反之,一个或多个国家为了该国际组织的某种目的而以该组织的名义行动,这时候就出现一种特殊的“集体”行为。这就产生了有关国家在何种程度上须为该组织的行为、或为个别成员国经该组织授权采取的行为承担责任的问题。但是由于已经解释的理由,本条款草案不应涉及国际组织的责任或成员国对国际组织的行为的责任(包括可称之为“次要责任”)的问题。³⁶³ 因此,没有必要考虑谁须对履行欧洲联盟的混合协定负责这类问题,而在欧洲联盟中欧洲共同体及其成员国都是协定当事方,于是产生管辖权的划分问题。³⁶⁴

162. 如果将国际组织的责任问题或就国际组织的行为应负责问题除外,问题在于本条款草案,特别是其第四章是否应涉及上文所叙明的各类情况。按照第 1 和第 3 条,每一国家须为自己的行为,即根据第二章可归于该国的违背本国国际义务的行为负责,第三章阐述了违背义务的要素。随后的问题是从上文第 159 段确定的若干国家不同形式的联合或协同行动中查明该一般原则没有充分解决的那些形式的行动。看来情况(a)、(b)、(c)、(d)和(i)并没有对条款草案第一部分的目提出任何特殊的问题,不过在第二部分之下这些情况可能引发关于每一国家应承担赔偿的程度的争议。余下的是情况(e)、(f)、(g)和(h)。第四章论述的基础是,煽动不法行为(情况(f))和在不法行为发生之后向一个国家提供协助(情况(h))在国际法上一般而言并不违法,至少无须在第一部分处理。

163. 但是必须先考虑第 27 和第 28 条实际涉及的情况,然后再研究第四章或其他地方是否应涉及集体、从属或形成中的责任。³⁶⁵

(c) 第四章是阐述次要规则?

164. 第 27 条、也许还有第 28 条的一个显著特点是,这两条明确指出某些行为是国际不法行为。第 27 条说援助或协助“本身构成国际不法行为”,而第 28 条则说,在某些情况下,一国的国际责任由另一国的不法行为引起。然而,本条款草案是基于主

³⁶³ 见第一次报告,A/CN.4/490/Add.5,第 234 和 262 段,和起草委员会 1998 年所提议的 A 条草案。在磷酸盐地案(*Case concerning Certain Phosphate Lands*)中,一致意见是,瑙鲁“管理当局”并不是单独法人,即该管理机构并不是有别于三个参加国的国际组织;见《国际法院案例汇编》(1992 年),第 240 页,第 258 页。

³⁶⁴ 见 I. MacLeod, I.D. Hendry & S. Hyett, *The External Relations of the European Communities* (Clarendon Press, Oxford 1996 第 158 至 160 页; C. Tomuschat, “Liability for Mixed Agreements”, 载于 D. O’Keefe and H.G. Schermers (eds.), *Mixed Agreements* (Kluwer, Deventer 1983) 第 125 至 132 页。关于司法根据,见 Jacobs A-G 的意见,载于 *Case C-316/91. European Parliament v Council of the European Union* [1994] ECR I-625, 尤其是第 16 段及其后各段; Tesouro A-G 的意见,载于 *Case C-53/96. Hermes International v FHT Marketing Choice BV* [1998] ECR I-3603, 第 14、20 段。

³⁶⁵ 见下文,第 211 段。

要规则和次要规则之间的区分,其目的并非“确定规则和规则所定义务的内容”。³⁶⁶ 至少第 27 条看来是这样做的,即使该条以提及另一国的不法行为的方式这样做。

165. 评注对第四章的这一方面既未强调也未忽视,评注只是说,第四章是关于一个国家牵连进另一国家的国际不法行为。³⁶⁷ 但这也许有道理,因为第四章规定的责任从某种意义上说是派生责任。³⁶⁸ 在国内法体系中,关于同谋、共谋和导致违约等情况的规则可视情况列入关于民事或刑事责任的法律的“总则”。此外,一国牵连入另一国的行为的的概念类似于第二章涉及的归属问题。在某些情况下,可能有理由认为甲国行为的不法性可归咎于乙国,因为乙国由于提供援助或进行指挥或胁迫而牵连入该行为。因此根据第四章确定的责任范围,可以认为第 27 和第 28 条属于关于国家责任次要规则的草案的范围。必须注意确保这些条款不超出“牵连”的范围而涉及实质性并可能有争议的主要规则。但是,这些条款是否超出这个范围则取决于它们的内容,而非它们的分类。

2. 审查特定条款

(a) 第 27 条:一国援助或协助另一国实行国际不法行为

166. 第 27 条规定如下:

“一国对另一国的援助或协助,如经确定是为了使另一国实行国际不法行为,则该项援助或协助本身构成国际不法行为,即使该项援助或协助,单独来看,并不构成对国际义务的违背。”

167. 从文字上解释,第 27 条设想的一国对另一国行为承担责任的原则涉及相当广泛的内容。该条将第二国“援助或协助...实行国际不法行为”视为不法行为,但未具体说明协助的“心理因素”:需要在多大程度上了解接受协助国正在实行国际不法行为?也未区分“援助或协助”的程度或类型,而援助或协助的程度或类型可能会有所不同,即可从属必不可缺的以至于属附带性质者。

168. 第 27 条的评注在很大程度上阐明了这些事项。首先,评注将参与另一国不法行为和“一国是或成为不法行为的共犯”³⁶⁹ 这两种情况区分开来。其次,对提建议、鼓励或煽动与实际协助加以区分。“在国际法律程序中...令人难以置信的是一国只是煽动另一国实行不法行为本身就是国际不法行为。”³⁷⁰ 这样就将煽动与共犯区分

³⁶⁶ 引述特别报告员 Ago 的话,《1970 年...年鉴》,第二卷(第二部分),英文本第 306 页,第 66(c)段,载于第一次报告 A/CN.4/490,第 13 段。关于对这种区别的讨论情况,见同上,第 12 至 18 段。

³⁶⁷ 对第四章的评注,第(1)段。

³⁶⁸ 参见仲裁人 Huber 使用的术语“派生责任” (“responsabilité dérivée”),载于 *British Claims in the Spanish Zone of Morocco* 案,《联合国国际仲裁裁决报告》,第 2 卷,第 615 页(1924),第 648 页。

³⁶⁹ 第 27 条评注,第(2)段。

³⁷⁰ 同上,第(3)段和第(4)段,援引 1836 年美国 and 法国专员所作的结论,拒绝让法国对丹麦在其影响和煽动下单独采取的行动负责。见 Moore 著, *5 International Arbitrations ...* (1898 年),从第 4473 页起。

开来,特别是在国际关系中。出于不同原因,还将第 28 条论述的指挥和胁迫情况与共犯加以区分。因此,第 27 条涉及的情况是一国单独采取行动并负主要责任,但另一国在物质上协助其实行不法行为。³⁷¹

