

联 合 国

国 际 法 委 员 会 第五十二届会议的报告

(2000 年 5 月 1 日至 6 月 9 日和
7 月 10 日至 8 月 18 日)

大 会

正式记录

第五十五届会议

补编第 10 号(A/55/10)

大 会
正式记录
第五十五届会议
补编第 10 号 (A/55/10)

国 际 法 委 员 会 第五十二届会议的报告

(2000 年 5 月 1 日至 6 月 9 日和 7 月 10 日至 8 月 18 日)



联合国 • 纽约, 2000

联合国

国际法委员会的报告

补编第10号(A/55/10)



说明

联合国文件都用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

前有年度和省略号的“年鉴”（如《1971 年……年鉴》），是指《国际法委员会年鉴》。

委员会报告的排版本将载入《2000 年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

[2000 年 9 月 27 日]

目 录

章 次	段 次	页 次
一、导 言	1 - 12	1
A. 成 员	2 - 3	1
B. 主席团成员和扩大的主席团	4 - 6	2
C. 起草委员会	7 - 8	3
D. 工作组	9 - 10	3
(a) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果 的国际责任(预防危险活动造成的跨界损害)		
(b) 国家的单方面行为		
E. 秘书处	11	4
F. 议 程	12	4
二、委员会第五十二届会议工作概况	13 - 21	6
三、委员会特别乐意听取评论的具体问题	22 - 27	8
A. 国家责任	23	8
B. 外交保护	24	8
C. 国家的单方面行为	25	9
D. 对条约的保留	26	9
E. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(预防危险活动造成的跨界损害)	27	9
四、国家责任	28 - 405	10
A. 导 言	28 - 43	10
B. 本届会议审议这个专题的情况	44 - 405	13
1. 特别报告员介绍与条款草案有关的一般问题	47 - 57	14
(a) 完成二读的计划	47	14
(b) 与第一部分有关的未决问题	48	15
(c) 与一读通过的第二部分有关的一般考 虑因素	49 - 51	15
(一) 第二部分的范围与第一部分的范围比较	49	15
(二) 标 题	50	15
(三) 条款草案的拟订	51	15
(d) 条款草案余下部分的结构的订正建议	52 - 57	16

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2. 一般问题辩论概况	58 - 70	17
(a) 完成二读的计划	59	17
(b) 初级规则与次级规则的区分	60	17
(c) 国家责任规则的自反性质	61	18
(d) 条款草案的范围	62	18
(e) 与第二部分有关的一般考虑因素	63 - 65	18
(一) 详细和明确的适当程度	63	18
(二) 标 题	64	19
(三) 条款草案的拟订	65	19
(f) 条款草案的结构	66 - 70	20
3. 特别报告员对一般问题辩论的总结	71 - 73	21
4. 特别报告员介绍第二部分：一国国际不法 行为的法律后果	74 - 81	21
第一章 一般原则		
(a) 关于国际责任的内容的引言条款 (第 36 条)	74	21
(b) 停止的一般原则(第 36 条之二)	75 - 76	22
(c) 承诺和保证不重复(第 36 条之二续)	77	22
(d) 赔偿的一般原则(第 37 条之二和 第 42 条第 3 和第 4 款)	78 - 79	23
(e) 习惯国际法中的其他法律后果(第 38 条) ..	80 - 81	24
5. 第二部分辩论概况	82 - 106	25
第一章 一般原则		
(a) 关于国际责任的内容的引言条款 (第 36 条)	82	25
(b) 停止的一般原则(第 36 条之二)	83 - 86	25

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
	(c) 承诺和保证不重复(第 36 条之二续)....	87 - 91 26
	(d) 赔偿的一般原则(第 37 条之二和 第 42 条第 3 和第 4 款).....	92 - 102 27
	(e) 习惯国际法中的其他法律后果(第 38 条)..	103 - 106 30
6.	特别报告员对第一章的总结.....	107 - 113 31
7.	特别报告员介绍一国援引另一国责任的 权利(第 40 条之二).....	114 - 118 33
8.	一国援引另一国责任的权利的辩论概况 (第 40 条之二).....	119 - 146 35
	(a) 概 论.....	119 - 131 35
	(一) 受害国的定义.....	121 35
	(二) 普遍义务.....	122 - 123 35
	(三) 对国际社会的提法.....	124 - 127 36
	(四) 第 19 条的问题.....	128 37
	(五) 第 40 条之二的结构.....	129 - 130 37
	(六) 第 40 条之二的位置.....	131 38
	(b) 第 40 条之二的标题.....	132 38
	(c) 第 1 款.....	133 - 139 38
	(一) 第 1 款(a)项.....	137 39
	(二) 第 1 款(b)项.....	138 - 139 39
	(d) 第 2 款.....	140 - 142 40
	(e) 第 3 款.....	143 - 146 40
9.	特别报告员对一国援引另一国责任的权 利的辩论的总结.....	147 - 150 41
10.	特别报告员介绍第二部分：一国国际不法 行为的法律后果(续).....	151 - 164 42
	第二章 赔偿的形式	
	(a) 第二章概论.....	151 42
	(b) 恢复原状(第 43 条).....	152 43

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(c) 补偿(第 44 条).....	153	43
(d) 抵偿(第 45 条).....	154 - 160	44
(e) 利息(第 45 条之二).....	161	46
(f) 减轻责任(第 46 条之二).....	162 - 164	46
11. 第二部分辩论概况(续)	165 - 226	47
第二章 赔偿的形式		
(a) 第二章概论	165 - 169	47
(b) 恢复原状(第 43 条).....	170 - 187	48
(c) 补偿(第 44 条).....	188 - 197	51
(d) 抵偿(第 45 条).....	198 - 220	54
(e) 利息(第 45 条之二).....	221 - 222	57
(f) 减轻责任(第 46 条之二).....	223 - 226	58
12. 特别报告员对第二章的总结	227 - 241	59
13. 特别报告员介绍第二部分之二：国家责任		
的履行	242 250	61
第一章 援引国家责任		
(a) 第二部分之二概论	242 - 243	61
(b) 援引国家责任的权利(第 40 条之二).....	244	62
(c) 一受害国援引责任(第 46 条之三)	245 - 246	62
(d) 援引责任权利的丧失(第 46 条之四).....	247 - 248	63
(e) 数个受害国(第 46 条之五).....	249 - 250	63
(f) 数个国家应为同一国际不法行为负		
责任(第 46 条之六).....	251 - 254	64
14. 第二部分之二辩论概况.....	255 280	65
第一章 援引国家责任		
(a) 援引国家责任的权利(第 40 条之二).....	255	65
(b) 一受害国援引责任(第 46 条之三)	256 - 267	66
(c) 援引责任权利的丧失(第 46 条之四).....	268 - 271	68

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(d) 数个受害国(第 46 条之五).....	272 - 274	69
(e) 数个国家应为同一国际不法行为负 责任(第 46 条之六).....	275 - 280	70
15. 特别报告员对第一章的总结	281 - 289	71
16. 特别报告员介绍第二部分之二：国家责任 的履行(续).....	290 - 306	72
第二章 反措施		
(a) 反措施概论.....	290 - 293	72
(b) 反措施作为解除不法性的情况(第 30 条).....	294	73
(c) 反措施的目的和内容(第 47 条).....	295 - 298	74
(d) 不受反措施影响的义务和禁止的反 措施(第 47 条之二和第 50 条).....	299 - 302	75
(e) 与采取反措施有关的条件(第 48 条).....	303 - 304	77
(f) 相称(第 49 条).....	305	78
(g) 中止和终止反措施(第 50 条之二)	306	78
17. 第二部分之二辩论概况(续)	307 - 337	79
第二章 反措施		
(a) 反措施概论.....	307 - 314	79
(b) 反措施作为解除不法性的情况(第 30 条).....	315	80
(c) 反措施的目的和内容(第 47 条).....	316 - 319	80
(d) 不受反措施影响的义务和禁止的反 措施(第 47 条之二和第 50 条).....	320 - 327	81
(e) 与采取反措施有关的条件(第 48 条).....	328 - 332	83
(f) 相称(第 49 条).....	333 - 334	84
(g) 中止和终止反措施(第 50 条之二)	335 - 337	84
18. 特别报告员对第二章的总结	338 - 345	85

目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
19. 特别报告员介绍援引对一国家集团或对国际社会的责任	346 - 358	85
(a) 一般考虑因素	346 - 354	85
(b) 集体反措施(第 50 条 A 和第 50 条 B).....	355 - 357	88
(c) 严重违反对整个国际社会的义务的 行为的后果(第 51 条).....	358	89
20. 援引对一国家集团或对国际社会的责任的 辩论概况	359 - 383	91
(a) 一般考虑因素	359 - 363	91
(b) 集体反措施(第 50 条 A 和第 50 条 B).....	364 - 373	92
(c) 严重违反对整个国际社会的义务的 行为的后果(第 51 条).....	374 - 383	94
21. 特别报告员对援引对一国家集团或对国际社会的责任的辩论的总结	384 - 389	96
22. 特别报告员介绍一般规定(第四部分).....	390 - 393	97
(a) 其他可适用规则的特别规定(第 37 条).....	390	97
(b) 国际组织的责任或对国际组织的行 为的责任(A 条).....	391	98
(c) 确定任何国际义务的内容的规则(B 条).....	392	98
(d) 与《联合国宪章》的关系(第 39 条).....	393	98
(e) 其他保留条款	394	99
23. 一般规定辩论概况(第四部分).....	395 - 399	99
(a) 其他可适用规则作出的特别规定(第 37 条).....	395	99
(b) 国际组织的责任或者国际组织的行 为责任(A 条).....	396	99

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(c) 确定任何国际义务的内容的规则(B 条).....	397	99
(d) 与《联合国宪章》的关系(第 39 条).....	398 - 399	99
(e) 其他保留条款.....	400 - 401	100
24. 特别报告员对一般规定的总结(第四部 分).....	402 - 405	100
附录:起草委员会二读暂时通过的条款草案		
五、外交保护.....	406 - 495	120
A. 导 言.....	406 - 410	120
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	411 - 495	121
1. 综述这个专题的处理方式.....	414 - 418	121
2. 第 1 条.....	419 - 429	122
(a) 特别报告员的介绍.....	419 - 420	122
(b) 辩论概况.....	421 - 427	123
(c) 特别报告员的总结.....	428 - 429	125
3. 第 2 条.....	430 - 439	125
(a) 特别报告员的介绍.....	430 - 432	125
(b) 辩论概况.....	433 - 438	126
(c) 特别报告员的总结.....	439	128
4. 第 3 条.....	440 - 446	128
(a) 特别报告员的介绍.....	440 - 443	128
(b) 辩论概况.....	444 - 445	129
(c) 特别报告员的总结.....	446	130
5. 第 4 条.....	447 - 456	130
(a) 特别报告员的介绍.....	447 - 449	130
(b) 辩论概况.....	450 - 455	131
(c) 特别报告员的总结.....	456	133

目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
6. 第 5 条	457 - 471	133
(a) 特别报告员的介绍	457 - 458	133
(b) 辩论概况	459 - 470	134
(c) 特别报告员的总结	471	138
7. 第 6 条	472 - 480	138
(a) 特别报告员的介绍	472	138
(b) 辩论概况	473 - 479	139
(c) 特别报告员的总结	480	140
8. 第 7 条	481 - 485	141
(a) 特别报告员的介绍	481	141
(b) 辩论概况	482 - 484	141
(c) 特别报告员的总结	485	142
9. 第 8 条	486 - 494	142
(a) 特别报告员的介绍	486	142
(b) 辩论概况	487 - 493	143
(c) 特别报告员的总结	494	144
10. 非正式磋商报告	495	145
六、国家的单方面行为	496 - 622	148
A. 导 言	496 - 506	148
B. 本届会议审议这个专题的情况	507 - 622	149
1. 委员会收到的文件与讨论这个专题的会议	507 - 509	149
2. 特别报告员介绍第三次报告	510 - 528	150
3. 辩论概况	529 - 603	156
4. 特别报告员的总结	604 - 619	170
5. 成立工作组	620 - 622	172
七、对条约的保留	623 - 663	174
A. 导 言	623 - 634	174

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
B. 本届会议审议这个专题的情况	635 - 661	176
1. 第五次报告第一部分	635 - 637	176
2. 第五次报告第二部分	638 - 661	177
C. 委员会一读暂时通过的关于对条约的保留的准 则草案案文	662 - 663	183
1. 准则草案案文	662	183
2. 委员会第五十二届会议通过的准则草案案 文及其评注	663	190
1.1.8 根据排除条款作出的保留 评注		
1.4.6 [1.4.6、1.4.7] 根据任择条款作 出的单方面声明 评注		
1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明 评注		
1.7 替代保留和解释性声明的程序 评注		
1.7.1 [1.7.1、1.7.2、1.7.3、1.7.4] 替代 保留的程序 评注		
1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序 评注		
八、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(预防危险活动的跨界损害)	664 - 721	223
A. 导 言	664 - 671	223
B. 本届会议审议这个专题的情况	672 - 721	224
1. 特别报告员介绍第三次报告	675 - 691	224
2. 辩论概况	692 - 714	227
3. 特别报告员的总结	715 - 721	230

目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
九、委员会的其他决定和结论	722 - 758	238
A. 委员会的方案、程序、工作方法和文件	722 - 735	238
1. 长期工作方案	726 - 733	238
2. 委员会今后届会的会期长短、性质和地点	734 - 735	240
B. 第五十三届会议的日期和地点	736	241
C. 同其他机构的合作	737 - 741	241
D. 出席大会第五十五届会议的代表	742 - 743	241
E. 国际法讲习会	744 - 756	242
F. 吉尔贝托·阿马多纪念演讲	757 - 758	244
附件：建议列入委员会长期工作方案的专题提纲		245

第一章

导 言

1. 国际法委员会于 2000 年 5 月 1 日至 6 月 9 日和 7 月 10 日至 8 月 18 日在联合国日内瓦办事处的会址举行了第五十二届会议的第一和第二期会议。

A. 成 员

2. 委员会由下列委员组成：

埃曼努尔·阿克韦·阿多先生(加纳)
侯赛因·巴哈纳先生(巴林)
若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生(巴西)
伊恩·布朗利先生(联合王国)
恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)
詹姆斯·理查德·克劳福德先生(澳大利亚)
克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生(南非)
康斯坦丁·伊科诺米季斯先生(希腊)
纳比勒·埃拉拉比先生(埃及)
乔治·加亚先生(意大利)
兹齐斯拉夫·加利茨基先生(波兰)
劳尔·伊卢斯特雷·戈科先生(菲律宾)
格哈德·哈夫纳先生(奥地利)
贺其治先生(中国)
毛里西奥·埃多西亚·萨卡萨先生(尼加拉瓜)
卡米勒·伊德里斯先生(苏丹)
豪尔赫·伊留埃卡先生(巴拿马)
彼得·卡巴齐先生(乌干达)
莫里斯·坎托先生(喀麦隆)
詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生(坦桑尼亚联合共和国)
莫克塔尔·库苏马—阿特马贾先生(印度尼西亚)
伊戈尔·伊万诺维奇·卢卡舒克先生(俄罗斯联邦)
特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)
贾姆奇德·莫姆塔兹先生(伊朗伊斯兰共和国)
迪迪耶·奥佩蒂—巴丹先生(乌拉圭)
纪尧姆·庞布—齐文达先生(加蓬)
阿兰·佩莱先生(法国)
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)
维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生(委内瑞拉)

罗伯特·罗森斯托克先生(美国)
 贝尔纳多·塞普尔维达先生(墨西哥)
 布鲁诺·辛马先生(德国)
 彼得·托姆卡先生(斯洛伐克)
 山田中正先生(日本)

3. 委员会 2000 年 5 月 1 日第 2612 次会议选举卡米勒·伊德里斯先生(苏丹)和贾姆奇德·莫姆塔兹先生(伊朗伊斯兰共和国)填补委员会由于杜杜·锡亚姆先生逝世和奥恩·哈索内先生当选国际法院法官所出现的空缺。

B. 主席团成员和扩大的主席团

4. 委员会 2000 年 5 月 1 日第 2612 次会议选出下列主席团成员：

主 席：	山田中正先生
第一副主席：	莫里斯·坎托先生
第二副主席：	彼得·托姆卡先生
起草委员会主席：	乔治·加亚先生
报告员：	维克托·罗德里格斯—塞德尼奥先生

5. 委员会扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会前任主席¹和特别报告员²组成。

6. 根据扩大的主席团建议,委员会设立了由下列委员会组成的规划小组:坎托先生(主席)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、伊科诺米季斯先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、伊留埃卡先生、卡特卡先生、库苏马—阿特马贾先生、莫姆塔兹先生、奥佩蒂—巴丹先生、庞布—齐文达先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、塞普尔维达先生和罗德里格斯—塞德尼奥先生(当然成员)。

C. 起草委员会

7. 委员会于2000年5月3日第2614次会议和6月6日第2632次会议就下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会:

- (a) 国家责任: 加亚先生(主席)、克劳福德先生(特别报告员)、阿多先生、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加利茨基先生、戈科先生、哈夫纳先生、贺其治先生、卡巴齐先生、佩莱先生、罗森斯托克先生和罗德里格斯—塞德尼奥先生(当然成员)。
- (b) 对条约的保留: 加亚先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、伊科诺米季斯先生、埃拉拉比先生、坎托先生、庞布—齐文达先生、罗森斯托克先生、辛马先生、托姆卡先生和罗德里格斯—塞德尼奥先生(当然成员)。

8. 起草委员会就上述两个专题,一共举行了27次会议。

D. 工作组

9. 委员会也于5月5日第2616次会议和5月26日第2628次会议设立了由下列委员组成的工作组:

- (a) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害): 拉奥先生(主席兼特别报告员)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、卡特卡先生、卢卡舒克先生、罗森斯托克先生和罗德里格斯—塞德尼奥先生(当然成员)。
- (b) 国家的单方面行为: 罗德里格斯—塞德尼奥先生(主席兼特别报告员)、巴哈纳先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、哈夫纳先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡巴齐先生、卡特卡先生、莫姆塔兹先生、庞布—齐文达先生和塞普尔维达先生。

10. 规划小组于2000年5月2日重新设立了长期工作方案工作组,由下列委员组成:布朗利先生(主席)、加利茨基先生、戈科先生、贺其治先生、埃多西亚·萨卡萨先生、奥佩蒂—巴丹先生、塞普尔维达先生、辛马先生和罗德里格斯—塞德尼奥先生(当然成员)。撰稿委员:阿多先生、伊科诺米季斯先生、哈夫纳先生、佩莱先生、罗森斯托克先生和山田先生。规划小组于2000年5月31日重新设立分期届会工作组,由下列委员组成:罗森斯托克先生(主席)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、戈科先生、卡特卡先生、庞布—齐文达先生和山田先生。

¹ 巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、佩莱先生和拉奥先生。

² 克劳福德先生、杜加尔德先生、佩莱先生、拉奥先生和罗德里格斯—塞德尼奥先生。

E. 秘书处

11. 负责法律事务的副秘书长、法律顾问、汉斯·科雷尔先生担任秘书长的代表；法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表；编纂司副司长马努埃尔·拉马—蒙塔尔多先生担任委员会副秘书长；法律干事马努什·阿桑贾尼女士担任委员会的高级助理秘书；法律干事乔治·科伦济斯先生、维吉尼亚·莫里斯女士、雷南·维拉西斯先生和协理法律干事阿诺德·普龙托先生担任委员会的助理秘书。

F. 议 程

12. 委员会 2000 年 5 月 1 日第 2612 次会议通过了第五十二届会议的议程，其项目如下：

1. 本届会议的工作安排。
2. 国家责任。
3. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的跨界损害)。
4. 对条约的保留。
5. 外交保护。
6. 国家的单方面行为。
7. 委员会的方案、程序、工作方法和文件。
8. 同其他机构的合作。
9. 第五十三届会议的日期和地点。
10. 其他事项。

第二章

委员会第五十二届会议工作概况

13. 关于“国家责任”这一专题，委员会审议了特别报告员的第三次报告，³ 其中载有他关于条款草案第二部分(一国国际不法行为的法律后果)以及一个新的第二部分之二(国家责任的履行)和第四部分(一般规定)的建议。委员会决定将第二部分第一章(一般原则)、第二章(赔偿的形式)和第三章(严重违反对整个国际社会的义务)的条款草案和第二部分之二第一章(援引国家责任)和第二章(反措施)和第四部分的条款草案提交起草委员会。委员会注意到起草委员会的报告(第四章)。

14. 关于“外交保护”这一专题，委员会审议了特别报告员的第一次报告，⁴ 该报告处理了专题的定义和范围问题、实行外交保护的性质和情况，特别是第 1 至第 8 条中提到的国籍条件和外交保护的方式。根据在全体会议上进行的讨论和提出的建议，委员会将第 1、第 3 和第 6 条交给由特别报告员担任主席的不限成员名额非正式磋商会议讨论。考虑到非正式磋商报告，委员会将第 1 条、第 3 条和第 5 至第 8 条草案提交起草委员会(第五章)。

15. 关于“国家的单方面行为”这一专题，委员会审议了特别报告员的第三次报告。⁵ 特别报告员提出一个关于单方面行为的定义的新的第 1 条草案，建议删除上次关于条款草案范围的第 1 条草案，提出一个关于国家作出单方面行为的能力的新的第 2 条草案，提出一个关于有资格以国家的名义作出单方面行为的人的新的第 3 条草案和一个关于未经授权的人所作行为的事后确认的新的第 4 条草案。他也建议删除原先关于“表示同意”的第 6 条草案，并提出一个关于单方面行为无效的新的第 5 条草案。委员会决定将新的第 1 至第 4 条草案提交起草委员会，并将新的第 5 条草案提交国家单方面行为工作组(第六章)。

16. 关于“对条约的保留”这一专题，委员会审议了特别报告员的第五次报告⁶ 其中涉及替代保留和解释性声明的程序以及保留和解释性声明的提出、修改和撤回。委员会通过了五条准则草案，它们是关于：根据排除条款作出的保留、根据任择条款作出的单方面声明、对条约规定作出选择的单方面声明以及替代保留和解释性声明的程序(第七章)。

17. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动造成的跨界损害)”这一专题，委员会设立了一个工作组以审议各国就委员会在 1998 年一读通过的、关于“预防”的副专题条款草案提出的意见和评论。特别报告员在工作组讨论的基础上提出其第三次报告，⁷ 其中载有一个序言草案，及一套经过修订的关于“预防”的条款草案，并建议将其作为框架公约予以通过。此外，第三次报告讨论了诸如专题的范围、它与赔偿责任的关系、有关国家之间的利益均衡和预防的责任之间的关系以及赔偿责任和国家责任的双重制度等问题。委员会审议了该报告并决定将其中的序言草案和条款草案提交起草委员会讨论(第八章)。

³ A/CN.4/507 和 Add. 1、Add. 1/Corr. 1 和 2、Add. 2-4。

⁴ A/CN.4/506 和 Corr. 1 和 Add. 1。

⁵ A/CN.4/505。

⁶ A/CN.4/508 和 Add. 1-4。

⁷ A/CN.4/510。

18. 委员会也通过了处理长期工作方案的规划小组的报告，该报告中列出了下列可列入长期工作方案的专题及其可能内容的提纲：(a) 国际组织的责任；(b) 武装冲突对条约的影响；(c) 一些国家共有的自然资源；(d) 驱逐外侨；(e) 国际法不成体系引起的危险(第九章 A(1) 节)。

19. 委员会继续与国际法院、亚非法律协商委员会、美洲法律委员会、欧洲委员会的国际公法法律顾问委员会进行传统的信息交换(第九章 C 节)。

20. 举行了一个有不同国籍的 24 名学员参加的讲习会(第九章 E 节)。

21. 委员会决定下届会议于 2001 年 4 月 23 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日分两期在联合国日内瓦办事处举行。

第三章

委员会特别乐意听取评论的具体问题

22. 委员会响应大会 1999 年 12 月 9 日第 54/111 号决议第 13 段，乐意指明特别希望各国政府就下列每一专题中的具体问题在第六委员会中，或者以书面形式，对委员会今后的工作提出切实的指导。

A. 国家责任

23. 委员会希望收到各国政府对起草委员会暂时通过的对整个条款草案案文的评论和意见，尤其是对可能需要进一步审议的任何方面的评论和意见，以期在 2001 年完成二读。

B. 外交保护

24. 委员会希望各国政府就下列问题提出评论和意见：

- (a) 一国国民由于出生、血统或正当归化取得该国国籍但与该国之间缺乏有效联系，该国可否对该国民实行外交保护？
- (b) 愿对一国民实行外交保护的一国是否需要证明该个人与该国之间存在有效联系？
- (c) 若一国与一国民之间存在有效联系而该国民与另一国之间也有弱势联系，该一国可否对该国民实行外交保护？
- (d) 若一国不证明它与一具有双重国籍的国民之间的有效联系，该国可否在该国民受害时要求并非受害人国籍国的第三国予以保护？
- (e) 若一无国籍人在一国设有合法居所，是否应该容许该国根据外交保护原则要求另一国保护该人？
- (f) 若一难民在一国设有合法居所，是否应该容许该国根据外交保护原则保护该难民？

C. 国家的单方面行为

25. 委员会特别欢迎对本报告第 621 段中提到的 (a)、(b) 和 (c) 点提出评论。

D. 对条约的保留

26. 委员会欢迎各国政府对特别报告员第五次报告(A/CN.4/L.508/Add.3和4)中关于提出保留和解释性声明的部分所载14条准则草案提出评论和意见。由于时间不够,委员会决定推迟到下届会议对这些准则草案进行辩论。这些准则草案载于以下脚注143、145-150、155、158、159、161-162和164中。

E. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 (预防危险活动造成的跨界损害)

27. 委员会提请注意本报告第672至第720段,尤其是载有提交起草委员会的序言草案和条款草案的第721段。委员会欢迎各国政府就这方面提出评论。

第四章

国家责任

A. 导言

28. 委员会 1949 年第一届会议选定国家责任为其认为适合编纂的一个专题。大会 1953 年 12 月 7 日第 799(VIII)号决议要求委员会一俟认为时机成熟,即着手编纂有关国家责任的国际法原则。因此,委员会 1955 年第七届会议决定开始对国家责任进行研究,并指定加西亚·阿马多先生担任该专题特别报告员。自 1956 年至 1961 年,特别报告员连续向委员会的六届会议提交六次报告,全面论述对外国人身及其财产造成损害的责任问题。⁸

29. 委员会 1962 年第十四届会议设立了一个小组委员会,其任务是编写一份初步报告,载列有关今后研究工作范围和方法的建议。⁹

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

31. 委员会自 1969 年第二十一届会议至 1979 年第三十一届会议收到了特别报告员的八次报告。¹⁰

32. 委员会 1975 年第二十七届会议通过了关于“国家责任”专题条款草案的大纲,设想条款草案的结构如下:第一部分涉及国际责任的起源;第二部分涉及国家责任的内容、形式和程度;委员会可能决定列入的第三部分涉及争端的解决和国际责任的履行。¹¹

33. 委员会 1980 年第三十二届会议一读暂时通过有关“国际责任的起源”的条款草案第一部分。¹²

34. 由于阿戈先生当选为国际法院法官,委员会 1979 年第三十一届会议任命威廉·里普哈根先生担任该专题特别报告员。委员会自 1980 年第三十二届会议至 1986 年第三十八届会议收到了威廉·里普哈根先生提交的七次报告,¹³ 内容涉及该主题的第二和第三部分。¹⁴

⁸ 《1969年国际法委员会年鉴》,第二卷,p. 229。

⁹ 同上,p. 229起各页。

¹⁰ 特别报告员的八次报告见:《1969年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN. 4/217和Add. 1号文件,pp. 125-156;《1970年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN. 4/233号文件,pp. 177-198;《1971年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN. 4/246和Add. 1-3号文件,p. 99;《1972年国际法委员会年鉴》,第二卷,A/CN. 4/246和Add. 1号文件,p. 71;《1976年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN. 4/291和Add. 1和2号文件,p. 3-55;《1977年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN. 4/302和Add. 1-3号文件;《1978年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN. 4/318和Add. 1-4号文件及1980年A/CN. 4/318和Add. 5-7号文件。

¹¹ 《1975年国际法委员会年鉴》,第二卷,pp. 55-59, A/10010/Rev. 1号文件,第38至51段。

¹² 《1980年国际法委员会年鉴》,第二卷(第二部分),pp. 26-63, A/35/10号文件,第三章。

¹³ 特别报告员的七次报告见:《1980年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p. 107, A/CN. 4/330号文件;《1981年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p. 79, A/CN. 4/334号文件;《1982年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p. 22, A/CN. 4/354号文件;《1983年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p. 3, A/CN. 4/366和Add. 1号文件;《1984年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p. 1, A/CN. 4/380号文件;《1985年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p. 3, A/CN. 4/389号文件;及《1986年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),p. 1, A/CN. 4/397和Add. 1号文件。

35. 委员会 1987 年第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生担任特别报告员，接替任期于 1986 年 12 月 31 日届满的威廉·里普哈根先生。委员会自 1988 年第四十届会议至 1996 年第四十八届会议收到了加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生提交的八次报告。¹⁵

36. 委员会 1995 年第四十七届会议结束时暂时通过下列条款草案，列入第二部分：第 1 至第 5 条¹⁶ 和第 6 条(停止不法行为)、第 6 条之二(赔偿)、第 7 条(恢复原状)、第 8 条(补偿)、第 10 条(抵偿)、第 10 条之二(保证不重复)、¹⁷ 第 11 条(受害国的反措施)、第 13 条(相称)和第 14 条(禁止采取的反措施)。¹⁸ 委员会还收到起草委员会第 12 条案文(与采取反措施有关的条件)，并推迟就该条案文采取行动。¹⁹ 委员会第四十七届会议还暂行通过下列条款草案，列入第三部分：第 1 条(谈判)、第 2 条(斡旋与调停)、第 3 条(调解)、第 4 条(调解委员会的任务)、第 5 条(仲裁)、第 6 条(仲裁法庭的职权范围)、第 7 条(仲裁裁决的效力)和附件第 1 条(调解委员会)和第 2 条(仲裁法庭)。

37. 在委员会 1996 年第四十八届会议期间，阿兰焦—鲁伊斯先生宣布辞去特别报告员一职。委员会结束了关于国家责任的条款草案第二和第三部分的一读工作，决定根据其《章程》第 16 条和第 21 条，经由秘书长将委员会一读暂时通过的条款草案²⁰ 转交各国政府征求评论意见，并要求在 1998 年 1 月 1 日之前将这些评论意见提交秘书长。

38. 委员会 1997 年第四十九届会议设立了国家责任问题工作小组，处理有关该专题二读的事项。²¹ 委员会还任命詹姆斯·克劳福德先生担任特别报告员。

39. 大会第五十二届会议建议，考虑到各国政府以书面或在大会辩论中以口头表达的评论和意见，国际法委员会应继续进行关于其目前方案各个专题的工作，包括国家责任的专题。大会还回顾，委员会必须就其 1996 年第四十八届会议一读通过的国家责任条款草案征求各国政府意见。

¹⁴ 委员会1983年第三十四届会议将条款草案第二部分第1至6条提交起草委员会审议。委员会1985年第三十七届会议决定将条款草案第二部分第7至16条提交起草委员会审议。委员会1986年第三十八届会议决定将条款草案第三部分第1至5条及其附件提交起草委员会审议。

¹⁵ 特别报告员的八次报告见：《1986年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p. 6, A/CN. 4/416和Add. 1号文件；《1990年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN. 4/425和Add. 1号文件；《1991年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN. 4/440和Add. 1号文件；A/CN. 4/444和Add. 1-3号文件；A/CN. 4/453和Add. 1和Corr. 1-3和Add. 2-3号文件；A/CN. 4/461和Add. 1-2号文件；A/CN. 4/469和Corr. 1(英文本)和Add. 1-2号文件；A/CN. 4/476和Corr. 1(英文本)和Add. 1号文件。委员会1989年第四十一届会议将条款草案第二部分第二章第6和7条(国际不法行为的法律后果)提交起草委员会审议。委员会1990年第四十二届会议将条款草案第二部分第8、9、10条提交起草委员会审议。委员会1992年第四十四届会议将条款草案第11至第14条和第5(之二)条提交起草委员会，以备列入条款草案第二部分。委员会1993年第四十五届会议将条款草案第三部分第1至第6条及所附附件提交起草委员会审议。委员会1995年第四十七届会议将条款草案第一部分第15至20条，和准备列入草案第三部分的新的第7条提交起草委员会审议。第15条至第20条涉及根据条款草案第一部分第19条定为罪行的国际不法行为的法律后果。

¹⁶ 附有评注的第1至第5条(第1款)案文，见《1985年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 24起各页。

¹⁷ 附有评注的第5条第2款和第6条(之二)、第7、第8和第10条以及第10条(之二)案文，《大会正式记录，第四十八届会议，补编第10号》(A/48/10)，第90页和其后各页。