169. 评注指出,国际法单独禁止某些形式的协助。例如,大会的侵略定义除其他外,确定侵略是“一国以其领土供另一国家使用让该国用来对第三国进行侵略行为”。³⁷² 但评注认为,援助和协助另一国的不法行为本身就是不法行为,即使任何主要规则中都未明确阐述这一点。事实上这已是不法行为,无论主犯行为是罪行还是违法行为,³⁷³ 无论援助或协助本身是否构成不法行为。³⁷⁴ 援助国“打算合作实行”不法行为就足以说明问题,例如援助国“知道接受某些物资的国家打算利用这些物资实现特定目标”。³⁷⁵ 评注中列举的国家行为大多数涉及一国协助另一国使用武力,例如一国在另一国进行据称构成侵略或干预的军事行动过程中允许后者过境飞行或着陆。³⁷⁶ 应当指出,所有列举的例证都涉及违背由协助国本身受其约束的主要规则所产生的义务。

170. 因此,委员会得出结论,即作为逐渐发展的一部分,应将禁止与另一国共同实行不法行为或参与这一行为的一般规则列入第一部分。³⁷⁷ 此类参与行为的非法性质不一定与接受协助的行为同样严重。除其他外,其严重程度取决于“向主要不法行为者实际提供的援助或协助的范围和严重性”,这是将它与主要行为区别开来的更深层原因。³⁷⁸ 但为使第 27 条适用,提供的协助必须是物质上的协助,而且必须“打算推动”另一国“实行”不法行为。³⁷⁹ 此外,接受协助国必须实际上实行了不法行为,以期使协助国行为的非法性严格取决于接受协助国的行为。³⁸⁰

各国政府对第 27 条的评论

171. 德国怀疑现有国际法是否已发展到涉及第 27 条的内容,要求更准确地说明“为了使另一国实行”这一用语以及意图的必备要素。³⁸¹ 美国大体上同意。³⁸² 瑞士

³⁷¹ 第 27 条评注,第(11)段。

³⁷² 第 27 条评注第(12)段援引大会第 3314(XXIX)号决议,附件,第 3(f)段。

³⁷³ 第 27 条评注第(13)段。

³⁷⁴ 同上第(14)段。

³⁷⁵ 同上。

³⁷⁶ 同上。

³⁷⁷ 同上第(15)段。

³⁷⁸ 同上。

³⁷⁹ 同上第(16)段(原文着重强调)。

³⁸⁰ 同上第(19)段。

³⁸¹ A/CN.4/488, 英文本第 75-76 页。

³⁸² 同上,英文本第 77 页。

主张删除第 27 条,因为它“并无任何实在法上的根据”。³⁸³ 瑞典早些时候在其评论中也对第 27 条的范围提出质疑,怀疑该条是否是主要规则。³⁸⁴

172. 相形之下,联合王国支持“基本原则”,但提出一系列初步意见,这些意见提出了有关第 27 条本身的原则问题。联合王国认为,根本问题是必须区分协助国的行为是否是独立的不法行为这两种情况。如果是,则不需要第 27 条;如果不是,则必须阐明责任的原则。³⁸⁵ 日本同样支持第 27 条,但要求更清楚地阐述原则的定义。³⁸⁶ 马里早些时候在其评论中指出,在确定是否“为了实行国际不法行为”提供援助时必须考虑到各种各样的因素,但仍坚决支持该条。³⁸⁷

第 27 条作为派生责任的情况: 两个初步问题

173. 第 27 条以两种截然不同的方式规定了派生责任。第一,只有接受协助国确实实行了国际不法行为,协助国才承担责任。正如评注明确指出,只有当接受协助国实行不法行为时,才产生协助国的责任。第二,只有经确定“为了实行国际不法行为提供”协助,协助国才承担责任。承担责任的必要条件是具有协助接受协助国实行不法行为的特定意图。这就是提出了定义和原则的问题,但首先应谈一谈两个初步的困难。

174. 第一个是程序上的困难,即在接受协助国不在场的司法诉讼中,很难确定协助国的责任。国际法院一再重申,法院不能裁定甲国的国际责任,如果要作出裁定,就必须在乙国不在场和未征得其同意的情况下对其行为“的合法性作出裁决,以此作为先决条件”。这就是所谓的货币黄金案的原则。³⁸⁸ 按照定义,该原则适用于第 27 条所涉情况,因为协助国承担责任的实质是接受协助国实行了国际不法行为。前者提供协助的非法性取决于后者行为的非法性(以及前者对后者行为非法性的了解)。尽管这种情况有时在确定协助国责任时造成某些实际困难,但并不是删除第 27 条的适当理由。货币黄金案的原则涉及可否受理国际司法诉讼案。在遇有向另一国提供非法协助情况时提出外交抗议,是正当的行为,因为各国有权指称谁是另一国不法行为的共犯,即使法院基于另一国不在场的理由,可能无权对指控作出裁决。此外,该原则并

³⁸³ 同上,英文本第 76 页。

³⁸⁴ 《1981 年...年鉴》,第二卷(第一部分),英文本第 77 页。

³⁸⁵ 同上,英文本第 76-77 页。

³⁸⁶ A/CN.4/492,英文本第 11 页。

³⁸⁷ 《1980 年...年鉴》,第二卷(第一部分),第 101 页。

³⁸⁸ 东帝汶案《国际法院案例汇编》(1995 年),第 90 页和第 105 页(第 35 段);另见《国际法院案例汇编》1943 年从罗马取走货币黄金案,《国际法院案例汇编》(1954 年),第 19 页和第 32 页;《国际法院案例汇编》(1992 年)中的瑙鲁某些磷酸盐土地案,第 240 页和第 261 页(第 55 段)。

非适用各种情况,即使在司法诉讼中。例如,该原则不适用于主管国际机构已确定接受协助国责任的情况。³⁸⁹

175. 第二个困难涉及拟订特别的实质性规则,以禁止一国协助其他国家实行某些不法行为,或甚至要求第三国防止或制止此类行为。上文内提到的大会的侵略定义第3(f)段和其他例证³⁹⁰都不依赖任何派生责任的一般原则,这是否意味着它们否认任何一般原则的存在?³⁹¹看来并非如此。不同时期产生的禁止协助不法行为国的特别规则或许能表明,在当时情况下防止提供协助是非常重要的,但从中得出不存在任何一般规则的相反结论就未免走得太远了。侵略定义的作用不是为了阐述一般性的国家责任法;在拟订第3条的问题上保持沉默不利于给侵略下定义。其他条约条款(例如《联合国宪章》第二条第五项)也具有特别的基本原理,远远超出条款草案第27条的范畴和目标。

176. 鉴于上述原因,货币黄金案的原则造成的程序上的困难和在某些领域存在与第27条重叠的特别主要规则都不是否认一般规则的理由。

177. 但更需认真思考的反对意见涉及该原则的范畴。根据第27条十分晦涩的表述,必须说明“为了实行国际不法行为”提供援助或协助,但“为了”一词却引起很多问题。何时“为了”此目的而提供协助?协助可分为必要的协助和附带的协助:协助在实现目的方面必须起多大作用?协助国是否必须充分了解目的及其非法性?在这些表述和定义问题的背后还有一些更基本的问题。特别是协助国本身是否可以不受它协助违背的规则约束?如果可以不受约束,是否能够证明此类协助是正当的?第27条评注中列举的例证所涉范围很窄,局限于违背一些基本的规则,如《联合国宪章》第二条第四项。但第27条本身的局限性却不太大。同样适用于双边条约和强制性规则的一般规则是否可取?是否可列在条款草案中?