¹⁸ 第11、第13和第14条案文，见《大会正式记录，第四十九届会议，补编第10号》(A/48/10)，脚注362。委员会通过第11条时达成一项谅解，即可能要根据最后通过的第12条案文重行审议第11条(见同上，第352段)。

¹⁹ 同上，第352段。

²⁰ 委员会第四十八届会议工作报告《大会正式记录，第五十一届会议，补编第10号》(A/51/10)，第95至122页。第42条第3款和第47、第48和第51至第53条及其评注见同上，第122页起。

²¹ 委员会根据工作组建议通过的关于二读审议该专题的指导方针见同上，第161段。

40. 委员会 1998 年第五十届会议收到特别报告员克劳福德先生的第一次报告。该报告涉及与草案有关的一般问题，“罪行”与“不法行为责任”的区分，及草案第一部分第 1 至第 15 条。²² 委员会还收到各国政府对委员会一读暂时通过的条款草案提出的评论。²³ 委员会在审议了第 1 至第 15 条之二之后，将这些条款提交起草委员会。

41. 委员会在同届会议上注意到起草委员会关于第 1、3、4、7、8、8 之二、9、10、15、15 之二和 A 条的报告。委员会还注意到删除第 2、6、和第 11 至第 14 条。

42. 委员会 1999 年第五十一届会议收到特别报告员詹姆斯·克劳福德先生的第二次报告。该报告继续进行了 1998 年开始的工作，根据各国政府的评论、国家实践的发展、司法裁决和文献审议条款草案。²⁴ 委员会也收到各国政府对一读暂时通过的条款提交的评论。²⁵ 委员会审议了第 16 条至第 19 条第(1)款，第 20 条至第 26 条之二，第 27 至第 28 条之二，第 29 条之二和第 29 条之三第(1)款，第 31 条至第 33 条和第 35 条。

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

B. 本届会议审议这个专题的情况

44. 委员会本届会议收到各国政府对一读暂时通过的条款草案(A/CN. 4/488 和 Add. 1-3 和 A/CN. 4/492)的评论和意见以及特别报告员詹姆斯·克劳福德先生的第三次报告(A/CN. 4/507 和 Add. 1-3)。²⁸ 该报告继续进行了 1998 年开始的审议条款草案工作，尤其是根据各国政府的评论、国家实践中的发展情况、司法裁决和文献审议第二部分中所载述的条款草案。委员会在 2000 年 5 月 2 日至 5 日举行的第 2613 至 2616 次会议、5 月 16 至 18 日举行的第 2621 至 2623 次会议、6 月 8 至 9 日举行的第 2634 至 2635 次会议以及 2000 年 7 月 21 日至 8 月 8 日举行的第 2644 至 2653 次会议上，审议了本报告。

45. 委员会决定将下列条款草案提交起草委员会：5 月 5 日第 2616 次会议提交第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条；5 月 18 日第 2623 次会议提交第 40 条之二；7 月 11 日第 2637 次会议提交第 43 条和第 44 条；7 月 14 日第 2640 次会议提交第 45 条、45 之二和第 46 条之二；7 月 25 日第 2645 次会议提交第 46 条之三、第 46 条之四、第 46 条之五、第 46 条之六；8 月 1 日第 2649 次会议提交第

²² A/CN. 4/490和Add. 1-2和Add. 2/Rev. 1(仅有法文本)，Add. 2/Corr. 1(仅有阿拉伯文、中文、英文、俄文和西班牙文本)，Add. 3-4和Add. 4/Corr. 1和Add. 5-6。

²³ A/CN. 4/488和Add. 1-3。

²⁴ A/CN. 4/498 和 Add. 1-4。

²⁵ A/CN. 4/488 和 Add. 1-3 和 A/CN. 4/492。

²⁶ 一读通过的 22 条规定必须用尽当地补救办法。特别报告员拟议了这个条款的新案文，列为第 26 条之二。起草委员会决定保留对该条内容的讨论。

²⁷ 起草委员会通过了第 34 条(自卫)，将其列为第 29 条之三。

²⁸ A/CN. 4/507 和 Add. 1、Add. 1/Corr. 1、Add. 1/Corr. 2(只有法文本)、Add. 2、Add. 2/Corr. 1-2、Add. 3、Add. 3/Corr. 1 和 Add. 4。

30 条、第 47 条、第 47 条之二、第 48 条、第 49 条、第 50 条和第 50 条之二；8 月 8 日第 2653 次会议提交第 50 A 条、第 50 B 条、第 51 条和 A/CN.4/507/Add.4 号文件脚注 801 和 810 内所载案文。

46. 委员会 8 月 17 日第 2662 次会议注意到起草委员会关于其暂时通过的整个条款草案的报告 (A/CN.4/L.600)，这些条款草案作为附录列于本章之后。

1. 特别报告员介绍与条款草案有关的一般问题

(a) 完成二读的计划

47. 特别报告员重申了他在第三次报告第 3 和 4 段中说过的、打算在 2001 年完成本条款草案二读的承诺。他建议按照下列计划实现这项极具雄心、但却可行的目标：起草委员会应该搁置解决争端问题，而在本届会议终了时拟定本条款草案的整套案文；这将使委员会能够在下届参照各国政府可能提出的进一步的意见，审议并通过全部案文和评注。

(b) 与第一部分有关的未决问题

48. 第三次报告第 2 和 3 段中已经指明，在就涉及第二部分的下列方面作出决定以前不可能解决四个未决问题：违背对整个国际社会承担的义务时的国家责任(第 19 条)；拟订关于用尽当地补救办法(第 22 条)和关于反措施(第 30 条)的条文；可能增添一个条文，规定不履行义务作为解除不法性情况的例外情况。此外，第一部分载有在第二部分中重复了几次的内容，例如第 42 条第 4 款，这种重复没有必要，反而令人怀疑第一部分中所载述的原则能否按照假设的情况，也适用于第二部分。

(c) 与一读通过的第二部分有关的一般考虑因素

(一) 第二部分的范围与第一部分的范围比较

49. 一般说来，特别报告员促请注意第一部分和第二部分之间的断裂情况，因为第一部分涉及一些国家违背义务，而第二部分——尤其是第 40 条——则涉及一些国家对违背国际法情事的反应。例如，第一部分中所载述的义务可能是对国际组织或个人承担的义务——第二部分中并没有处理由国家以外的个人援引违背义务情事。因此，他将拟议一个保留条款，说明第二部分不妨碍国家以外的任何个人或实体由于某国犯下国际不法行为而得到的任何权利。

(二) 标题

50. 第二部分目前的标题还没有达到包罗全面或不言而喻的要求，可以改用比较直截的措词：“一国国际不法行为的法律后果”，这样措词符合国家责任是违背义务引起的次级法律后果这一传统观点。

(三) 条款草案的拟订

51. 该报告的第 7(2) 和 (3) 段中讨论过：今后的起草工作应该审查第二部分中所载、规定了绝对权利并且使用了“适当情况下”这一限制语的难以援用的案文。有些政府从各种法律传统的角度批评这些条文不是太刻板、就是含义模糊到缺乏内容的程度。但是，由于某一条款不够详细明确，在某些情况下，象“适当情况下”一类的限制可能还是有其必要的。

(d) 条款草案余下部分的结构的订正建议

52. 特别报告员提请讨论第 10 段中所载列、为条款草案余下实质部分提出的经订正的结构，以解决与第 40 条有关的一些问题，并且促进讨论。

53. 第二部分第一章应该保留它目前的标题，并且至少应该包括涉及一般原则的三个条文：第 36 条——关于国际不法行为必需产生法律后果的概括性引言条款；第 36 条之二——停止的一般原则；和第 37 条之二——赔偿的一般原则。此外，条款草案应该在第 40 条之二中载述“受害国”一词的定义，但也可以把这个定义放置在条款草案的其他地方。是否需要第 38 条并不明确，但是为了讨论的目的，已经予以载列。

54. 第二章将载述三种赔偿方式，即：恢复原状、补偿和抵偿（不一定要指明随后可能在三者之间作出选择的方式）、利息、和受害国促成的过错的后果、以及参照辩论情况可能认为适当的任何其他规定。

55. 特别报告员提议增添一个题为“国家责任的履行”的第二部分新案文，以区分国际不法行为责任国的法律后果和违背义务行为的主要受害国（在某些情况下则为另一些国家）对这些后果的援引；并且消除第 40 条所引起的混淆。第二部分之二可能包括一些条文载述谁有权援引责任的一般性问题，目前载于第 40 条中的有关案文根本解决不了问题；援引责任之权利的丧失，类比于援引根据《维也纳条约法公约》²⁹ 终止或中止某一条约之理由的权利的丧失；作为援引责任而不是赔偿的一种形式规定反措施，因为反措施用于对付不肯承认其责任从而停止其不法行为的某一国家；以及第 19 条中所载述的关于援引对整个国际社会的责任问题。

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

57. 特别报告员也建议载列关于一般条款的第四部分，以便包括特别法条款和其他规定。

2. 一般问题辩论概况

58. 特别报告员的第三次报告受到赞扬，它不仅丰富了委员会的工作，也丰富了一般国际法，表现在：针对这个极其棘手的议题确定了一些起限定作用的因素，并且查明了一些问题。

²⁹ 《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页。

(a) 完成二读的计划

59. 对特别报告员提议的完成条款草案二读计划，表示支持。但是，据指出，委员会搁置了涉及第一部分的有待进一步研讨的一些问题，例如：违背普遍义务的国家责任以及有关条款与一读通过的第19条的关系。据说，1996年一读通过的第二部分条款草案不曾象第一部分那样得到足够仔细的审议。据认为，违背多边义务问题尤其应该得到深入的讨论。有人指出，大会第五十五届会议将给委员会一个最后的机会从第六委员会得到对反措施和解决争端等问题的反馈意见。

(b) 初级规则与次级规则的区分

60. 关于报告第50段，有人认为，初级和次级规则的区分不成问题，因为规范在一定背景中的功能决定了它是否具有初级或次级的性质。反之，也有人认为，初级和次级规则之间的区分从知性上说，是具有诱惑力，但是相当牵强，不易维持，在实际上不易适用，有时候起不了作用。但是，即使在某些情况下这个区分显得牵强，也没有必要过度详细探讨这个问题，对于一般事项来说，它是起作用的，长久以来它一直是赖以进行整个起草工作的柱基。特别报告员也认为：虽然许多次级规则会受到初级规则的影响，却不应该放弃对初级规则和次级规则的区分，在适当情况下，必须在评注和其他地方，把这一点说清楚。

(c) 国家责任规则的自反性质

61. 有人表示赞成特别报告员的报告第7段中为国家责任规则所定的性质。但是，也有人认为，如果第一部分中所指、可以解除不法性的情况是为了适用于第二部分中所载述的义务，那就有必要在本条款草案中明文载述。另一些人认为，最好不要对这个问题作出规定，而把它归入习惯国际法的范围就行了。虽然认识到第一部分和第二部分之间的关系，却必须避免根据自反概念作出不成熟的结论。特别报告员注意到人们认为自反性质未可确定，认为应由起草委员会进一步加以审议，以决定某些条款的去留。

(d) 条款草案的范围

62. 有人认为，应将条款草案的范围扩大到包括国家责任的所有情况，而不仅限于国家之间的情况，因为在说明国际不法行为的后果时，必定要考虑到在国际法范围内受到伤害的国家、国际组织、其他实体或个人的立场。有人认为，虽然目前对第36条第1款的措词方式包括了所有国际义务，却可以在研讨另一些实体和报道要求和国内法律论坛等国家责任以外的履行程序时，将这种事项列为初级义务，因此有人对拟议的保留条款表示支持。也有人认为，不应该在条款草案中编纂国际责任的全部法律，因为国际责任的法律还没有得到充分的发展，所以没有理由这么做。目前的工作目标是拟订一般条款，为国际责任法律的新枝干厚植基础，将来才根据这个领域的实践情况拟订详细案文并辩明一些细微的差别。

(e) 与第二部分有关的一般考虑因素

(一) 详细和明确的适当程度

63. 有一种意见认为，由于第二部分忽略了赔偿的技术问题，必须在第二章和其他地方载列比较具体和详细的条文，对赔偿的方式和模式作出规定，尤其是对消极损害(丧失的利益)给予赔偿和计算数额及可能的利息的方法作出规定。草案中没有处理这些问题，各国必须知道支付利息的时日以及据以计算利息的一般准则。反之，有人则认为，从理论和实践上说，涉及补救办法——补偿、恢复原状、损害的遥远性——的原则都必须由初级规则加以确定，委员会必须审慎，不要使拟订出来的案文看来象是一般规则，而实际上只载列了一些备选补救办法。换言之，委员会应该避免就这个专题从事过度的拟订工作。据认为，委员会务必在对赔偿拟订详细规则的两个着手方式中找到一个中间路线，同时考虑到规则拟订得越是详细，会完全按照这些规则赔偿的可能性就越小，因此，赔偿规则必须有一些灵活性，主要因为国家责任案件通常是通过谈判、而不是由国际法院由法庭加以处理的。特别报告员解释说，他已经在其报告涉及赔偿的第二部分中处理过这个详细规定的议题，因为那是最明显地发生这个问题的地方。鉴于对这个问题有不同的意见，他请委员会提供指导：告诉他应不应该就赔偿数额和利息的计算拟订详细规则；这些问题具有技术性质，将因具体情况而异。他将另外提出关于利息的一条，因为利息与赔偿有别，但是，他暂时认为，两条都应该具有相当程度的概括性质。这是一个应由委员会在适当时候决定还要详细到何种程度的事项。

(二) 标题

64. 有些委员会虽然与特别报告员一样认为需要拟订第二部分的标题，却认为：拟议的新标题还不能令人完全满意，因为它没有反映第二部分中所载条文的内容，也没有能够同第二部分之二区别开来。为第二部分的标题提出的建议包括：“赔偿和履行的义务”，“国际责任的法律后果”，或采取“所涉法律问题”而不是“后果”的提法。但是，有人认为“国际责任所涉法律问题”这一备选标题不合适，因为责任是国际不法行为的直接法律后果，这个标题并不能解决第二部分和第二部分之二的关系问题。特别报告员同意：第二部分的标题包括了应予纳入第二部分之二的一些问题。令他感到高兴的是：大家显然都认为需要区分来源于国际不法行为的后果和加以援引的情况。委员会必须在稍后阶段审议是否应将有关条款列为两个单独的部分或同一部分中的两章。

(三) 条款草案的拟订

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

(f) 条款草案的结构

66. 特别报告员在报告第 10 段中拟议的新结构获得了普遍的支持。

67. 有人认为,关于数个国家的规则可以分为:数个行为国的义务可在第二章(一国国际不法行为的法律后果)中处理,数个受害国的权利则可在第二章之二(国家责任的履行)中处理。另一种做法是:所有关于数个国家的规则可列入单独的一章。

68. 有人支持特别报告员的提议:列入一个第二部分之二,把关于反措施的条款从第二部分移到第二部分之二,因为反措施涉及责任的履行,而不涉及国际责任的内容或形式。据认为,根据特别报告员阿戈先生原先对第二部分之二的概念,应该载列一些关于外交保护的条款,但由于外交保护已经被当作一个单独的专题处理,现在已经不能列入这些条款了。但是,委员会已促请特别报告员在第二部分之二的第一章中列入一个关于外交保护的“不妨碍”条款。反之,有人认为,一旦审议了实质性条款,就必须重新审议是否需要载列一个第二部分和一个第二部分之二的的问题了。

69. 有人支持特别报告员关于暂时搁置第三部分的建议。据认为,条款草案的形式和平解决争端之间的联系已经明确地载于报告第6段。据认为,最有害的作法是使有关国家责任的实质性规则的履行取决于各国会接受强制性争端解决程序这一高度假设情况,一读通过的反措施也属于这样的情况。反之,有人认为,案文所能采取的唯一形式是作为一项国际公约提出,明确要求建立一个普遍和全面的制度,以解决对整个条款草案的解释或适用所引起的任何争端。但是,如果这种系统的采用的确有困难,就必须回复采用建立一个争端解决程序的构想,至少解决会引起反措施的争端。

70. 也有人支持特别报告员的建议开辟一个载述一般条款的第四部分。特别报告员正确地提议开辟一个一般部分以载列共同的“不妨碍”条款、除了责任定义以外的任何定义,以及涉及条款草案中一个部分以上内容的所有条款。但是,也有人认为,需要对列入新的第四部分的内容进行比较详细的分。

3. 特别报告员对一般问题辩论的总结

71. 在区分初级规则和次级规则方面所遇到的困难是一些委员会提到过的问题,他认为,对于这个问题来说,委员会除了遵守原先的决定并且维持这种区分以外,别无选择。

72. 他指出,已经普遍议定拟订第二部分的战略——至少议定了其中所载以责任国的义务为着眼点的后果,认为有必要在几个部分中、或至少在同一个部分的几章中处理这些义务和其他国家对这些义务的援引。目前的条款,即使经过重新安排,其实质和另一些内容也会被保留下来,例如前任特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生所提议的关于利息的一个条文,这一点也已经明显了。

73. 关于国家以外的实体援引一国责任的可能性,他强调说,第一部分中拟订的责任概念考虑到了这样的可能性。显然,国家对国家以外的实体的责任是国家责任领域的一部分。委员会并不是因此就必须处理这些问题:它不应该这样做是基于与国家责任领域无关的一些理由,不过,有必要清楚地说明它没有这样做,是为了解释第一部分的内容与其他各部分的内容之间的差异。这并不是在拟议的第40条之二第3款中载列保留条款的宗旨。没有必要逾越目前拟议的范围。

4. 特别报告员介绍第二部分:一国国际不法行为的法律后果

第一章 一般原则

(a) 关于国际责任的内容的引言条款(第 36 条)

74. 特别报告员指出,没有任何政府怀疑在第 36 条第 1 款载列国家的国际责任引言条款的必要性。³⁰

(b) 停止的一般原则(第 36 条之二)

75. 特别报告员提请委员会注意涉及停止的一般原则的已经在第 36 条第 2 款和第 41 条中加以处理的两个问题。首先,停止的义务是违背了初级义务的结果,如果初级义务不再存在,停止的义务也就不存在了。例如,在援引对双边条约的实质违背作为要求终止的理由的情况下,就不会发生停止问题。这个重要的论点必须以保留条款的形式加以表述。其次,虽然各国没有对停止(第 41 条)提出批评,有些作者认为,停止是初级义务的结果,而不是某一违背义务行为的次级结果,因此不属于本草案的范围。按照在报告第 50 段中所作的解释,特别报告员认为,本草案应该处理停止的概念,因为它只是作为违背义务的结果在事后发生;它同反措施等其次级结果相联系;它是大多数国家责任情况的首要关注事项,这一点可以从例如旨在停止不法行为并恢复被违背义务行为破坏了的法律关系的声明的重要性得到说明。

76. 特别报告员拟议以第 36 条之二的订正条文³¹处理停止的一般原则,其中考虑到:只有当初级义务持续存在时才引起停止问题,在拟订的关于义务的案文中提到保留在条款草案第一部分中的持续不法行为概念。从摆放的位置来看,按理应该把停止的一般原则摆在赔偿之前,因为在一些情况下,会提请责任国注意违反行为,责任国应立即停止该行为,而这一事件就此了结。

(c) 承诺和保证不重复(第 36 条之二续)

77. 特别报告员提请注意国际不法行为的双重后果:面向未来的停止与承诺和保证不重复后果——假设被违反的义务持续存在,和面向过去的后果——以赔偿消除违反行为所造成的损害。对这一问题的

³⁰ 特别报告员拟议的第 36 条案文如下:

第 36 条

国际责任的内容

一国实行的国际不法行为依照第一部分的规定引起的国际责任,产生本部分所列的法律后果。

A/CN.4/507, 第 51 页。特别报告员对本条的分析见该文件第 17-18 段。

³¹ 特别报告员拟议的第 36 条之二案文如下:

第 36 条之二

停 止

1. 本条款草案所规定的国际不法行为法律后果不影响有关国家继续履行国际义务的责任。
2. 犯下国际不法行为的国家有义务:
 - (a) 在从事一项持续性不法行为时,立即停止该行为;
 - (b) 提供不再犯此行为的适当承诺和保证。

A/CN.4/507, 第 51 页。特别报告员对本条的分析见该文件第 44-52 段。

连贯作法意味着：承诺和保证不重复与停止应该作为两项条件并列在同一个条文中，以确保恢复违反行为所损害的法律关系：首先，停止违反行为，其次，提供不再犯此行为的适当承诺和保证。特别报告员注意到充分的保证在不同的情况下，可能进行非常严格的安排，也可能只是承诺或保证，他认为除了使用有些不精确的“适当”这一用语和载列“提供不再犯此行为的适当承诺和保证”的措词以提供必要的灵活性以外，别无他法。

(d) 赔偿的一般原则(第 37 条之二和第 42 条第 3 和第 4 款)

78. 特别报告员提请注意目前草案的两个问题。首先，在整个条款草案中，赔偿的一般原则是作为受害国的权利加以拟订的，但是受害国的概念却摆在逻辑构造的中间位置而不是按照法国的建议摆在开头位置或按照前途特别报告员阿戈先生的建议摆在后头，并没有提出这样做的理由。换言之，条款草案案文有时是从责任国的角度措词、有时则从受害国的角度表述。其次，确定一受害国的权利意味着该受害国是唯一有关的国家，实际上，这种作法是通过将权利明确归于个别国家而把多边法律关系“双边化”了。以这种作法处理对若干国家或整个国际社会承担的义务，是无法令人接受的。特别报告员提议处理这两个问题的方式是将赔偿的一般原则表述为犯下国际不法行为的国家对该行为的后果提供适当赔偿的义务，并在第二部分的后面几章或第二部分之二处理谁可以援引该国的义务和应以何种方式援引这项义务的问题。

79. 此外，特别报告员提请注意第 42 条第 1 款对受害国权利的现有措词方式在实施赔偿的一般原则时会发生的三个问题。首先，特别报告员认为，虽然有同时存在的原因，一国还是应该其行为的直接或最近的后果负责，因此不同意第 42 条评注在这方面的表述。他提议为此目的而在条款草案中使用简单的措词方式，同时考虑到远期的或间接的损害问题只能对具体事实适用具体的规则加以解决，不同的法律体系对这个问题的处理方式会有不同的作法。其次，特别报告员指出，第 42 条第 3 款已经受到一些政府的强烈批评。Chorzow Factory 案³²中所阐述的基本原则是：责任国应为其不法行为的后果提供赔偿，如果这个措词方式意味着任何“直接和不太遥远的”因果关系，根本不必担心这样做的必要条件会使得该国丧失维持生存的手段。可能采取的赔偿方式，其时间选择和形式问题很可能受到责任国的态度的影响。此外，在俄罗斯赔偿案³³那种极端事例中，一国在有能力支付赔款之前，可能必须延缓支付。但是，除了在第一次世界大战终了时出现赔款不兑现的事例以外，并没有要求作出此类限制的任何历史纪录。基于这种理由，他提议删除第 42 条第 3 款，而在第二章中处理具体赔偿形式所涉及的问题。第三，特别报告员提议删除第 42 条第 4 款，因为该原则已经载述于第 4 条中。因此他建议把第 37 条之二中所载述的这个赔偿原则纳入第二部分第一章。³⁴

³² 《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 9 号(1927 年)。

³³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十一卷，第 431 页(1912 年)。

³⁴ 特别报告员拟议的第 37 条之二的案文如下：

第 37 条之二

赔 偿

1. 犯下国际不法行为的国家有义务就该行为产生的后果作出充分赔偿。

(e) 习惯国际法中的其他法律后果(第 38 条)

80. 特别报告员基于两点理由对拟订第 38 条³⁵的必要性，表示怀疑。首先，特别法原则已规定应由条约法或习惯国际法的特定原则制约特定违法情事的后果。其次，委员会还没有按照国际法确定第二部分未列述的违法行为的其他一般后果。评注中确定了不法行为的两种后果，但是没有任何一种后果与责任问题相关。如果委员会能够在国家责任范围内指明其他后果，那么，它就应该试图指明这些后果是什么。保留第 38 条的唯一情况是不法行为不得产生权利这一格言中的一般法律原则，它认为，一国犯下国际不法行为时，它无法依赖该行为脱离该特定情况。法院在 Gabcikovo-Nagymaros³⁶ 案中引证了这项原则来描述终止条约情况下、而不是责任范畴中的特定后果，但是，人们认为在特定情况下会引起法律义务，这是因为不法行为不得产生权利原则在起作用所致。

81. 从摆放的位置上说，特别报告员认为，第 38 条若予以保留，则应该留在第二部分，因为它涉及一违法行为的其他后果，第 37 和第 39 条中的保留条款则可摆放在载列一般性规定的第四部分。

5. 第二部分辩论概况

第一章 一般原则

(a) 关于国际责任的内容的引言条款(第 36 条)

82. 重新拟议的第 36 条案文得到广泛的支持，委员们认为该案文正确地提到了需要承担法律后果的国际责任。但是，也有人认为，第 36 条的案文引起了与第二部分标题同样的困难，因为第二部分之二也载述了国际不法行为的后果。也有人对第 36 条的标题不满意，认为这个标题没有体现出该条本身的内容。也有人提议：在法文本中，将“*est engagée par un fait* (…行为…，产生…)”改为“*est engagée à raison d'un fait* (…行为…，引起…)”，因为一国的责任不可能从该行为本身产生。

2. 充分赔偿应以下条款的规定，单独地或合并地以恢复原状、赔偿和满足方式，消除国际不法行为的后果。

A/CN.4/507，第 51 页。特别报告员对本条的分析见该文件第 23-43 段。

³⁵ 特别报告员拟议的第 38 条案文如下：

第 38 条

国际不法行为的其他后果

对于本部分条款未列述的国家国际不法行为的法律后果，应继续适用国际法可适用的规则。

A/CN.4/507，第 54 页。特别报告员对本条的分析见该文件第 60-65 段。

³⁶ Gabcikovo-Nagymaros 工程项目案，《1997 年国际法院报告书》，第 7 页。

(b) 停止的一般原则(第 36 条之二)

83. 特别报告员拟议的第 36 条之二，尤其是在其报告第 50 段中所描述的理由，得到了支持。以单一条文将有关停止的概念同承诺和保证不重复的概念连结起来的措词方式，也得到了支持。但是，也有人认为这三个概念虽然在某些方面相类似，是互相区别的，所以应该以单独的条文加以处理。

84. 据认为，拟议的第 36 条之二新案文的标题应该定为“停止和不重复”，因为停止和承诺或保证不重复是两个不同的概念。也有人认为第 36 条之二的标题不能令人满意，因为它没有指明被违背的义务继续有效。

85. 对于第 1 款，有人认为必须重申初级国际义务，虽然受到违背，却继续有效，当事国必须予以履行。

86. 对于第 2 款 (a) 项，有人认为，应该根据法国在报告第 52 段拟议的关于第 36 条的方针，强调对初级义务的联系，而不要强调不法行为后果的持续状态。也有人认为，案文应该避免提到“持续性不法行为的停止”，因为不仅持续性不法行为本身的概念不容易明确界定和使用，就是在有一系列瞬间行为发生的情况下，停止的义务仍然适用。特别报告员同意：这个概念并不光是与持续性不法行为有联系，因为可能会发现有一组个别违背行为构成了某种型态，这些个别违背行为本身并非持续性，但所构成的型态却属于持续性。在此情况下，也应要求停止这种型态的行为，并且在可能范围内要求承诺和保证不重复。

(c) 承诺和保证不重复(第 36 条之二续)

87. 有人支持载列一项关于责任的规定，以便在条款草案中提供承诺和保证，因为在某些情况下，的确存在着某种重复形态的真正危险，而一些国家不能老是道歉了事。由于认识到他们不可能每次都这样做，有人认为，必须以适当方式作出承诺和保证不重复。例如，在以武力犯下不法行为的情况下，特别有必要作出不重复的保证让不法行为的受害国消除疑虑。从法律观点看来，这种保证应该是对已被违背的原先承诺重新作出的保证。据指出，这种保证可以采取若干形式，例如向法院提交一份也许会、也可能不会被列入法院裁决中的声明，或者发表一份不一定要在诉讼过程中宣布的外交声明。据认为，报告论证了国家实践中的合理依据，从而在第 36 条之二中载列承诺和保证不重复的规定。也促请注意第二次世界大战以后签订的和平条约中所载述的若干措施以及世界贸易组织小组晚近关于《1974 年美国贸易法》301 条款的决定。

88. 另一些委员对保留以适当方式承诺和保证不重复条款的必要性，表示怀疑。虽然认识到，在日常外交实践中，政府往往提供这样的保证，人们对于是否能够把作出政治或道德承诺提出的那种声明视为责任的法律后果，还是认为不无可疑。因此，有人认为，这项规定没有任何法律意义，可予删除。有些委员也认为，国家实践的情况并不支持以具体的法律案文体现这个概念。有人认为，法院从来不曾有任何案例中给过不重复的承诺和保证。承诺和保证不重复在目前国家实践中的实际位置受到了质疑，因为这种作法似乎是从十九世纪外交中直接沿袭下来的。

89. 特别报告员说，十九世纪有过以强制性规定要求提供坚实保证和承诺并且加以强制执行的实例。但是，也有以向法庭表述的声明提供承诺和保证、以及在不受强制的情况下要求承诺和保证的现代实例。此外，即使是批评这种概念的人也承认，国家实践中常常有提供承诺和保证的情事，例如，派出国要求接受国保证外交馆舍的安全。

90. 有人认为，在国内法要求国家机关以违反国际法的方式行事的情况下，违反国际法的，是对该法的适用、而不是该法本身。承诺和保证不重复可能构成责成一国使其行为符合国际法的手段，例如，废除或修改有关法律。但是，也有人指出，法律的制定可能形成国家责任，例如，组织灭绝种族的法律，或授权警察施行酷刑的法律。也有人认为，在一国法律及其适用导致虽然不是持续性的、却是经常发生的严重违背义务行为的情况下，承诺和保证不重复有其必要。特别报告员说，这是一个非常棘手的问题，因为它涉及国际法和国内法之间的关系。一般而言，只是在国内法中存在着可能在某些情况下产生违背义务行为的规定，这个事实本身并不违反国际法，一个原因是此种规定的实际执行方式有可能使其与国际法相符。

91. 对于第 2 款(b)项的案文，据认为，承诺和保证不重复的适当性和适用性在很大程度上随着特定情况而变化，因此，这项规定的措词必须具有灵活性，并且使用概括性的用语。也有人表示造成按照捷克共和国在第六委员会中的拟议，将“在适当情况下”改为“在必要情况下”，来确认对这项规定的有限度适用。也有人指出，承诺和保证不重复应该考虑到两个起限制作用的因素：违背义务行为的严重性和重复的可能性。特别报告员赞同采取这样的立场：应该澄清承诺和保证不重复的概念并且在评注中提到违背行为的严重性和重复的可能性问题。

(d) 赔偿的一般原则(第 37 条之二和第 42 条第 3 和第 4 款)

92. 有人表示支持特别报告员拟议的第 37 条之二。

93. 有人认为，赔偿问题涉及的不法行为的意图，因为一国犯下国际不法行为与犯下纯粹疏忽的行为不应该招致同样程度的责任。有人表示赞成在第 37 条之二中考虑到意图的因素。

94. 关于第 1 款，有人认为，在第二部分提到关于国际不法行为的后果的条款草案是不合逻辑的；此一后果就是责任本身。第二部分所处理的是责任所引起的后果。据认为，该款应该按照“国际不法行为的责任国有义务为该行为的后果提供充分的赔偿”的原则重新拟订。也有人认为，该内容应为：“国际不法行为的责任国有义务为它所犯下的国际不法行为的后果提供充分赔偿”。

95. 有人认为，基于下列理由，在第 1 款中提到“充分赔偿”是有问题的：其目的并不是要求充分赔偿，而是要求尽量赔偿以便对不法行为的后果进行补救；只有在能够对损害进行定量的直截的商业合同中才有可能充分赔偿；提供赔偿的要求可能由于在实际情况中受害方无法采取适当措施以减轻损害而受到修改，Zafiro 案便发生这样的情况；³⁷ 必须考虑到责任国的付款能力，务必不要使一国沦落到贫困不堪的境地。在针对如果不采取缓解措施就应该减少赔偿的概念作出反应时，有人认为，事实上，采取缓解措施可以减少损害，赔偿也会因而减少。还有人指出，在某种案件中很难对赔偿进行定量的事实并不意味着一些规则无效。也有人认为，放弃充分赔偿概念并不明智，因为这个概念并没有受到政府的批评，委员会应该较少地集中注意不法行为国处境，而更多地注意一国由于另一国的不法行为所受到的损害。

96. 第 37 条之二中“该行为所产生的…”等语被解释为意图在一行为和损害或伤害之间提出因果关系，并没实际提及损害或伤害。但是，有人认为“产生的”一语有些含糊，主张把它改为“就该不法行为的所有后果提供赔偿”。

³⁷ D. Earnshaw 等人(大不列颠)诉美国案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第六卷，第 160 页。