意图或了解非法性的问题

178. 如将严格责任的标准强加给协助国显然太过苛刻。不应要求向另一国提供物质或财政援助的国家承担该项援助将被用于实行国际不法行为的风险。无论如何,很难说明某些资源、尤其是财政资源或信息被用于实行国际不法行为。第27条评注强调,协助国的主管机关必须了解协助将被用于非法目的,必须打算实现这一结果。换言之,提供协助必须。

“具有推动实行有关主要国际不法行为的特定目标...以下两种情况均未满足这一条件:无此目标的援助或协助被接受国用于非法目的;或提供援助或协

³⁸⁹ 在东帝汶案中,葡萄牙辩称安全理事会和大会早些时候的决议已经正式确定印度尼西亚的法律地位。国际法院否认这些决议旨在发挥这么大的作用:《国际法院案例汇编》(1995年),第90页和第104页(第32段)。这意味着主管机关的一项明确和有约束力的决议或许会回避货币黄金案的原则:比较南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续在纳米比亚存在对各国的法律影响,《国际法院案例汇编》(1971年),第16页和第54页(第117段)。

³⁹⁰ 见上文第169段。另见《联合国宪章》第二条第(5)项(“联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时,各会员国不得对该国给予协助”)。

³⁹¹ 见上文第171段瑞士和德国的评论。

助的国家了解最终可能用于非法目的。必须实际提供了援助或协助,将其用于实行主要国际不法行为。‘假定’有这种意图也不够;正如本条所强调的,这种意图必须‘经确定’。”³⁹²

这一解释很有帮助,但显然如果保留第 27 条,就应在第 27 条中而不只是在评注中阐述这些要求。³⁹³ 鉴于国家间关系的性质和所涉情况多种多样,³⁹⁴ 第 27 条应只涉及协助显然的确与随后不法行为有关的情况。就“意图”的要素而言,这意味着有关国家机关必须了解已经策划有关行为,而且必须打算通过提供协助推动实行该行为。

179. 关于意图的问题不止这些。协助国是否不仅必须了解有关行为将要发生,而且必须知道其国际非法性?提供援助或协助的国家官员“不知有法律”可否作为开脱协助国的理由?一般而言,不知有国际法不是开脱国家实行不法行为的理由。这是否是在第 27 条范围内开脱协助国的例外情况?如果这样,协助国是否有责任适当地询问合法性问题,或有关官员对合法性问题视而不见就足以免除这一责任?这些都是很棘手³⁹⁵ 的实质性问题。有人提议在下文内再讨论这些问题。³⁹⁶

协助和不法行为之间的关系

180. 第二个问题涉及协助和不法行为之间的必要关系,任何意图的定义都未解决这一问题。一国或许打算协助实行一不法行为,完全了解情况,但其协助实际上无关紧要,只是煽动或鼓励而已(第 27 条未涵盖这一点)。另一方面,协助或许至关重要,例如提供前沿军事基地或飞机加油设施(否则达不到目标)。评注认为,“援助或协助必须产生使接受援助或协助的有关国家实质上更易于实行国际不法行为的效果”。³⁹⁷ 原则上这一点肯定正确。要求向不法行为提供的援助必须是不可缺少的援助会引起对其他偶发事件的猜测,造成实施该规则的漏洞。³⁹⁸ 但如果只因“实质上”一词与《维也纳条约法公约》第 60 条规定的“严重违背”概念(该概念被定义为“违背对履行”条约“至关重要的条款”)有关,该词就有问题。如果援助或协助不一定必须对实行不法行为至关重要,就应避免采用“实质上”一词。总之,使用“援助或协助”一语即可,并在评注中从这个意义上予以解释。

协助国是否必须受所涉主要规则的约束?

³⁹² 第 27 条评注第(18)段。

³⁹³ 见各国政府对此所作的评论,见上文第 171-172 段。

³⁹⁴ 例如一般使用军事基地或领土、飞越领空、军事采购、经济援助、人员培训、提供秘密情报等。

³⁹⁵ 尽管《宪章》第一百零二条第(1)项作出规定,但不能指望一国了解另一国的双边条约义务。如果必须注意到非法性,或许应拟订与《维也纳条约法公约》第 46 条类似的规则。

³⁹⁶ 见下文第 184-186 段。

³⁹⁷ 第 27 条评注第(17)段(原文有着重号);比较同前,第(18)段。

³⁹⁸ 类似的效果见 Quigley,前引(见上文注释 297),第 121-122 页。

181. 即使假设按照评注所阐述的思路拟订了一条令人满意的第 27 条,但仍然存在根本性问题。按目前拟订的条文,第 27 条将涉及甲国协助乙国违背了一项甲国不知情的义务。正如同第 17 条明确规定的那样,本条款草案既涉及违反条约的行为,也涉及违背根据其他国际法渊源所承担之义务的行为。草案包括违背根据单方面承诺或双边条约所承担之义务以及普遍性义务的行为。³⁹⁹但这同一项禁止协助的规则是否应适用于这些不同的情况,这一点还极不明确。⁴⁰⁰以乙国与丙国之间的一项双边条约为例,两国根据该条约同意不向甲国出口某些材料或技术,或不与甲国进行贸易。根据国家贸易惯例法,这种做法是间接抵制。目标国甲国当然不受该条约约束。⁴⁰¹如果甲国在明知有该条约的情况下协助丙国违反该条约,它为何应负法律责任呢?因此,第 27 条可成为使广为人知的双边义务之效力延伸至世界其他地方的一个工具。如果协助国受主要规则约束,那么情况肯定不同;比如,如果一个核不扩散条约缔约国违反条约规定,协助另一国从第三国获取武器,这种情况就不同。这表明第 27 条应限于对协助国有约束力或可能遭其反对的那些义务。