97. 有人认为，赔偿的义务没有扩大适用于违背义务行为所产生的间接的或远期的结果，而仅适用于直接或间接产生的结果。有人还指出，通常在行为和损害之间必须有充分因果关系的要求应该适用于赔偿和赔偿。同样，有人认为，应该只针对违背义务行为的直接或间接的后果给予充分赔偿，而不是所有的后果。对于损害的直接性质来说，尽管原因可能不是直接的原因，但因果关系，或“可传递性”，却必须是直接并且不间断的。有人认为，委员会迟早必须对因果关系进行全面的研究。特别报告员指出，“远期损害”概念的适用取决于特定的法律情况和事实本身。他也指出，委员会一致认为需要在第 37 条之二体现直接性或接近性。

98. 对于第 2 款，大家对是否应该对其中所载的赔偿方式确定一个优先次序，持有不同的意见。有些委员表示，他们对草案中把恢复原状放在与其他赔偿形式——即补偿和抵偿——同样的高度感到关切。有人提请注意 *Chorzow Factory* 案以恢复原状为最佳赔偿手段而给予优先地位，这是因为它将尽可能恢复违背义务行为发生之前的情况。反之，有人认为，恢复原状不是不法行为的普遍后果，而是一项备选补救办法，其适用性应取决于一些初级规则——即确切的法律情况，由它决定适当的补救办法是补偿还是恢复原状。特别报告员第 37 条之二对于补偿或恢复原状的选择是中立的，而第 43 条目前的案文则规定恢复原状是主要的补救办法。他将在处理第 43 条的时候再回头处理这个问题。

99. 对于第 2 款，有人表示关切地指出，虽然充分赔偿可能消除国际不法行为的法律后果，它的实质或实际后果却可能持续存在，因为赔偿并不是在每一个情况下都寻求消除该行为的后果，有时候却是意图为这些后果提供补偿。因此，有人认为，应该修改“消除…的后果”的措词方式。但是，有人认为将“消除”改为不同措词方式的拟议不能令人满意，因为它是消除不法行为的后果而不是该行为本身的问题，行为本身显然是无法抹灭的，新的措词方式将不再传达原来的含义。

100. 委员们对涉及第 37 条之二中所载赔偿方面，是否应该保留第 42 条第 3 款的规定——赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段，有不同的意见，有些委员主张保留这项规定，认为它对发展中国家至关重要。据指出，第 37 条之二没有包括第 42 条第 3 款的规定，有些政府反对这样做，因为一些国家可能加以滥用，以逃避其法律义务，从而减损充分赔偿的原则。但是，据认为，这项规定在国际法上具有其效力，有人提请注意第一次世界大战以后向德国要求战争赔偿案件对 1951 年日本与同盟国之间和平条约的影响。也有人提请注意关于对维持其生活所需要的附属物品免于限制措施的国家立法。据认为，这个问题可按照报告第 41 段中的建议，凭借解除不法性的情况予以解决。也有人指出，1955 年奥地利国家条约载列了保护生存手段的一项类似的规定。有人提出所引述的涉及日本的情况是否可以列入关于危急情况的第 33 条的问题。但是，有人认为第 33 条不够充分，因为它处理了解除行为不法性的问题，而第 42 条第 3 款处理的不是不法性、而是涉及宽免债务和在冲突过后重新缔造和平的人道主义问题。据认为，这项规定不能适用于充分赔偿，但可能适用于补偿。也有人认为，这个问题应该在涉及反措施方面重新考虑。

101. 特别报告员并不认为这项规定属于危急情况或危难的范围，因为危急情况或危难是延缓补偿付款的依据，但不是取消义务的依据。1951 年对日条约的情况是同盟国基于若干原因——包括理解到一战终了时造成了可怕的错误，决定不坚持要求任何赔偿。在某种意义上，这是一种慷慨的表现，从那时以来已经得到千倍偿付。但是，它也表明了如果坚持要求赔偿只能使必须支付赔偿的国家陷于贫困的境地，这种要求也就不切实际了。这种极端情况引起了不是凭借解除不法性的情况加以处理的问题。委员会面临的这个问题是：第 42 条第 3 款中来源于各项人权公约的措词方式是用于表示极端情况下的关注事项。另一方面，世界上各地区的一些政府已经批评那种措词方式会引起滥用。委员会承认在反措施及其他情况乃至赔偿数额方面，滥用问题可能发生，不可能完全以一项直接性的规定加以涵盖。起草委员会也同意：委员会应该在研讨反措施的时候，审查第 42 条第 3 款中提到的限制。

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

(e) 习惯国际法中的其他法律后果(第 38 条)

103. 有些委员会认为应该保留第 38 条。据认为, 它的范围不应该限于习惯国际法规则, 因为来自其他来源的规则可能也是恰当确切的。但是, 另一些委员也同特别报告员一样认为: 第 38 条并没有增加任何实质内容, 因此可予删除。

104. 出现了同这项规定有关的一些建议。据建议: 可以将标题中的“各种后果”改为“其他后果”来加以改进, 因为即使是以前提到的后果也属于“各种后果”的范围。也有人建议对案文重新采取正面表述方式, 以实例说明还没有处理的一些法律后果, 而不意图涵盖习惯法中所规定的一切后果和载列一个保留条款来包含可能被忽略的一切事项。此外, 有人建议, 这种保留条款可以参照《维也纳条约法公约》第 73 条的模式或者在评注中提到这一条。还有人认为, 可以在第四部分或在处理特别涉及不法行为后果的法律规则(特别法)的某些部分中提到不属于国家责任法律范围的后果—例如实质上遭受违反的终止条约权或不具有领土占有所蕴含之特权的某一国家武装占领某一领土的情况。此外, 也有人认为, 第 38 条和第 37 条的内容(特别法)应该合并为一项规定。

105. 有些委员对将第 38 条放置在第二部分因而限制其适用的作法, 提出质疑。对于这一点也有人提出一些建议, 其中包括: 在第 38 条中提到第一和第二部分; 把它放置在一般规定部分以指明它对整个条款草案的适用性; 或象其他公约那样, 把它放置在序言部分。对于把这项规定放在序言部分的建议有不同的意见, 因为有人担心条款草案不会采取公约的形式, 这样一条规定可能引起涉及一些条文的问题。

106. 特别报告员说, 看来委员们普遍赞成以某种形式保留第 38 条。这是个应由起草委员会决定是否把它放在第二或第四部分的问题。

6. 特别报告员对第一章的总结

107. 特别报告员总结第 36 条、第 36 条之二、第 37 条之二和第 38 条的辩论情况, 指出: 委员会就许多问题取得了良好的进展, 不过, 还有一些未决问题, 将在审议报告其他事项时对这些问题作出最后决定。

108. 特别报告员谈到他所拟议的各个条文时说, 已经对第二部分和许多条文的标题进行了有用的辩论。目前应由起草委员会审议针对形式提出的一切建议。看来, 委员们似乎普遍同意将四个条文提交起草委员会, 并且应该把这四个条文保留在草案中的某些位置。在这一点上, 他认为有必要参照起草委员会作出的建议, 把第 38 条保留在第四部分或序言部分。

109. 同样地, 委员们普遍认为, 第 36 条之二和第 37 条之二应该分别载列关于停止和赔偿的一般原则声明, 以便在第一章中确立平衡。已经就形式提出了一些有用的意见, 包括针对第 36 条之二强调, 停止问题—尤其是承诺和保证不重复, 不只会持续性不法行为的情况中发生, 也会在被理解为可能持续发生的一系列行为的情况中发生, 不过, 每一次都应该被视为个别情况。起草委员会应该决定是否需要在第 2 款(a)项中提到持续性不法行为。

110. 由于第 2 款(b)项涉及承诺和保证不重复, 条文的标题“停止”或许应该修改。委员们对是否保留该项表示了不同的意见; 但是, 辩论情况显示: 委员们多半主张予以保留。应该考虑到: 没有任

何政府拟议删除一读通过的第 46 条：“承诺和保证不重复”，不过，已经有人提议把它移到别的位置。有人说似乎没有过由法院下令承诺和保证不重复的实例，特别报告员答复说这种实例的确极少，不过，这种做法在外交实践中是常有的事。但是，他说，Rainbow Warrior 案³⁸的裁决书载述可以认定属于承诺和保证不重复类的一些内容。前面说过，本条款草案基本上是在国家间关系领域中运作，不过，如果不能以外交方式解决问题，法院最终可能需要适用本条款草案。当然，承诺和保证不重复常常由政府违背某一义务以后作出，而不只是在持续违背义务以后才作出。起草委员会不妨重新拟订该项的案文，采纳第三次报告中提到的捷克共和国提案，在可能范围内提及不法行为的严重性和重复发生不法行为的可能性，并且引用一读通过的对应条文。

111. 第 37 条之二主要在涉及“充分赔偿”的方面，引起一些难题。这一用语受到质疑。由于这一用语曾经出现在该原先的案文中并且不曾受到政府的值得注意的批评，最好把它保留下来。但是，应该考虑到有一个需要平衡的问题。对保留这项规定提出质疑的意见几乎集中在责任国的关注事项，但是，已经有人指出，委员会也必须考虑到国际不法行为受害国的关注事项。当然，在极端的情况下，责任国可能由于充分赔偿的要求而陷于贫困的境地。因此，需要拟订防护措施以处理这种情况，但不得妨害充分赔偿的原则。对于第 37 条之二第 2 款中所载的“消除…后果”的措词方式，已经有人正确地指出：要完全消除国际不法行为的后果是办不到的。此外，国际常设法院已经在 Chorzow Factory 案的判决书中指出：赔偿应该“尽可能消除”不法行为的后果。起草委员会可能需要审议是否按照目前的方式使用“充分赔偿”这一用语或者应该在评注中加以处理的问题。

112. 委员们已经普遍同意赔偿概念隐含了因果关系的概念，因此应该予以表明。起草委员会也需要决定这个概念是否在第 37 条之二第 1 款中得到正确表述的问题。

113. 对于保留第 38 条，已经有相当强烈的共识，但是，对于它在案文中的确切位置，还有一些分歧的意见。起草委员会不妨考虑是否把它列入拟议的第四部分。

7. 特别报告员介绍一国援引另一国责任的权利(第 40 条之二)

114. 特别报告员说，第 40 条在若干方面引起困难。在有若干受害国的情况下，它未能确认每一受害国要求停止的权利，也没有区分受害国要求停止和赔偿的权利，这些受害国在物质或其他方面受到影响的程度很不一样。这一条草案案文确认了一些实例而不是观念，因而引起混淆和重叠。具体地说，在多边义务领域，它处理一整套观念而没有加以区别——例如第 2 款(e) 项和(f) 项以及第 3 款，或说明它们之间的关系。他说，第 3 款的规定在第 40 条的情况下是多余的，因为在所界定的国际罪行的情况下，已经满足第 40 条其余各款的规定。目前由第 19 条和第 51 至第 53 条处理的各方面问题将必须在以后的规定中加以解决。

115. 特别报告员确定了对第 40 条的两个可能的处理办法：以一个简单的定义，实际上涉及初级规则或国际法的一般运作，以解决涉及人的身份的问题(这是用以区分初级规则和次级规则的相当极端、但能加以辩护的案文)；或更加确切地指明：在对多数国家或整个国际社会造成损害的情况下，如何援引责任。他为双边义务拟议了第一个办法，只是以一个简单的规定说明：就本条款草案来说，如果另一国所违背的义务是对一国个别承担的义务，则一国受到另一国国际不法行为的损害。第 40 条精心编制的案文中，第 2 款(a)、(b)、(c) 和(d) 项是不必要的，因为可依国际法判定何时有双边义务存在。

³⁸ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，第 217 页(1999 年 4 月 30 日)。

反之，他为多边义务拟议了一个比较细致和详尽的解决办法，真正的问题并不是对若干国家的诸多义务，而是对一个国家集团、所有国家或整个国际社会的单一义务。

116. 特别报告员提到从一定意义上说是对一个国家集团承担的若干类义务的晚近发展情况，违背了这些义务所导致的后果并不光是双边后果，巴塞隆那电车公司案说明了这一点。³⁹ 他认为，通过三个不同类别的多边义务是于法有据的：第一、对整个国际社会承担的单一义务，即普遍义务；第二、对一特定制度的所有当事方所承担的义务——对每一当事方的义务；第三、对一些国家或许多国家承担的义务，但在这种情况下认定一些国家具有合法利益。特别报告员强调必须区分由于国家责任领域内发生某件违背义务行为，因而以不同方式受到不同影响的国家，他在第三次报告第 108 段起各段中对此作了讨论。他也促请注意可以允许“受害国”作出反应的问题：第 116 段表 2 中处理了这个问题。

117. 关于重新拟订第 40 条案文的问题，委员会应该借鉴《维也纳条约法公约》第 60 条，它区分了某一缔约国特别受到违约情事之影响和一当事国严重违反“整体义务”致使每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变的情况。拟订第 40 条的第二个方面是某项义务的所有缔约国被认为具有合法利益的情况。特别报告员认为不应该要求对此作出明文规定，也不应该象一读通过的第 40 条那样，把它的范围限于多边条约。

118. 特别报告员拟议了第 40 条之二⁴⁰，认为应该把这个条款列入关于援引责任的一个新的部分。

³⁹ 《1970 年国际法院报告书》，第 3 页。

⁴⁰ 特别报告员拟议的第 40 条之二案文如下：

第 40 条之二

一国援引另一国责任的权利

1. 为本条款的目的，一国在以下情况受另一国国际不法行为的损害：
 - (a) 被违背的义务是个别地对它承担的义务；或
 - (b) 有关义务是对整个国际社会（所有国家）或对该国为其中一员的国家集团承担的义务，而违背义务：
 - (一) 特别影响该国；或
 - (二) 必然影响该国享受其权利或履行其义务。
2. 此外，为本条款草案的目的，一国在以下情况对履行其为当事一方的国际义务具有合法利益：
 - (a) 该义务是对整个国际社会（所有国家）承担的义务；
 - (b) 该义务的建立是为了保护包括该国在内的国家集团的集体利益。
3. 本条不妨碍任何人或国家以外的实体因一国犯国际不法行为而直接取得的任何权利。

A/CN.4/507, 第 51-52 页。特别报告员对本条的分析见该文件第 66-118 段。

8. 一国援引另一国责任的权利的辩论概况 (第 40 条之二)

(a) 概 论

119. 一般普遍认为一读通过的第 40 条在一些方面有缺陷,这一点已由特别报告员在其报告第 96 段中指出,而且已反映在第六委员会对这一条的辩论情况专题摘要(A/CN.4/504)中。

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

(一) 受害国的定义

121. 有人认为,条款草案应该包括对受害国的定义。有人说,各国政府曾经提到需要拟订这样一个条文,以便在“受害国”、“违法国”和具有“合法利益”的国家之间维持适当的均衡。但是,也有人认为,对“受害国”拟订一个全面的定义会引起重大的困难,因为这个事项技术性强,性质复杂,不能光是依据习惯法行事。因此应该拟订一个包罗广泛的定义,不过,将遵照特别报告员提议的总体方针拟订,而不采用一读通过的案文。

(二) 普遍义务

122. 有人认为,普遍义务应该专门指来源于一般国际法的基本人权,而不是按照巴塞隆那电车案的事例拟订的特定法律规则。但是,也有人认为,普遍义务并不一定要等同于基本义务、强制性规范或绝对法。此外,有些委员对区别基本人权与其他人权的任何意图表示关注,认为:任何此类区别实际上很难实行,并且违反目前对人权采取统一处理办法的趋势。据认为,为了界定受害国在人权方面的定义,除了用于区别基本权利和其他权利的定性标准以外,不妨添加一个量化的标准,以便就人权的一致性开展辩论。也有人认为,必须区分对组成国际社会的所有国家个别承担的义务和对整个国际社会承担的义务。

123. 特别报告员也认为必须审慎将事,不要声称所有人权都一定是普遍义务,他引述了区域协定中的一些实例,甚至提到“普遍”人权条约中的一些条款。

(三) 对国际社会的提法

124. 第 40 条之二第 1 款和第 2 款提到国际社会,引起了各种意见和问题。有人问起:“整个国际社会”一语的含义为何?它是否包括个人和非政府组织。一般希望,委员会避免将非政府组织一类的私人实体列为依法有权援引国家责任的法律主体。有人认为,“整个国际社会”指《维也纳条约法公约》第 53 条中所指国家的国际社会。另一些委员则认为,“整个国际社会”是一个更为广泛的概念。