182. 扩大第 27 条所涉范围的一个可能理由得之于依照国内法的类推。根据许多国家的法律制度,知情地协助另一人违背后者的合同义务是一项民事侵权行为。⁴⁰²依照国内法的类推无疑可能产生误解,但对导致违反合同应承担责任的这样一个一般原则的订立可为扩大第 27 条提供支持依据。本报告的附件(见 A/CN.4/498/Add.3)载有关于一些国家法律制度对导致违反合同问题所持之法律立场的比较概览。概览表明,虽说对订立一条规定应对导致违反与第三方所订之协定的行为承担责任的一般原则有一些相对支持依据,但局限性却很大。首先,有些法律制度不承认这一原则(如那些基于伊斯兰教法的法律制度),其他一些法律制度则非常有限度地予以承认(例如德国法律)。在那些原则上予以承认的法律制度(例如法国法律,普通法)中,这一原则受一些重要先决条件的约束。尤其是所涉合同必须合法,对该合同的干涉必须是有意为之,以及对此种干涉不能有独立的合法性。

183. 此外,即使从诸如导致违反合同的依照国内法类推中所得之支持依据并不那么含混不清,在国际关系中适用此类一般原则也有困难。条约体现了缔约国的特

³⁹⁹ 见上文第 17、20-21 和 26 段。

⁴⁰⁰ 正如同瑞典在先前一个评论中指出的那样:《1981 年...年鉴》,第二卷(第一部分),第 77 页。

⁴⁰¹ 见 1969 年《维也纳条约法公约》,第 34 至 35 条。

⁴⁰² 评注中未讨论这一问题,事实上一般著作中也未讨论。《美国国际法杂志》6(1912 年)所载 CL Bouvé 的“Russia's Liability in Tort for Persia's Breach of Contract”第 383 页讨论了一国因施压诱使另一国违反其与第三国一国民之间的合同而产生的国家责任案例,这是一个不同问题。Hersch Lauterpacht 爵士在申辩为什么与前一个条约相冲突的后一条约是无效的问题时所依据的是国内类推:见“The Covenant as the ‘Higher Law’”(1936)17《British Yearbook of International Law》54;“Contracts to Break a Contract”in E. Lauterpacht(ed),《International Law, being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht》(Cambridge,1978 年),第 341 段,第 374 至 375 页。他更有理由支持一种观点,即诱使违反一项双边条约是一项违法行为。但是,他对相互冲突的条约的无效性问题所持的立场却不为《维也纳条约法公约》所接受。相反的,国家责任问题是对有着相反冲突之义务的国家而产生的:见上述,第 9 段,和 S. Rosenne 的《Breach of Treaty》(Grotius, Cambridge, 1985 年),第 87 至 89 页和第 93 页。

定政策,而国际法相对于条约而言有着严格的相互关系理论。此外,条约数量和范围有所扩展,许多有关提供资金、材料或技术的义务被列入条约。国家法律制度对合同的合法性的控制严于国际法目前对条约的合法性的控制,⁴⁰³而且第三方根据国内法有办法对该方不利的合同之合法性提出异议,但条约目前还不能提供此类办法。⁴⁰⁴

184. 所有这些考虑因素表明,第 27 条所载之原则不能无条件地适用于双边义务。举例而言:甲国根据条约规定向乙国提供资金或物品,甲国意识到遵循该条约将使乙国违背其对丙国的条约义务。根据国际法,两个条约可能均有法律效力,虽然这不妨碍乙国的国际责任。在这种情况下,甲国为何要成为乙国遵守条约与否的裁判呢?如果乙国坚持执行其与甲国所签之条约,甲国是否有权拒绝?但根据第 27 条,似乎是:如果甲国知情地提供协助,它便对丙国负有责任。⁴⁰⁵或举另一种情况为例:有几个国家是某一特定战略物资或原材料的仅有生产国,它们签订一项限制销售和实行涨价的条约。购买国不受该条约约束,它们为何可能须因导致某一缔约国减价出售而承担责任呢?

关于第 27 条的结论

185. 可以基于第 27 条提出了一条主要规则,从而超越了条款草案范围的理由予以删除。⁴⁰⁶当然,如果要保持本条的广泛性,就有必要处理上述问题,例如,协助国对被协助国法律义务的知情问题,或在义务冲突情况下所采取之行动可能有其正当理由的问题。不管对这些问题持何观点,这些显然都是根本问题,超出了国家责任次要规则的范围。

186. 另一方面,如果第 27 条应限于致使违背了协助国本身受其约束之义务的援助或协助,那么或许可以将它移至第四章。情况可能是,不应要求协助国判断被协助国的法律义务,但它应已注意到并且必须对自身的法律义务承担责任。如果甲国故意导致乙国违背一项两国均受其约束的义务,这是无理由可加辩解的;一国不能借它国之途径做自身不能为之事。从这一更为有限的角度看,将第 27 条纳入条款草案有其理

⁴⁰³ 例如竞争法、公共机构的越权合同、危害公共政策的合同,等等。比较性论述见《International Encyclopedia of Comparative Law》第七卷所载 A von Mehren 的“Contracts in General”,第 1 章第 29 至 40 页;PDV Marsh 的“Comparative Contract Law. England, France, Germany”(Gower, Aldershot, 1933 年),第 87、91、99 至 100 页。

⁴⁰⁴ 根据《维也纳条约法公约》第 65 和 66 条,援引强制法以使某条约失效的程序显然只适用于所涉条约之缔约国,而不影响第三国。在《East Timor 案中(国际法院案例汇编)(1995 年),第 90 页,葡萄牙并未试图对 1989 年条约的效力提出异议。见上文,第 9 段和 174 段。

⁴⁰⁵ 可以争辩说,甲国并非有意伤害丙国,而是履行其对乙国的条约义务。但事实仍是甲国知道其协助将导致乙国违背义务。基于诸如“双重效应”等诡辩派学说对国家“意图”所作的缜密判断并非判断国家责任的一个非常可靠的根据。如同第 27 条详细说明的那样一项广泛规则只能在允许协助国诉说其协助之正当理由的情况下才能令人满意地运作,例如说以同等有效的道德或法律义务为理由的协助。但是如果加上正当理由原则,显然将涉及责任的主要规则领域内的立法。

⁴⁰⁶ 参考瑞士的评论,上文第 171 段。

由,因为它涉及一国之不法行为对另一国的影响问题——即对两个国家而言均为不法的行为。⁴⁰⁷ 鉴于以上所有的理由,应保留第 27 条,但应将其适用范围限于以下情况:协助国在知道国际不法行为的情况下提供了援助或协助;该项援助或协助在物质上推动了该不法行为的实行;所涉行为如果系由协助国本身为之,将构成国际不法行为。⁴⁰⁸

(b) 第 28 条:一国对另一国国际不法行为的责任

187. 第 28 条规定如下:

“1. 一国在受制于另一国的指挥或控制权力的活动领域内实行的国际不法行为引起该另一国的国际责任。

“2. 一国由于受到另一国的胁迫而实行的某项国际不法行为引起该另一国的国际责任。

“3. 第 1 和第 2 款不妨碍实行国际不法行为的国家按本条款其他规定应负的国际责任。”

各国政府对第 28 条的评论

188. 瑞士指出了对本条规定与第五章内涉及胁迫或强迫的条款规定应加以协调的必要性。⁴⁰⁹ 法国指出,第 1 款反映了“一种历史性情况”;第 2 款中的“胁迫”一词含义过泛,应限于违反国际法的胁迫。⁴¹⁰ 在早先的一次评论中,蒙古对第 28 条“目前文本适当与否”存有疑虑,特别是不加限制地使用“胁迫”一词是否适当。⁴¹¹

189. 第 28 条处理的是两种不同的情况,一种涉及附属关系(例如国际保护关系或交战国占领),另一种则涉及一国对另一国的胁迫。有必要分别讨论这两种情况。

第 28 条(第 1 款):由实际或可能的指挥或控制引起的责任

190. 对第 1 款的评注汇集于一国与另一国之间可能有附属关系,例如规定保护国应对附属国之不法行为承担国际责任的特许安排的三种不同情况。这三种情况是:(a)

⁴⁰⁷ 本结论与有关第 27 条之广泛性问题的评论相符合,虽然提议的具体解决办法略有不同。因此,鉴于普遍性义务之重要作用,并鉴于所有有限制的习惯做法都涉及此类义务这一事实,所以 Padeletti 在前面所引用的书中(见上文,注 297)把第 27 条的适用限于普遍性义务。但其他多边义务同样重要;为何多边条约之缔约国可以互相协助从事任何一方均不能合法地单独从事之事? Graefrath 在前面所引用的书中(见上文,注 297)也将共谋不法行动限于影响国际社会这个整体的那些行动,并确立蓄意协助这样一个推断。本文本所载之提议保留了蓄意这一因素,可通过知情提供援助或协助的证据予以证明。Quigley 在前面所引用的书中(见上文,注 297)一般性地支持第 27 条草案,但主张加上由协助国承担注意的责任这一因素,以确保在有疑虑的情况下,援助不致被用作非法手段。然而,他未能解决协助国不受约束之义务的问题。

⁴⁰⁸ 第 27 条拟议文本见下文第 212 段。

⁴⁰⁹ A/CN.4/488,第 78 页。

⁴¹⁰ 同上。

⁴¹¹ 《1981 年...年鉴》,第二卷(第一部分),第 76 页。

国际附属关系,特别是“宗主关系”和国际保护关系;(b) 联邦国家与保留了自身的国际人格的联邦成员国之间的关系;(c) 领土占领情况下占领国与被占领国之间的关系。⁴¹² 评注将这三种情况与完全代表的情况相比较,在完全代表情况下,一国甚至在排他的基础上担负起在国际关系中代表另一国的责任,但它不拥有对该附属国的决策进程的任何指挥权或控制权。⁴¹³

191. 关于国际附属关系(诸如国际保护关系)的情况,评注援引 Robert E. Brown 案中一个仲裁法庭的裁决以支持这一主张,即“一国应对通过附属关系与其有关的另一国在支配国对附属国拥有有效控制权的活动领域内作出的国际不法行为承担间接责任,而且只有在此情况下才承担责任。”⁴¹⁴ 此类情况的确已成过去,但按照评注的观点,这不构成将这一条广为人知的规则排除于条款草案之外的理由。⁴¹⁵

192. 至于联邦国家及其拥有独立国际人格之组成部分之间的关系,评注以类似推理作出的结论是:“联邦国家应对其成员国在联邦国家控制或指挥的活动领域内作出的国际不法行为承担责任”,但在其他情况下无须承担责任。⁴¹⁶

193. 最后,关于交战占领,依据以前的外交先例以及法国-意大利调解委员会在 Duc de Guise 案中所作的裁决再次确认了该规则。⁴¹⁷ 在此类情况中,占领国在以下前提下对被占领国的行为承担责任:“(a) 被占领国继续作为国际法的独立主体存在;和 (b) 被占领国是在它受占领国指挥或控制的活动领域作出的国际不法行为”。这种责任不受占领是否合法的影响。⁴¹⁸

194. 已根据这三种情况,制定了第 28 条第(1)款内的一般规则。根据第 28 条第(3)款,保护国的责任不影响附属国的责任,虽然后者的行为的违法性可根据第五章的规定予以减轻或甚至排除,例如由于不可抗力。

本条款草案框架内第(1)款的适当范围

195. 评注讨论了广泛的附属关系。但必须强调第四章只涉及一国对另一国行为的责任,这对第 28(1)条的范围会产生影响。

- 不包括本身不是国家的联邦国家的附属领土或组成单位。在一个领土和另一个领土的大部分附属关系中,即使附属领土具有一些国际人格,它仍不是国家。现

⁴¹² 第 28 条评注,第(10)段。

⁴¹³ 同上,第(5)至第(8)段,突出了仲裁员 Huber 在 British Claims in the Spanish Zone of Morocco 案,《联合国国际仲裁裁决报告》,第 2 卷,第 615 页和第 648 页(1924)中以西班牙与摩洛哥之间的关系并不仅仅是代表关系为根据所作的裁决。

⁴¹⁴ 第 28 条评注,第(14)段,援引 Robert E. Brown(美国)诉英国的案例,《联合国国际仲裁裁决报告》,第 6 卷,第 120 页(1923),第 130 至 131 页。

⁴¹⁵ 同上,第(15)至(17)段。

⁴¹⁶ 同上,第(18)段。

⁴¹⁷ (1951)18 《国际法案例汇编》426。

⁴¹⁸ 第 28 条评注,第(24)段。

有的联邦国家也是这样。甚至在联邦国家的组成单位行使自己的权利,加入条约或其他国际法律关系(不是由联邦国家的代表团缔结),依照国际法,该组成单位本身不是一个国家。就国家责任而言,联邦国家的地位与任何其他国家的地位没有不同之处。应适用本条款草案第 5 和第 10 条所列的一般原则,⁴¹⁹ 联邦国家对其组成单位的行为应承担国际责任,即使该行为按照联邦宪法应由地方控制。⁴²⁰

- 旧的国际附属情况已消失。自 1970 年代起国际关系的发展进一步限制了第 28 条的范围。几乎毫无例外,旧的国际附属关系已结束(例如在阿拉伯半岛受英国保护的国家)。余下的国家大多数已改组了,以便减少或消除不确定性或附属性。⁴²¹ 例如,意大利和圣马力诺、瑞士和列支敦士登、新西兰和西萨摩亚的关系是以代表性为基础,并不涉及受代表国的指挥或控制的任何法律权利。关于第 28 条的评注强调,在纯粹代表性案件中,代表实体仍对自己的国际义务负责,即使外交通信可能须通过另一国进行。⁴²²

196. 然而,已存在或可设想仍有以下的情况,无论是通过条约,或是由于交战时占领或基于一些其他理由,一国有权力指挥或控制另一国的活动,从而就必须处理第 28(1)条所引起的问题。条款草案第 9 条涉及一国的机关交由另一国支配以便该机关只在接受国的指挥或控制下实行行动的情况。⁴²³ 第 28(1)条涉及几乎是相反的情况,即附属国的机关受另一国指挥或控制,实行了违背附属国对第三国所负的国际义务的行为。

所涉责任的标准是实际指挥或是指挥权力?