125. 据认为，委员会所遇到的困难有一部分可以从这样的事实得到解释：它正在讨论国际社会和对国际社会承担的义务，却没有在案文中就这样的国际社会机构作出规定。因此，委员会应该考虑载列题为“国家对国际社会的责任”的规定，其案文如下：“在违背普遍义务的情况下，违约国对在普遍性国际机关和组织派有代表的国家组成的国际社会负有责任”。

126. 一般也认为，很难把国家责任规则实际适用于受到影响的集团，因为对这种集团的定性过于宽松，并且不切实际。有人也对国际社会是否已经成为有权援引违背国际义务的一国责任的国际法主体，提出严重质疑。

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

(四) 第 19 条的问题

128. 若干委员认为，委员会最终必须审议第 40 条之二中处理的涉及国家“罪行”的问题。据认为，国际罪行应该在本条范围内构成单独的一类。也有人认为，第 1 款(b) 项应该指明一国的国际不法行为可能伤害“所有国家，如果被违背的义务对于保护国际社会的基本利益至关重要”；这项工作可以一读通过的条款草案第 19 条中所载的定义作为依据，在可能范围内稍加改善。又有人认为，或许除了严重违约情况下的补偿以外所有国家都应有权针对责任的所有后果援引责任。特别重要的是恢复原状原则。如果“受害国”概念能够在罪行的情况下适用于国际社会的所有国家，一读通过的第 53 条所规定的义务就容易理解得多。但是，另一些人指出，容许个别国家以不同的方式单独地对某一“罪行”作出反应，会导致无政府状态，在这种情况下，只有集体反应才是适当的。有些委员认为，在处理这个问题时，不必要或不应该使用“罪行”一词，也不必要或不应该对不法行为作任何其他本质的区分。

(五) 第 40 条之二的结构

129. 就第 40 条之二的结构而言，有各种意见认为，为了清楚起见，应该把这项规定分为若干单独的条文。具体地说，有人认为，应该把它分为两个条文，一个专门处理受到另一国国际不法行为伤害的国家，另一条则处理虽未直接受害但国际义务的履行关系到其合法利益的国家，这样一来，就能够把一国援引另一国责任的条件的条件和限制拟订得更加明确。

130. 也有人认为，第 40 条之二应该按照义务的类型分为几个部分：第一部分处理双边或多边义务，有特定情况下，引起双边关系；第二部分处理普遍义务，规定：在这些义务受到违背的情况下，所有国家都有权要求停止并且要求承诺和保证不重复。还有人认为，委员会应该审议这些国家是否可以要求赔偿，但有一项条件，即：应将补偿给予最终受益人，而那可能是另一国、个别的人、甚至会是整个国际社会。据指出，委员会不必确定谁是受益人，因为那是初级规则的问题。

(六) 第 40 条之二的位置

131. 对于第 40 条之二的位置，有如下的不同看法：应该把第 40 条之二载列于第二部分第一章，以确定哪类国家可以援引不法行为所引起的义务；如果委员会意图指明次级义务而不指明“受害国”概念，就应该把第 40 条之二放置于第二部分第一章；如果第 40 条之二的功能是决定哪些国家有权援引据称实行了国际不法行为的一国的责任，就应该把它载入关于国家责任的履行的第二部分之二。

(b) 第 40 条之二的标题

132. 有些委员认为，第 40 条之二的标题并不充分符合其内容。而且，它的头两款缺乏逻辑上的联系，这两款成功地处理了受害国的定义并且规定了国际义务的履行关系到一国的合法利益这一条件。拟议的第 40 条之二的标题应该保留，但是应该相应修订它的内容。

(c) 第 1 款

133. 就这一款提出了许多建议。据认为，第 1 款应该修改，以澄清受害国与虽未直接受害但关系到其合法利益的国家之间的区别，使它能够发挥作用，即：决定由谁触发责任的后果。也有人认为，应该先为受害国和关系到其合法利益的概念下定义，以便讨论如何履行国际责任的问题，为一国受到损害的情况拟议的清单应该是无限数目的，因为要设想一国由于另一国的国际不法行为而受害的所有情况，可能不容易办到。

134. 对于应将损害或伤害的概念列入第 40 条之二或条款草案的其他地方，有不同的看法。有人认为，不必列入损害的概念；不将其作为不法行为的组成部分列入，并不会导致所有国家都能够援引不法行为国的责任。反之，只有其主体权利受到损害的国家或向它承担的义务受到违背的国家可以要求赔偿。也有人认为，不应该把伤害或损害作为国际不法行为的组成部分列入触发援引国家责任权利的第 40 条之二，因为这个概念必定会被扩大到不再具有意义的程度，而且几乎不可能根据一国接近违约的程度来“拿捏分寸”。

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

136. 特别报告员说，有人认为，应该起草关于损害的条文，作为第一部分第 3 条的对应规定，这个建议值得仔细研究。必须在条款草案第二部分的若干语境—例如与之相关的补偿—中处理这个损害概念。从损害的定义来说，首先应该谈到：当双边义务受到违背时一国受到哪些损害；其次谈到：特别受到损害的国家受到了哪些损害；再次谈到：作为一项整体义务的当事国，当该义务受到违背时很可能受到影响的所有国家。

(一) 第 1 款(a) 项

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

(二) 第 1 款(b) 项

138. 有人认为，这项规定应该进一步澄清报告表 1 中提到的三类多边义务，即：对整个国际社会承担的义务(普遍义务)；对特定规则的所有当事国承担的义务(对每一当事国的义务)；对一些或许多当事国承担的义务—但公认一些国家或国家集团对此项义务具有合法利益。

139. 有人认为，第 1 款(b) 项可以全部删除，因为它所设想到的所有情况必须涉及对各国个别承担的、以及对整个国际社会承担的义务，因而属于第 1 款(a) 项的适用范围。第 1 款(b) 项规定：受到违背时特别影响一国的普遍义务也是对该国个别承担的义务。一项普遍义务可以细分为由一国对另一些国家个别承担的一些义务。对第 1 款(b) (二) 项来说也是这样：如果没有得到履行就必然影响一国享受其权利或履行其义务的一项普遍义务，也就是对该国个别承担的义务。另一方面，据指出，即使在一项普遍义务被违背的情况下，个别的国家也可能受到损害(例如非法武装攻击行为)。

(d) 第 2 款

140. 有人认为，第 2 款符合了提及关系到其合法利益的国家的国家的要求。此种国家虽未直接受害，但至少可要求另一国停止违背义务。在同意特别报告员着手方式的同时，也提请注意第三次报告第 50 页表 2 中所载示的：没有由于一项普遍义务受到违背而直接受害的国家的权利。其含义为：任何国家可以用受害国的名义采取行动，并且可以采取一整套的补救措施，在确有证据显示发生严重违背义务情事时，还可以采取反措施。

141. 有人认为，必须对某一义务的存在与否和该义务的受益人加以区分。就声称某项义务必须得到履行的权利来说，关系到其合法利益的所有国家都应该有援引的权利—即使不是为了他们本国的利益。在一国违背其对国民的人权义务的情况下，这一点尤其重要，因为不如此则任何别的国家都无法援引这项权利。

142. 在起草方面，列入“该国为其中一员的”一语的作法，受到质疑。也有人认为，第 2 款可以用以下字句开头：“此外，为本条款草案的目的，一国可按照下列各条援引国际不法行为的若干后果”，随后再列入特别报告员所拟议的第 2 款(a) 和(b) 项案文。

(e) 第 3 款

143. 对于第 3 款，有不同的意见。有些委员认为，必须列入这样一项规定，因为本条款草案是要适用于国与国之间的关系中。但是，实际上，在国家与国际组织或其他国际法主体之间承担国际责任的情况相当多。据认为，在个人的人权受到侵犯的情况下，这项规定特别重要。但是，有些委员也认为无须列入这一款，因为委员会是在处理国家责任，而不是任何其他国际法主体的权利。据认为，直接属于任何人或“国家以外的实体”的权利是一个极为广泛、甚至危险的概念。但是，也有人指出，《1992 年生物多样性公约》等国际公约已经使用“实体”一词。

144. 据认为，由于一般认为草案第一部分包括了国家的所有国际义务，而不只是对其他国家承担的义务，当国际组织等其他国际法主体对某些国家提起诉讼或提出国际责任问题时，不妨以它作为法律依据。反之，有人认为，最好把第二部分的主题事项限定为国家之间的责任，因为具有特征的各种责任——例如国际组织本身和相互间的责任、个人责任以及侵犯人权的责任——的出现，都无法在可预见的将来得到全面的处理。特别报告员同意对第一部分和第二部分范围的区分，认为，他拟议的第3款只是一个保留条款，在第二部分和第二部分之二只处理国家援引责任问题的情况下，才会派上用场。

145. 也有人认为，第3款应该列为单独的一个条文，并且应该予以修改，将“不妨碍……而取得的任何权利”改为“不妨碍实行了国际不法行为所引起的后果”，因为责任的后果不光是权利，也会是义务。

146. 特别报告员强调在人权义务方面特别需要第3款。必须有这一款才能避免第一部分(处理国家的所有义务)和第二部分之二(处理另一国对一国责任的援引)之间不一致的情况。既然国家以外的实体有可能援引一国的责任，就必须在案文中规定这个可能性。必须保留第40条之二中的原则或载列一个单独的条文。

9. 特别报告员对一国援引另一国责任的权利的辩论的总结(第40条之二)

147. 特别报告员说，人们普遍认识到一读通过的第40条的缺点。他拟议的以单一、简单的用语处理双边义务的方式也得到赞同。但是，已经有人对多边义务提出了两种着手方式。第一种方式是按照他的建议进一步澄清和更加详细地说明多边义务领域的问题。第二种方式需要拟订一系列的定义，说明有些国家有权援引责任而又不实际指明哪些国家。第二种方式应该是后备办法，在无法进一步明确多边义务的情况下才派上用场。如果委员会通过一般性的反致条款，就不再进一步区分各类受害国。

148. 委员会真正关注的事项是确定哪些国家应该有权援引另一国责任，以及援引责任的条件和限制。在这方面，他强调《维也纳条约法公约》第60条第2款的价值。委员会在处理条约法时区分了双边条约和多边条约，并且着重指出，由于多边条约被违反而特别受到影响的国家应该能够援引违约责任。就国家责任方面的义务而言，也可以此为参照。第40条之二中所载“特别影响该国”的提法有助于处理一些成员引起的损害问题，因为受害的国家必定会被视为处于特殊情况。可能会有一些国家在不同程度上特别受影响，如果有，也为数不多。

149. 关于“第19条问题”，他完全尊重一些委员的愿望，即：草案应处理最重要的义务，即关系到整个国际社会的义务，和对这些义务的最严重违背行为。他也认为，可能会有违背了不可减损之义务、但在集体反应方面不致引起整个国际社会关注的基本问题。但就援引责任的权利而言，没有必要提到严重违反对整个国际社会的义务。一旦采取法院在巴塞隆那电车案中的作法而确定这些义务的履行关系到所有国家的利益，则为了第40条之二的目的，也就无需多说了。

150. 对第40条之二第3款中所载国家以外的实体援引责任的权利的保留，有一些不同的意见，但是盛行的看法是该款具有价值。特别报告员认为该款是必要的，因为它解决了草案第一部分与其余各部分在适用范围上的分歧。

10. 特别报告员介绍第二部分：一国国际不法行为的法律后果（续）

第二章 赔偿的形式

(a) 第二章概论

151. 特别报告员指出，按照委员会已经商定的处理办法，第二部分的第二章是从国际不法行为的行为国的义务的角度来处理不同形式的赔偿的。在一读通过的案文中，除了承诺并保证不重复以外，还设想了三种形式的赔偿，即：恢复原状、补偿和抵偿。一读通过的关于促成损失和减轻责任的第 42 条第 2 款的规定也属于第二章而不属于第一章，因为这些规定是对赔偿形式的限制。他还提议增列关于利息的新的一条并在第 44 条中删去提到利息之处。特别报告员指出，各国已经接受了将恢复原状、补偿和抵偿作为三种不同的赔偿形式的构想，而且基本上同意目前对这三种赔偿形式之间的关系所采取的立场。

(b) 恢复原状(第 43 条)

152. 首先，关于第 43 条，特别报告员主张在英文本中使用“restitution”而不使用“restitution in kind”，以免引起任何误解，在法文本中则使用“restitution en nature”。就实质内容而言，第 43 条表明，恢复原状最为优先。恢复原状是主要的赔偿形式，而在恢复原状的方式不能充分弥补所受损害的情况下则提供补偿。如果不这样，国家就能够以提供赔款的方式来逃避履行其国际义务。但是，在四种例外情况下不能恢复原状，而这引起了若干问题。他建议保留其中两种例外情况。⁴¹ 第一种例外情况属于实际上不可能恢复原状，这是得到一致接受的，所以应予保留。第二种例外情况涉及强制性规范，被人们举出种种理由批评，所以应删除：这种涉及强制性规范的情况即使发生，第一部分的第五章也能充分涵盖，而他认为第一部分的规定也是适用于第二部分的。第三种例外情况属于负担与收益不成比例的情况，也应予以保留。第四种例外情况属于灾难性情况，受到许多政府的批评：这种灾难性的情况即使发生，(c) 项也能充分涵盖，因而可删去(d) 项。

⁴¹ 特别报告员拟议的第 43 条案文如下：

第 43 条 恢复原状

国际不法行为的行为国在并且只在下列情况下有义务恢复原状，即恢复不法行为发生前所存在的状况：

- (a) 恢复原状并非实际上做不到；
- (c) 受害国从恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与恢复原状所引起的负担完全不成比例。

A/CN.4/507/Add.1 和 Corr.1 和 2，第 223 段。特别报告员对本条的分析见该文件第 124-146 段。

(c) 补偿(第 44 条)

153. 特别报告员说,“补偿”无疑应包含赔偿受害国所遭受的任何可从经济上估算的损失。虽然一些国家建议采用更详细的补偿定义及数额计算办法,但比较详细的补偿原则的拟订需要审慎行事,因为补偿是一个不拘于一格的概念,它与具体情况下适用的具体主要规则有很大的关系。他主张采用一般性的措词,然后在评注中作进一步的说明,以免限制在这个问题上的国际法发展。基于这一理由,他建议的第 44 条案文比较精简,但在评注中说明可补偿利润损失,这要视适用的主要规则的内容及具体情况而定。至于利息,则在另一条中处理。⁴²

(d) 抵偿(第 45 条)

154. 尽管在这一条上已基本达成一致看法,但一读通过的第 45 条引起了一些困难。就第 1 款而言,将抵偿与精神损害联系起来是有问题的,原因有二。首先,在个人的情况下,“精神损害”一词的含意还算明确,但赔偿个人精神损害的要求应列在补偿而非抵偿之下。其次,说国家受到精神损害是有点牵强的,因为这把感情、侮辱和尊严与国家联系起来。他建议以“非物质损害”一词来替代“精神损害”,从而避免与个人的精神损害相混淆,并避免对国家使用感性的语言。⁴³他指出,第 1 款中的“只在为提供充分补偿所必要的情况下”一语表明,有些情况下,也许不会有抵偿的问题。

155. 至于第 2 款,该款的用意无疑是想做到详尽无遗,但他认为不应当如此。一个重大缺陷就是完全没有提到宣布有关行为为不法,而在司法实践中,宣布行为的不法性是主要的抵偿形式之一,而且也早已确立。鉴于条款草案旨在直接适用于国与国之间的关系,他建议增列“责任国承认不法行为”这

⁴² 特别报告员拟议的第 44 条案文如下:

第 44 条

补 偿

国际不法行为的行为国有义务补偿该行为造成的任何可从经济上估算的损失,如果这种损失没有以恢复原状的方式得到赔偿的话。

A/CN.4/507/Add.1 和 Corr.1 和 2, 第 223 段。特别报告员对该条的分析见该文件第 147-166 段。

⁴³ 特别报告员拟议的第 45 条案文如下:

第 45 条

抵 偿

1. 国际不法行为的行为国有义务抵偿该行为造成的任何非物质损失。
2. 首先,抵偿应采取承认不法行为的形式,并酌情表示遗憾或正式道歉。
3. 此外,如果情况需要,抵偿也可采取其他适当形式以确保充分赔偿,这些形式除其他外包括:
 - [(a) 名义赔偿金;]
 - (b) 反映所受损害的严重性的赔偿金;
 - (c) 在不法行为由官员严重渎职或由任何人的犯罪行为引起的情况下,对责任人给予纪律处分或提起刑事诉讼。
4. 抵偿必须与所受损害成比例,并且不得采取羞辱责任国的形式。

A/CN.4/507/Add.1, 第 223 段。特别报告员对该条的分析见该文件第 167-194 段。

一点，因为这在国与国之间的行为中相当于由法庭宣布行为的不法性。他还建议将其列为首要的和最明显的抵偿形式。评注中应说明，在国家不承认有不法行为的情况下，经由其后的任何第三方便程序采取的相应补救办法就是宣布行为的不法性。

156. 第2款(a)项指的是道歉，而有不法行为的国家通常是表示道歉的。他认为，在新的第2款中，承认不法行为或道歉应与其他形式的抵偿分开处理，因为它们是最低限度的抵偿，也是愿意作出任何其他形式的抵偿的前提。另一些在某些情况下不失为允当的不那么普遍的抵偿形式则列于新的第3款中。

157. 关于其他形式的抵偿，特别报告员建议删去现有第2款(b)项中的名义赔偿金，因为在国家法律制度中规定此种赔偿的理由不适用于国际诉讼，而宣布不法性这一补救办法几乎在所有情况下都已足够。他指出，如果这一款列举的抵偿形式并非详尽无遗，则在适当情况下也不排除名义赔偿金。

158. 关于现有的第2款(c)项，特别报告员建议只规定酌情以赔偿金作为抵偿。“在严重侵犯受害国权利的情况下”一语过分限制了在所受损害不能称为“严重”或“重大”的情况下的一般抵偿作用，而这种限制是与有关的法理学不相符的。特别报告员认为，在适当情况下给予相当数额的赔偿金（而不仅仅是名义赔偿金），也是一种抵偿方式。另一方面，第2款(c)项不包括惩戒性赔偿金。以后如果另立“严重不法行为”这一特殊类别，即可处理惩戒性赔偿金的问题。如果允许给予惩戒性赔偿金，还需要附加一些特别条件。

159. 现有第2款(d)项中的第四种抵偿形式涉及对责任人给予纪律处分或处罚，责任人可能是官员，也可能是私人。特别报告员建议删去提到“处罚”之处，因为这意味着个人有罪，而个人有罪这一点只能通过法律程序确定，不能事先推定。此外，如果把这一款理解为并非详尽无遗，也就没有必要罗列所有可能的各类程序(例如调查)了。

160. 现有的第3款处理了对抵偿加以限制的问题。特别报告员指出，有些国家认为“尊严”一词没有意义，而且可能会造成规避抵偿的情况，因而应予以删除。但他认为，鉴于以往发生过滥用的情况，还是需要某种保障：他建议在这一款中排除任何与所受损害不成比例的抵偿形式或羞辱责任国的抵偿形式。

(e) 利息(第45条之二)

161. 特别报告员提出，根据所欠本金未付则所欠利息一直算至支付本金之日的建议，应列入处理有权获得利息的一般问题的条款。⁴⁴ 关于付息的起始日期，问题是应在提出诉因后立即予以赔偿，还是在提出要求一段合理时间后或在另一时间予以赔偿。付息的终止日期为通过放弃或其他方式满足付款

⁴⁴ 特别报告员拟议的第45条之二案文如下：

第45条之二

利 息

1. 为确保充分赔偿而有必要时，也应支付根据本条款草案所应支付的任何本金的利息。利率和计算方法应为最适于取得这一结果的利率和计算方法。
2. 除非另有协议或决定，必须从本应支付赔偿之日起算，至履行了赔偿义务之日为止。

A/CN.4/507/Add.1, 第223段。特别报告员对本条的分析见该文件第195-214段。

义务之日。特别报告员用“除非另有协议或决定”一语的理由是，国家可以商定不付息，另外法庭在某些情况下对处理付息问题有一定的灵活性，法庭并不承认在任何固定期限都有付息权。他认为这一条款既不应规定、也不应排除复利的可能性。考虑到这方面有限的国际判例，说当然应记入复利是很过分的，但在需要充分赔偿的适当情况下也不能排除计算复利的可能性。

(f) 减轻责任(第 46 条之二)

162. 特别报告员指出，除了互有过失的情况外，一读通过的条款草案并未涉及减轻责任问题。

163. 在他提出的案文⁴⁵中，(a)项涉及国家以其名义提出的索赔的受害国或个人因过失或任意行为或不行为促成的损失。不同的法律制度用不同的术语陈述过失或任意行为或不行为，如“互有过失”和“相对过失”等。根据确凿的判例，在赔偿时可以考虑受害人的过失。特别报告员认为，出于公平考虑，这项原则也应适用于受害国，以免要求责任国赔偿因受害国的行为导致的损害或损失。

164. 特别报告员还指出，他关注的另一问题是必须确保不过多赔偿受害国的损失。他根据法院在 *Gabčíkovo-Nagymaros* 一案中申明的原则，提出了与减轻损失有关的新的(b)项。减轻损失指的是减轻本金损失，这样，无理拒绝减轻损失的国家就不能获得所有损失的赔偿。

11. 第二部分辩论概况(续)

第二章 赔偿的形式

(a) 第二章概论

165. 委员们同意特别报告员在第二章上的总体做法。特别报告员正确避免了过多的细节，因为即使不法行为国已承担责任，过多的细节仍可引起国家间新的冲突。另一方面，一些人对特别报告员建议的改动以及所采用的方法存有某些疑虑。有人认为，就赔偿的实际重要性以及各类法院的判决目前所提供的指导而言，所采用的方法不够充分，且过于浮浅。

166. 关于特别报告员建议转而将重点放在责任国的义务上，有人表示，委员会在第二部分不应只陈述原则，因此，最好需承认受害国在赔偿方面的动力。还有人则指出，应专门阐述受害国的权利，以便不因术语的改变造成不利影响，同时又增强案文处理“受害程度不等的”国家提出的索赔要求的能力。

⁴⁵ 特别报告员拟议的第 46 条之二案文如下：

第 46 条之二

减轻责任

在确定赔偿的形式和程度之时，应考虑到：

- (a) 以其名义提出的索赔的任何国家、个人或实体促成损害的过失或任意行为或不行为；
- (b) 受害方是否采取了合理可用的措施以减轻损害。

A/CN.4/507/Add.1, 第 223 段。特别报告员对本条的分析见该文件第 215-222 段。

167. 特别报告员赞成后一种看法，他解释说，有关各条是围绕责任国的义务拟订的，并没有考虑谁有责任援引责任的问题，只到援引责任时才考虑这一问题。如一读时所作的那样，受害国的“权利”或“资格”指的是双边责任。但在某些情况下，也可能影响或涉及几个国家，且受影响或涉及程度并不一样。同样，还必须认识到可能对不同的实体或对整个国际社会负有义务。所提出的草案考虑到了各种有关可能性。

168. 委员们赞成特别报告员提出的关于用“赔偿形式”这一较短的标题代替第二章从前的标题“受害国的责任和实行了国际不法行为的国家的义务”的建议。新标题不仅简短一些，而且还可避免“受害国”的权利在所有情况下严格对应于责任国义务的含义。还有人建议进一步修改新的标题，将其改为“赔偿的形式和方法”。特别报告员答复说，在关于履行国家责任的第二部分之二中提及“方法”较为合适。事实上，第二部分第二章涉及的是赔偿的基本形式，即责任国提供第一章所述充分赔偿的基本义务的内容。

169. 一些委员指出，迄今的讨论大多忽视了国家的“罪行”，并提醒委员会说，由于在一读期间很晚才审议这一问题，结果在涉及不法行为的部分列入了原由罪行造成的后果，使关于罪行后果的第51至53条丧失了本来应有的实质内容。他们认为，报告第126段隐含了罪行概念，而特别报告员迫于需要，区分了违背国际法普遍规则的行为与违背一般国际法强制规范的行为。可据此确定人们可以接受的“罪行”定义。

(b) 恢复原状(第 43 条)

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

171. 另外，如果初级规则的实际重要性得到承认，则没有必要再确定恢复原状是不是普遍适用的赔偿形式。因此，有人认为最好给予法庭的决定以优先地位，但也提醒说，因这些决定并不总是明确地表示出适用的法律，因此也应该小心行事。同样，有人提议，在评注里可以说明有些案件可以通过不会导致这样的恢复原状措施的宣示性判决或命令来解决。

172. 特别报告员指出，现在没有这样的要求，即应该首先用尽获得恢复原状的所有尝试。在受害国宁可选择补偿的案例中，选择补偿而不是选择恢复原状，是因为在法律上容易实施。在极少的案例中，受害国对于恢复原状没有任何选择，即恢复原状是唯一可能的结果，那么这样的案例最好列入停止的概念的范围内。也有这样的案例，即恢复原状明显不可能，例如因为确切地发生了损失，而损失无法逆转。另外，在某些情况下，其他国家也能够援用责任。这些国家可替代受害国。它们本身不会得到补偿，而是有权坚持不旦获得停止，而且也获得恢复原状。委员会里有人对这种意见表示支持。

173. 特别报告员在其第三次报告第142段中，表示了如下的意见：在某些情况下是可以排除恢复原状这一措施的，例如被告国可以在不违反义务的情况下，可以以合法的方式获得相同或类似的结果。一些委员表示不同意：如果有合法的方式可以获得某一项结果，那么被告国没有利用这一方式这一事实本身并没有免除其恢复原状的义务。特别报告员在答复时指出，在理论上，恢复原状具有优先地位，但在实际当中恢复原状是例外的情况。委员会面临的困难便是如何将理论与实际相协调。

174. 对于恢复原状的目的，委员会里表达了不同的意见。一方面，有人主张，恢复原状的目的便是消除国际不法行为的后果，重新恢复原来的状态。这是第43条早先案文的处理办法。另一些人赞同确立这样的义务：即应确立在没有发生不法行为的情况下将会存在的状况，而不单单是重新恢复以前的

状况。有人指出，在 Chorzow Factory 一案中，所用的方法是，赔偿必须尽可能地消除不法行为的一切后果，并重新确立如果没有发生不法行为则很可能会存在的那种情况。因此，恢复原状是对国际不法行为应采取的解决办法，当然须由受害国来选择。在答复时，有的专家提到，这种处理办法将作为狭义补救办法的恢复原状与赔偿混淆起来，狭义的恢复原状意味着返回到原来的状况，而赔偿含有另外的要素，尤其是补偿。

175. 对于特别报告员关于把“恢复实物原状”中的“实物”删除的建议，专家们表达了不同的意见。一些人赞同删除这个词，指出这就解决了是不是应该提到恢复实物原状或恢复原状的问题。另一些人认为，恢复实物原状是已经固定的说法。

176. 对于起草工作，有人提议，开头的半句“犯下了国际不法行为的国家”改为“国际不法行为的责任国”。另外还提议，“有义务”改为“必须”，并且应明确地规定，必须为受害国恢复原状。另外，有人提议，在某些情况下，“恢复”比“恢复原状”更为准确。

177. 有一种意见认为，既然恢复原状本身是一项义务，那么条款草案的规定，包括处理排除不法性的情形的规定，也适用于恢复原状。特别报告员在答复时说，第一部分中排除不法性的情况的作用是，在一段时间内暂停遵守所审议的义务。法院总是对下列两点进行区分：一是继续存在的有关义务，二是在特定的时间内免除履行该义务。他认为，排除不法性的情况一般来说是对第 43 条中例外情形的补充，不可能恢复原状是指永久性的不可能，而不是暂时性的。在后来的讨论中，有人怀疑，排除一项行为的不法性的情况是否也适用于所审议的这部分条款草案：如果是有意这样做，则应该更明确地阐述。

178. 还有一种意见认为，临时保护措施和类似的措施没有包含在经典的恢复原状概念中，这些措施应该有别于后来围绕案件事实而进行的诉讼所产生的恢复原状。特别报告员表示同意，然而他指出，临时补救办法可以指向停止，但是在谈论临时措施时，不会作出有关行为肯定是非法行为的决定。

179. 委员会中有人对在一读时所通过的关于删除(b)项中的例外的建议表示支持，(b)项涉及对强制性准则的违反。据认为，这一问题已经由一般国际法规则所解决，已经在第 29 条之二中涉及到。然而，条款草案需要反映出如下提议：如果犯下第 19 条所指的一项“罪行”，或者一项强制法准则被违反，则受害国不能为了补偿而放弃恢复原状，因为这里涉及到国际社会作为整体的重大利益。

180. 一读时所通过的删除(d)项的建议也得到了支持，这一段涉及到对一国政治独立或经济稳定的危害。这项例外被认为过于笼统，在实际中有可能引起过于宽泛的解释。这项例外已经被(c)项中的例外充分地涉及到。

181. 有人提议，应包括另一项例外，这项例外涉及因无法逾越的法律障碍而无法进行恢复原状的情况，不一定涉及对强制性准则的违反。在这方面提到了国有化案件的例子。据说，依照好几项联合国大会的决议，国有化的合法性得到了确认，实行了国有化的国家不需要提供恢复原状的补救办法。但在这些情况下，并不产生恢复原状的问题：依照定义，实行国有化这行为本身是合法的，因而这里的问题成为了一个偿付所取得的财产的问题。如果国有化行为本身是非法的，则可以适用不同的考虑。

182. 关于(a)项，有人询问，“实际上做不到”是不是包含“法律上”做不到。这种情况是会产生的，例如：按照国际法初级规则，国家必须通过某些类型的立法，但并没有这样做。在某些国家法律制度下，更改是有限制的：例如，对最高法院在一项具体案件中的相反的决定，是不能推翻的，从而使恢复原状无法做到。

183. 另一些人指出，国家应对其行政、立法和司法部门的行为负责，任何政府部门不应逃脱纠正有可能发生的违反国际法的行为的义务。另外，虽然在国内司法制度中对于一项不受上诉的最后判决不存在法律补救，但在好多国家曾发生过因涉及国际法而扭转判决结果的情况。原则上说，国内法决不可以作为拒绝恢复原状的借口，因而不能构成不可能做到的理由。据认为，必须确保不能给较强大的国家

留出对“不可能做到”给予单方面解释的余地。在法律上不可能做到的真正情形是很少的，因此提到实际上不可能做到就足够了。

184. 特别报告员提议，根据讨论的情况，委员会需要重新审议第 42 条第 3 款的草案，该款确认了如下基本原则，即一国不得利用其国内法律作为不履行其国际义务的借口。加上“法律上不可能做到”这一短语可能相当于修订这一基本原则。实际情况是，有关法律地位的改变可能导致实际上的不可能做到，例如从一个人手中没收的财产如果已经合法地卖给另一人，则该财产无法退还。在涉及到个人的权利，并且国际法作为一项关键的标准时，情况会变得更为复杂，例如在人权领域。

185. 还有人提到报告中第 128(b) 段提到的中美洲法院对萨尔瓦多诉尼加拉瓜案的判决，⁴⁶ 在审理此案时，法院避免对尼加拉瓜与第三国(美国)之间条约的无效性进行处理，没有认为恢复原状一定是不可能的。相反，法院认为尼加拉瓜按照国际法有义务利用一切可能的手段恢复并维持在缔结条约之前所存在的情况。

186. 对于(c)段，虽然对这一项规定表示支持，但提出了如下的询问：这一段所用的“受害者”是指国家，如一读所通过的文本的情况，还是也包括个人。有人对根本不提到受伤害的实体表示了赞成。换句话说，有人建议将“受害者”改为“受害国”。

187. (c)段中的比例性概念不仅涉及到费用问题，而且也要求考虑到违法行为的严重性或其他方面。但这一点可以通过评注的案文加以论述；无论怎样，考虑到把(d)段删除的建议，(c)段是很必要的。

(c) 补偿(第 44 条)

188. 对于列入一项关于补偿的精确规定，有人表示极力支持。

189. 有人指出，关于这一问题的各种司法决定，例如 Rainbow Warrior 一案的决定，规定了一定数量的补偿，但没有指明用于计算补偿额的准确标准，补偿额在很大程度上取决于违法行为的情况以及初级规则的内容。在许多情况下，有关国家针对国际不法行为，就补偿问题达成了协议，但是在通融的基础上达成的。在世界贸易和环境问题等方面，各国创立了特殊的补偿制度，这种制度排除了一般原则的适用。委员会所能作的是制定一个临时的办法，将制定赔偿的量化规则的任务交给法庭和实践来完成。

190. 相反的一种意见认为，特别报告员所提议的第 44 条基本上是一个概括性条款，它仅说明了恢复原状具有优先地位。为了向各国和各法庭提供更多的指导，需要拟订更为详细的补偿原则。另外，对补偿问题的精简处理给人的印象是，一般原则便是恢复原状，不得少于此，用技术性的话语来说，只有当没有实行任何恢复原状的措施时，才有补偿的问题。有人建议应提到另外的决定性因素，其中包括：当个人遭受到精神损害时，物质和精神损害都应得到补偿；当现实损害和消极损害都确切地发生时，必须对两者加以补偿；唯有“可逆性”损害——即与国际不法行为具有某种必要的因果关系的损害——应该得到补偿；在不违反第 45 条之二的情况下，应在国际不法行为发生之日对损害作出评估。对与在条款草案里处理利润损失问题，而不单单在评注里处理这些问题，有的专家表示了赞同。法院在 Chorzów Factory 一案上所赞同的“充分赔偿”概念要求一般应对利润损失作出补偿，而不单单是以逐案的方式解决。