197. 第一点是,第 28(1)条所定的责任标准不仅是实际指挥或控制,而且是指挥或控制权力,如果行为是在“[附属]国受制于另一国的指挥或控制权力的活动领域内实行的”,则该另一国就应负责。不过,这一广泛标准对依国际法“附属”国作为一个单独国家继续存在的情况就无很大的影响。⁴²⁴

- Robert E. Brown 索赔案。仲裁法庭在此案件中认为英国,在布尔战争以前作为南非共和国的宗主国的权力“远未达到要使它对其 Brown 所遭受的不正当行为负责的程”。该法庭还拒绝接受英国拥有干涉内部行政事务的权力。不过,它又说没有任何证据可证明“英国曾采取这样的干涉行动”。因此,宗主关系“并

⁴¹⁹ 见第一次报告, A/CN.4/490/Add.5, 第 256 - 262 段。

⁴²⁰ 象国际法院在 La Grand 案(德国诉美利坚合众国)中所强调的那样, 1999 年 3 月 5 日的命令, 第 28 段。另见载于 B. R. Opeskin & D. R. Rothwell 编的 *International Law and Australian Federalism*, B. R. Opeskin 所写的“*International Law and Federal States*”(1997 年, 墨尔本大学出版社, 墨尔本)。

⁴²¹ 见 J. Duursma, *Fragmentation and the International Relations of Micro-States* (1996 年, 剑桥大学出版社, 剑桥), 其中详述欧洲微型国家, 它们目前全部为联合国会员国。

⁴²² 第 28 条的评注, 第(4)段。

⁴²³ 见第一次报告, A/CN.4/490/Add.5, 第 222 - 234 段。

⁴²⁴ 如果不保持附属国单独的法律人格, 该案件就绝不属于第四章的范围。

未导致英国对所申诉的行为应负的责任”。⁴²⁵ 评注指出仅仅具有干涉的权力,即使不予行使,就足以导致英国的责任,但法庭实际上没有这样说。为其目的,可认为英国既没有干涉的权力,也没有作过这样做的承诺。

- The Duc de Guise 索赔案。法国-意大利调解委员会认为意大利对西西里在被盟国占领期间意大利在西西里征用财产应承担赔偿责任。委员会的决定并不是以盟国没有权力征用财产或制止意大利这样做(肯定当时有权力)为依据的。而是因为委员会的大多数成员指出事实上,“占领部队指挥官不干涉,也没有任何盟国当局要求征用法令”。⁴²⁶ 换句话说,重点是行使权力,而不是仅仅存在权力。
- Droz & Janousek 诉法国和西班牙案。欧洲人权法院的这项判决曾在第 9 条的评注中加以讨论。⁴²⁷ 法院的多数意见认为,法国无须对安道尔法庭的判决负责,除非法国本身参加作出判决,或后来赞同和公然拒绝司法,就应对此负责。⁴²⁸ 不象少数意见,在没有任何法国实际干涉的证据的情况下,法院不认为因为法国当时可能拥有任何保留权力(本身或通过法国的联合王子)而应负责。

198. 这些和其他案件⁴²⁹ 不支持一项概括的论点,即凡是一国有权力阻止另一国实行国际不法行为,它就对未阻止此项行为负责。此外,该论点原则上是不可取的,因为它对干涉“附属”国的事务十分注重,但假定后者仍须对本国的不法行为负责。⁴³⁰ 当然,支配国仍须对与它所控制或所占领的附属国和领土承担义务。不过,它对附属国在一些领域拥有权力的单纯事实不足以构成应把附属国在该领域的所有不法行为归咎于它的理由。⁴³¹ 第 28(1)条应限于支配国实际上指挥或控制应构成违背附属国的国际义务的行为的情况。

被违背的义务是否必然可由支配国反对?

199. 由于支配国必须指挥或控制不法行为的实行,因此无须进一步确定其行为与实行不法行为的国家的行为之间的联系(至于第 27 条,就有此必要)。⁴³² 不过,仍存在两个问题。支配国必需备有什么资料以说明导致经它指挥或控制的不法行为的情况?

⁴²⁵ 《联合国国际仲裁裁决报告》,第 6 卷,第 120 页(1923),第 130-131 页。

⁴²⁶ 见第 28 条的评注,第(22)段内讨论(1951 年)《国际法案件汇编》第 18 卷第 426 页。

⁴²⁷ 在第一次报告, A/CN.4/490/Add.5, 第 228-229 段中加以讨论的《欧洲人权法院汇编》,A 辑,第 240 卷(1992)。

⁴²⁸ 同上,第 110 段(“公约没有规定缔约国对第三国或领土强制实施其标准”)。另见 Iribarne Pe'rez 诉法国《欧洲人权法院汇编》A 辑,第 325C 卷(1995)。

⁴²⁹ 例如见 Lighthouses Arbitration 案(第 11 和第 4 号索赔案)。

⁴³⁰ 关于指挥国对附属国的外部事务的行为完全负责的立场,见在摩洛哥西班牙区英国的索赔案,《联合国国际仲裁裁决报告》,第 2 卷,第 615 页,第 648-649 页(1924 年)。

⁴³¹ 一国附属于另一国的事实可能与举证责任有关,因为正式国家机器的单纯存在并不意味着占领国事实上未行使控制权。见 Restitution of Household Effects belonging to Jews Deported from Hungary 案,(1965 年)《国际法案件汇编》第 44 卷,第 301 页、第 340-342 页。

⁴³² 见上文第 180 段。

支配国本身是否必须受被违背的义务约束?只有在以否定方式回答第二个问题时,才会引起第一个问题。如果该指挥国只是对本身不法的行为负责,它将会被告知,它指挥另一国实行的行为是不法的或可能是不法的。另一方面,如果视该国间接须受附属国的国际义务的“约束”,立场可能就不同了。

200. 对这个问题的立场似乎比对第 27 条的立场不致那么明显,因为援助和协助所涵盖的范围很广泛,往往涉及极属中性的行为,但指挥或控制概念则是较具体的概念。由于问题悬而未决和为易于适用起见,特别报告员建议应将相同的但书适用于第 28(1)条和第 27 条。因此,指挥国只应当对它自己实行的不法行为负责。应当强调,这个条件的重要性是有限的。在评注或有关第 28(1)条的讨论中所提到的所有案件都关系到已满足这个条件的行为(例如侵犯外侨的人权或违背对外侨的义务)。

第 28(2)条: 由于受到另一国胁迫而实行的某项国际不法行为所引起的责任

201. 第 28(2)条处理一国受到另一国胁迫的情况。如要胁迫国承担国际责任,第 28(2)条规定,不法行为应是“受到胁迫而实行的行为”。换句话说,必须实际上实行行为,必须受到胁迫而实行此行为,并且必须是胁迫国的意图。在这些情况下,胁迫国与被胁迫国家的国际不法行为有所牵连。

202. 这个提法言辞上有困难。⁴³³ 如果实行国确实受到胁迫,它将受“不可抗拒的力量”限制,并且其行为的不法性将为第 31 条所列的不可抗力所解除。如果胁迫出于不可抗力,从而构成一种解除不法性的情况时,提到该项被迫行为的不法性未免有点奇怪。在讨论第 16 条时已指出,第五章和第三章的关系有问题,第 28 条的现有措辞反映了该问题。⁴³⁴ 就第 28 条提出以下的提法可解决该问题,即指出“一项行为,除被迫实行外,是国际不法行为”。

203. 至于第 28(2)条的实质,评注建议,尽管胁迫的性质是胁迫国强加意愿的方式,被迫国的行为仍是它自己的行为。即使胁迫本身违法。

“[胁迫国]的行为与被迫国对第三国犯下的行为并不相同。因此胁迫国对被迫国所实行的国际不法行为的责任只能说成是对另一国的国际不法行为的责任。”⁴³⁵

根据这项意见,评注指明为了适用第 28 条的目的,胁迫不限于非法胁迫:

“为了适用本条的目的,胁迫不一定限于进行武力威胁或使用武力,并应当包括任何严重限制被迫国家作出决定的自由的行动——任何使该国如果不按照胁迫国的要求行事就处于极为困难境地的措施。”⁴³⁶

虽然评注说明了这一点,但一些政府仍提出胁迫是否应限于不法行为的问题。⁴³⁷

⁴³³ 象瑞士指出那样: A/CN.4/488, 第 78 页, 见上文第 188 段。

⁴³⁴ 见上文第 11 和第 14 段。

⁴³⁵ 第 28 条的评注, 第(28)段。

⁴³⁶ 同上,第(29)段。

⁴³⁷ 见法国和蒙古的意见, 上文第 188 段。

为了适用第 28(2)条的目的,胁迫是否应限于不法胁迫?

204. 其他办法的选择受到与第 28 条的范围有关的问题,特别是胁迫的含义问题的影响。特别报告员认为,为此目的胁迫是指左右被胁迫国的意愿的行为,不让它作出切实选择,而必须符合胁迫国的要求。使符合义务更加困难或更加麻烦是不足的。此外,胁迫国必须胁迫实行国际不法行为。被迫行为的后果使被胁迫国更加难以符合一些其他义务是不足的。

205. 不过,如果这是对第 28(2)条的正确了解,就似乎无须把第 28(2)条限于不法胁迫。符合所建议的定义大多数的胁迫情况将是违法的,因为它们涉及进行武力威胁或使用武力,违反《联合国宪章》,或涉及干涉(胁迫干涉)另一国的事务。即使在某些情况下,胁迫可能是合法的,⁴³⁸ 但第 28(2)条关系到蓄意进行胁迫,以期违背一国对另一国的义务的具体概念。很难想象认为这种胁迫的合理的任何情况。

206. 无疑存在涉及一国受到合法胁迫的情况。例如因出于自卫而对一国采取有效的措施,从而可能迫使它撤出所侵入的领土。但《宪章》没有设想,可采取自卫措施以胁迫一国违背对另一国所承担的有约束力的义务,因此,自卫假定可予排除。抵制措施也是同样的情况。这些措施可能具有胁迫性质,但条款草案第二部分已说得很清楚,其作用是促使不法行为国符合对采取抵制措施的国家的中止义务和赔偿义务,不胁迫该国违背对第三国的义务。⁴³⁹

207. 这项分析表明,考虑到第 28(2)条所载的胁迫概念的严谨性,无须把该规定局限于同《联合国宪章》第二条第 4 项不符的胁迫。同理,没有理由支持为什么第 28(2)条应局限于违背胁迫国也受约束的义务。如果一国蓄意胁迫乙国违背对丙国的义务,它就应对丙国承担后果负责。此外,在这种情况下,乙国对丙国的行为的不法性将因危难或不可抗力而予以解除,以致丙国的唯一补救将是追究甲国的责任。基于这些理由,第 28(2)条应予保留,但须在草案中作适当的修正,以反映评注所提出的各项论点。⁴⁴⁰

第 28(3)条: 保留实行国的责任

208. 最后,第 3 款保留实行国际不法行为的国家的责任,尽管它是因为受到另一国指挥或控制或胁迫而实行此行为。象法国指出的那样,相同的保障条款适用于第 27 条。⁴⁴¹ 此外,应明确规定第四部分的规定不得妨碍任何用以确定协助国、指挥国或胁迫国的责任的其他根据。

⁴³⁸ 关于胁迫的定义和合法性,见 P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (PUF, 巴黎, 第 3 版, Cahier 编, 1995 年), 第 271 至第 274 段。

⁴³⁹ 还见国际法院关于在有关 Gabcikovo Nagymaros 项目的案件中抵制措施的适当目的的评论, 《国际法院案例汇编》(1997 年), 第 7 页、第 55 至第 57 页(第 83 至第 87 段)。

⁴⁴⁰ 见上文第 203 段。

⁴⁴¹ A/CN.4/488, 第 78 页。

3. 有关第四章的结论

209. 总的来说,有人似乎赞成原样保留第四章,也赞成第 27 条和第 28 条的主要内容,但须进行上述的澄清和限制。总之,连带责任或派生责任的三个依据都需要进一步阐述,大体上应吸收评注中的解释;不过,就第 27 条和第 28 条第 1 款而言,应将责任限制在援助国或指挥国可以对义务提出异议的情况。由于与第 28 条第 2 款相比,第 27 条和第 28 条第 1 款共同之处较多,因此很容易将其合二而一,把胁迫这个不同的问题留给第 28 条处理。

210. 剩下的问题是能否必须把附带责任或不完全责任的其他因素列入第四章。在一些国家法律制度中,法律中有一章把共谋和“间接责任”同其他形式的从属责任联系起来,例如煽动、密谋和未遂。在这个领域,国家法律的传统大不相同。但是,附带责任是刑法的特色,而不是民法的特色,这似乎是一个共同特点。⁴⁴² 就国际法而言,如果国际罪行与国际违法行为之间有严密的区别,可以预期,就罪行而言,附带责任也同样可以更广泛。但是正如同第一部分的其他条文一样(除了第 19 条第 2 款至第 4 款本身之外),第四章未做如此区分。

211. 不完全责任的情况不涉及一国与另一国不法行为有所牵连,所以不属于第四章的范围。无论如何,似乎不存在处理未遂不法行为的任何一般国际法规则。⁴⁴³ 然而,应该简要提及其他的可能情况。

- 煽动。一国煽动另一国犯下国际不法行为的行为被故意排除在第四章之外。只有以实物援助或实际指挥或胁迫另一国犯下国际不法行为,一国才与该行为有牵连。⁴⁴⁴ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案似乎赞成这个立场。国际法院指出,法院不关心“确定一国可被视为应对另一国实行的行为负责的情况,这可能不包括煽动的可能性”。⁴⁴⁵
- 密谋。在两个国家密谋犯下国际不法行为的情况下,密谋通常是指随后一起实行该行动的情况。至少密谋国家之一大力帮助或协助另一个国家,而且根据实际情况,计划本身就可能构成这种协助。然而,国际法似乎不需要“密谋”这个一般概念,当然,第四章也不需要这个概念。
- 实行不法行为后提供的协助。在某些情况下,一国在另一国犯下国际不法行为之后向后者提供协助等于前者接受该不法行为。在这种情况下,依照 1998 年暂时通过的第 15 条之二,前者应对此行为负责。⁴⁴⁶ 不过,似乎既未要求也无需在第四章内单独明确列入“事实后共谋”的概念。具体问题(例如,在洗钱领域)可以通过适当地拟定主要规则来处理。

⁴⁴² 不完全责任也是这样。因此,犯罪未遂也许是违法的,而试图侵权或违反合同则不是。至于何时实际犯下国际不法行为(有别于计划或筹备)的问题,见上文第 102 - 106 段。

⁴⁴³ 见上文第 104 段和第 106 段。

⁴⁴⁴ 见第 27 条评注,第(6)-(7)段。又见 Quigley, 前引(上文注 297)第 80 - 81 页。

⁴⁴⁵ 《国际法院案例汇编(1986)》,第 14 页和第 129 页(第 255 段)。另见 Schwebel 法官更清楚的异议,同上,第 379 页(第 259 段)(“国际习惯法不知道有‘鼓励’的违法行为”)。

⁴⁴⁶ 见第一次报告, A/CN.4/490/Add.5,第 281 - 286 段。

- 国家联合或集体行动的其他情况。回到上文第 159 段所述几个国家联合或集体行动的那类情况,第四章和本报告评注中的分析没有指出需要本章处理的任何其他情况。不过,在两个或更多国家联合行动的赔偿方面可能会产生一些问题。这些问题将在条款草案第二部分范围内讨论。

212. 由于上述理由,特别报告员提出第四章的下列条款。

第四章

一国对另一国行为的责任

注:本章原来的标题是“一国牵连另一国的国际不法行为”。拟议的新标题不但简短而且更准确,因为第四章中各种情况的共同之处是甲国应对实际上由乙国实行的行为负责。此外,在乙国行为是受甲国胁迫的情况下,就乙国而言,该行为的不法性似已预先排除。

第 27 条

一国援助或指挥另一国实行国际不法行为

一国援助或协助或指挥和控制另一国犯下国际不法行为,在下列情况下,应对此承担国际责任:

- (a) 该国这样做时知道该国际不法行为的情况;
- (b) 如果该国实施这一行为,该行为即构成国际不法行为。

注: 1. 一读通过的第 27 条涵盖为使受援国“实行国际不法行为”而提供的所有援助和协助。这种援助或协助是国际不法行为,即使该项援助或协助单独看来并不违背国际义务。按照现有的措辞,第 27 条以三种方式限制了援助或协助责任的范围。第一,提供援助或协助的有关国家机关或机构必须了解使受援国行为成为国际不法行为的情况;第二,提供这种援助或协助必须是为了便利实行该行动,并且必须实际上这样做了;第三,业已完成的行动,如果是由援助国自身实行,必须也是不法行为。前两项限制符合一读通过的第 27 条的意图;第三项限制是新的。见上文第 177 至 186 段。

2. 一国不对第 27 条规定的援助或协助负责,除非受援国实际实行了国际不法行为。第 27 条未考虑在缺乏或没有受援国同意的情况下确定援助国责任司法程序上的可受理性问题。见上文第 174 段。

3. 没有规定援助或协助对实行国际不法行为应是必不可少的;如果援助或协助大大有助于国际不法行为便足够了。另一方面,只是煽动或鼓励,而未进行援助或协助,则不足以引起本条规定的责任。见上文第 180 段和第 211 段。

4. 一读通过的第 27 条中“如经确定”等字是不必要的。根据第 27 条,每一项具体要件显然都必须得到充分确定,才能引起附带责任,这极异于一般规则所规定的国家责任必须是经过确定的,而非出于推定。见第一次报告,A/CN.4/490,第 36 至 38 段。

5. 此外,第 27 条现在还规范先前由第 28 条第 1 款处理的情况,即一国指挥和控制另一国违反其对第三国承担的国际义务。如同适用于援助或协助的情况一样,

这些限制也适用于一国指挥和控制不法行为的行动,也就是说,指挥国必须了解使受援国行为成为国际不法行为的情况,而且业已完成的行动如果是由指挥国自身实行,必须也是不法行为。见上文,第 195 至 200 段。

6. 虽然第 27 条第 1 款分开使用了“指挥或控制”一词,但在更严格地制定该原则的情况下,似乎最好是把第三国的责任限制在该国所“指挥或控制”的有关行为的情况。相反,对于一读通过的第 28 条第 1 款,必须实际实行了指挥或控制,才能引起责任。

第 28 条

一国对另一国进行胁迫的责任

一国在了解情节的情况下胁迫另一国实行若无胁迫仍属后者的国际不法行为的行为,应对该行为承担国际责任。

注: 1. 一读通过的第 28 条第 2 款处理一国为使另一国实行(如果该国未受胁迫)违反该国国际义务的行为而进行胁迫的问题。胁迫行为本身不一定是非法行为,尽管在大多数情况下是非法行为。这一规定在另外一条得到保留。对先前第 28 条第 2 款的评注明确指出,胁迫国必须知道若无胁迫仍会导致被胁迫国的非法行为的情况。虽然人们也许认为,胁迫实行非法行为的观念隐含着这个要求,但现在该条作了明确规定。

2. 在为此目的进行胁迫的情况下,没有理由规定,有关行为如果是由胁迫国自身实行的,即构成非法行为。没有任何理由可以胁迫另一国违反国际义务,尤其因为在进行胁迫的情况下,行为国完全能够依靠胁迫作为排除不法性的情况,从而剥夺了受害国的一个补救办法。见上文,第 204 - 208 段。

第 28 条之二

本章的影响

本章不妨碍:

- (a) 目前各条其他条款规定的已实行有关行为的国家的国际责任;
- (b) 确定该行为所涉及的任何国家的责任的任何其他理由。

注: 1. 一读通过的第 28 条第 3 款规定,该条不妨碍实际实行非法行为的国家应承担的责任。第 27 条也是如此,因此,保障条款已适用于整个第四章。

2. 第四章也不妨碍适用界定具体行为是非法行为的任何其他国际法规则,(b) 项阐明了这一点。见上文第 208 段。