191. 有人提出，补偿不应超出不法行为造成的损害和损失的限度，以免滥用补偿。在这方面，对于一读时通过的关于用第 42(3) 条中的一项规定对补偿加以限制的建议，有人表示了同意。他们指出，

⁴⁶ 《美国国际法学报》，第 11 卷(补编)，1917 年，第 3 页。

负担过重的补偿问题也值得探讨，因为这种补偿能导致人权普遍受到侵犯。与此同时，应考虑国家对大规模和有系统侵犯人权行为的受害者进行补偿的经济能力。

192. 特别报告员指出，委员会面对着两种办法之间的选择：它可以以简练的方式起草第 44 条，以灵活的用语说明一项十分概括的原则，委员会也可深入地阐述，力求详尽。如果委员会选择后者，它就需要提到利润损失。它之所以没有提到利润损失，主要是由于一些国家政府认为，一读时所用的案文拟订得十分单薄，有一种对国际法“逆编纂”的作用。另一些人建议采用一种中间的解决办法，案文简练，但同时提到利润损失。

193. 有人询问，“经济”一词是否适于包括例如非法将一种濒危野生生物物种灭绝而这种物种对人类没有经济用途的情况。他们提议用“财政”一词。另外他们还指出，答案还可以在第 45 条中的“精神损害”的含义中找到。因此，他们提议第 44 条中用“物质”损害，第 45 条中用“非物质”损害。对于第 44 条是否应列上精神损害的问题，特别报告员提到，前特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生曾解决过这个问题，他说第 44 条包含了对个人的精神损害，第 45 条包含了对国家的精神损害。⁴⁷ 对这种解决办法，是有争议的，因为“精神损害”可适用于差别很大的案件，例如个人遭受酷刑而所受的痛苦，国家因条约受到破坏而遭受的污辱等。另一些人提议，“经济上可以评估的”并不包括物质损害、精神损害和利润损失。对精神损害的补偿局限于对自然人造成的损害，这就排除了受害国所遭受的精神损害。他们指出，这反映了这么一种司法实践：为了对个人所受的精神损害特别是遭受残酷待遇时所受的损害给予补偿，采用了金钱补偿的办法。

194. 他们指出，虽然第 43 条提到“那些受害者”，但第 44 条并没有说明谁遭受了损害，例如是国家，还是自然人或实体等。造成这种不准确的原因是，必须考虑到各种不同的案件：公司或个人在国家或国际法院或委员会面前提出的单项指控，政府代表个人或以他们的名义而提出的指控，受害国以及“其他”国家所提出的指控等。

195. 有人提到了解决投资争端国际中心法庭对 *Klöckner* 案的处理，⁴⁸ 在这起案件中，双方都被认定违反了合同，这对赔偿都有很大影响。特别报告员指出，一部分解决办法便是人们所知道的“抵消”，这对法院来说是一个程序性问题，而不是责任法的一部分。事实上，*Klöckner* 案的裁决后来被取消，在就补偿问题作出任何进一步的决定之前，双方通过协议而解决了问题。

196. 有人还提到对征收给予恰当补偿的问题，第 44 条没有处理此问题，而这是发展中国家与发达国家之间冲突的原因之一。传统的西方立场是给予“立即、充分和有效的补偿”，这就要求除其他外，补偿以在征收时的价值为根据，并且以可兑换货币支付补偿，而对将补偿金移出境外没有限制。然而据认为，这一办法在外汇方面的影响很可能使面临支付平衡困难的发展中国家无法对经济进行任何有意义的改组。目前的国际实践表明，这一传统的办法已经受到很大的削弱。而且，关于对自然资源拥有永久主权的大会第 1803 (XVII) 号决议规定了在实行国有化、征收或征用时支付“适当的补偿”，这明显地远离了“立即、充分和有效的”的补偿，尽管大会没有对此加以界定。然而一些发言者强调，长期以来进行的这一辩论与第 44 条的内容无关。国有化是一种合法的行为，而第 44 条所处理的是国际不法行为。特别报告员表示同意，并重申，对合法和非法行为进行实质性的区分，或说明任何初级义务的内容，这都不是委员会的职能。

⁴⁷ 见《关于国家责任问题的特别报告员阿兰焦—鲁伊斯先生的第二次报告》，A/CN.5/425 和 Corr.1 和 Add.1 和 Add.1/Corr.1，第 191 段。

⁴⁸ *Klöckner 诉喀麦隆*，《解决投资争端国际中心报告》，第 2 卷，第 4 页。

197. 好几名委员强调，单是接受如下原则是不够的，这一原则说，初级规则在确定补偿是否合理方面起着重要作用。对于不同类别的案件也需要进行分类；在这方面能够给予指导性意见的不是法律著作，而更多的是仲裁决定，例如 Aminoil 一案的决定。⁴⁹ 第 44 条也应包括一项修饰语，类似于“除非初级规则表示出不同的解决办法”。对于这一点，有人指出，由司法判决和仲裁判决所产生的规则仅仅偶尔地适用，而对国家责任问题，往往更多的是通过各国之间甚至通过各国法院之间更直接地接触来处理的。这样的实践不一定反映在仲裁判决中。作为答复，特别报告员指出，无论初级规则多么重要，很难在起草条款本身的过程中得出适当的结论。对评注中的各个要点进行讨论，是更为恰当的做法。

(d) 抵偿(第 45 条)

198. 有人赞成特别报告员提出的案文，认为该案文通过“提供”的概念保持一定的灵活性。案文的目标是在实行国际不法行为后向有关国家提出一些政治选择和权利。此外，抵偿可以是自主的，也可以是恢复原状和/或对赔偿的补充，这一点在拟议案文中说得很清楚。

199. 也有人认为，第 45 条是一个混合案文，既包含对损害进行数量评估的法律，又涉及严格意义的抵偿措施。由于抵偿是对国家的一种政治惩罚形式，所以已不再使用。实际上，国家很少使用抵偿这种机制。那么就要问关于抵偿的法律规则是否真的存在，不法行为国是否有义务向受害国提供抵偿。所以，条款草案应该删除或尽量减少“抵偿”这一分立的补救办法，而集中注意通过命令或权利宣言采取的“遗漏的”宣言性补救办法。虽然各国没有普遍接受这种外交性的赔偿形式，但它具有法律后果。

200. 另一些人不同意将抵偿说成是一种分立的赔偿形式。他们认为，抵偿是一种正常的赔偿形式，法院做出关于抵偿的判决和宣言足以证明这一点。Corfu Channel 案⁵⁰ 的判决是例外的，因为被告国没有要求赔偿；抵偿形式的宣言是法院唯一能够做的。但是，该案件创立了一种一贯的、有价值的以宣言形式提供抵偿的做法，这是条款草案应该承认的。

201. 特别报告员指出，我们正在对外交领域和法律领域进行不必要的区别。既然委员会主要是确定适用于国家间关系的规则，那么就不应该由法院的权力来拟订责任规则，从而造成“遗漏的”补救办法的问题。他的建议是将“正常”抵偿办法即承认不法行为的存在与第 45 条第 3 款所述例外的形式相区别。如果不承认，那么法院或法庭就可以在进一步的审理中发表宣言。

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

203. 相反，有人认为，拟议案文过于狭隘，使抵偿的机制局限于非物质或道义的损害。他们建议，受害国在物质损害方面也有权获得抵偿。“非物质损害”一词忽视了关键的一点，即抵偿的目的是补偿受害国本身受到的道义损害。

204. 应该指出，依据第 43 条和第 44 条不法行为国“有义务恢复原状”和“有义务赔偿”，而依据第 45 条，有义务“提供”抵偿，表明抵偿并不是一个抽象的概念。但有人认为由此注入了一种不令人满意的主观性：按充分赔偿衡量提供的抵偿是否足够，可以按衡量提供的补偿是否足够的同样方式来判断。

⁴⁹ Aminoil 案(科威特诉美国独立石油公司)，《国际法材料》，第 27 卷，第 976 页，1982 年。

⁵⁰ Corfu Channel 案(案情实质)，《1949 年国际法院报告书》，第 35 页。

205. 至于对不法行为的承认，有人认为表示遗憾或正式道歉可能就是一种承认，所有正式承认是没有必要的。

206. 有人赞成按特别报告员的建议首先提及承认不法行为，Corfu Channel 一案就是这样处理的。但也有人问及在国与国之间是否应该首先考虑承认，因为有些国家可以不承认不法行为而随意地道歉，就象给钱施恩一样。在另一些情况下，道歉是为了避免不法行为产生进一步后果。在可能被提起诉讼或诉讼待决之前，最好建议国家不要明示或暗示做出任何承认，即使承认是总体解决办法的一部分。

207. 人们认为“酌情”一词的用法也不准确，如果在评注中加以解释或用实例予以说明，才可接受。有人建议将第 1 款和第 2 款合并，以提出一个较为准确的草案。该款的形状可以象一读时通过的条款那样：“抵偿可以采取以下一种或多种形式”，然后列出所有抵偿形式，从承认不法行为开始，不限制数目。

208. 有人担心第 2 款草案可以降低道歉的份量，而在一读中道歉是作为一种独立的抵偿形式出现的。也有人指出，道歉含有政治成份，因为道歉通常是政治谈判的结果。有人怀疑承认道歉是一种抵偿形式是否有足够的法律基础。

209. 关于第 3 款，有人认为不应该对清单中列举的措施加以限制，应该提及“充分赔偿”。不过，“如果情况需要”一语过于笼统，因为国家、法院和法庭完全知道在哪些情况下应该采取特别步骤，从而做出有利于自己的决定。

210. 关于第 3 款(a) 项，人们希望保留名义赔偿金的提法，将其列入第 2 款。特别报告员认为，如果保持第 45 条第 3 款的范围，可以将名义赔偿金一节纳入关于反映侵犯之严重性的赔偿金的(b) 款。

211. 关于(b) 款，有人指出，即使没有物质损害，抵偿的同时或之前也可以支付赔偿金；“充分赔偿”一词包含了这种可能。相反，也有人认为，该案文包含一层不正确的含义，认为支付赔偿金是充分赔偿的一部分，为了消除不法行为的一切后果必须支付赔偿金。第 45 条的这一概念与第 44 条重叠，因此可将第 44 条第 3 款(b) 项移至第 44 条或专门的赔偿金条款。

212. 有人认为，只有在“严重侵犯”不仅对受害国而且对整个国际社会都至关重要的规则即犯有国家“罪行”时，才可考虑名义赔偿金问题。所以，应该将这一条款移至犯罪后果一章。有人希望按一读通过的案文将赔偿的范围限制于“严重侵犯受害国权利的情况”。也有人认为，不应该让第 3 款(b) 项局限于犯罪，而是应该按特别报告员的建议予以保留。也有人指出，“侵犯之严重性”一语可以解释为既指不法行为的严重性，也指所遭受损害的严重性。

213. 有人不同意在“抵偿”的标题下讨论“惩罚性赔偿”和“道义赔偿”问题，认为可以将该项删除，但不应妨碍委员会今后进一步讨论惩罚性赔偿问题，例如在严重违约、特别是一读通过的第 19 条所涉国际“罪行”的情况下可以这样做。

214. 特别报告员强调第 3 款(b) 项不涉及惩罚性赔偿问题，而涉及一些法律体系所称的“严重损害”或“表示性”赔偿。如 I'm Alone 一案⁵¹ 表明的，在有些情况下，必须承认不法行为的严重性，这些情况不限于“严重侵权行为”。

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

⁵¹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，第 1609 页(1935 年)。

216. 有人提出,第45条或评注应该具体提及对国际不法行为的原因进行调查,将其当作抵偿的一种形式。不过,将调查当作一种抵偿形式应该谨慎行事,将其当作抵偿进程的一部分可能更为合适。

217. 一些委员会认为,国际刑法近期出现一些赞成保留(b)款的因素。有人建议将该款加在第3款(c)项的后面,规定原告国本身可以采取处罚或刑事行动,也可以将罪犯引渡到另一国或转移到对指控犯罪具有管辖权的国际刑事法庭。

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

219. 有人认为,第45条不必提及“羞辱”一词,因为责任国已羞辱了受害国,它受避免羞辱无须避免。成比例的要求就足够了。既然某些国家认为承认不法行为本身可能意味着是一种羞辱,那么第4条的规则不应理解为全文适用。

220. 相反,有人主张保留羞辱一节,因为抵偿应该避免羞辱:有人担心力量的不均衡,历来是强国对弱国提出羞辱性的抵偿要求。在这方面,有人建议将英文本中“Should”一词改为“Must”或“Shall”。这样做,可以保证国家之间的主权平等。

(e) 利 息(第45条之二)

221. 有人赞成第45条之二的宗旨,特别因为一读通过的条款草案在利息问题一带而过。不过,这方面的条款应该与第二部分的职能相一致,即确保受害国得到不法行为国的充分赔偿。也就是说,利息问题与第44条有着密切的联系,可以在第44条的范围内处理,或作为第44条第2款,或作为第44条之后的一个独立条款,专门阐述依第44条应付赔偿金的利息以及利润损失和复利问题。关于后一问题,有人认为应该注意重复赔偿。此外,不能认为,如果未发生不法行为,受害国也能赚取所涉本金的复利。特别报告员指出,虽然应付利息的本金通常是第44条所规定的赔偿金,但是可预见到不涉及本金但支付利息的情况。

222. 有人建议第1款第二没有必要,应该删去。第2款“除非另外商定或决定”的字样,也没有必要,因为这是对第二章所有条款甚至对整个条款草案适用的预先警告。至于应计利息的日期,人们认为实际上利息应该从不法行为实施之日或从损害发生之日,更确切地说应该从赔偿金无法弥补全部损失之日算起。所以,第45条之二应该重新拟订。特别报告员答复说,决定性日期原则上应该是发生损害之日,但法庭在判决上通常表现出一定的灵活性,这一点应该反映在案文中。

(f) 减轻责任(第46条之二)

223. 有人赞成列入第46条之二,因为其中包含了国际法逐步发展的成份。人们也怀疑减轻责任的条件是否适用于恢复原状。如果适用,那么恢复原状的客体将受到限制,因为不法行为国在决定恢复原状的范围上可能有一定发言权。也有人指出拟议条款草案的标题没有准确地反映它的内容。

224. 提出的条款草案第46条之二是对第42条第2款的改进,不过人们也有各种担心,认为赔偿的程序可能与确定责任的主要规则相混淆——尽管是无意的。所以,应该指出所涉问题不是主要规则,而是确定应予赔偿程度时可以考虑的一个因素。

225. 关于(a)项,有人认为只有严重的过失或严重的渎职可被认为能够限制赔偿的范围。

226. 特别报告员在答复该问题时指出，(b)项不限于委员会前届会议讨论过的“清洁之手”的理论。⁵² 他提到了 Gabcikovo-Nagymaros 案，国际法院在该案件中承认“有义务”减轻损害，即在确定赔偿额时可以考虑受害国是否采取合理行动减轻损害的问题。但是关于“义务”的提法不应理解为如果违反了义务，则次要规则将适用，必须进行赔偿。相反，如果不减轻责任，将对可赔偿的损失加以限制。但也有人认为，(b)项可能会引起困难，因为它要求国家对所有可能类别的违反国际法的行为采取预防措施，这样才能得到充分赔偿。

12. 特别报告员对第二章的总结

227. 特别报告员同意关于恢复原状义务(第 43 条)的程度取决于所涉主要规则。也就是说不可能中存在着“法律”因素，但是只要说明第 29 条之二适用于第二部分，那么一读通过的(b)项就变得没有必要。各国认为出于国内的法律原因，恢复原状是不可能的，这一论点不应成为实施国际法的理由，但应该说明国际法的主要规则在这一阶段发挥作用。

228. 关于恢复原状的狭义或广义概念问题，他赞成狭义的概念。Chorzow Factory 案判决涉及到广义的赔偿，因此是一般意义的恢复原状，而不是第 43 条意义中的恢复原状。由于德国的反对，法庭在签发判决时已排除了后一种措施。第一章中已载明，赔偿必须是充分的。如果不对恢复原状作此一狭义理解，那么第 43 条与其它赔偿形式之间就可能出现不可能的重叠。委员会在一读时已明确表示采取这一做法，而且各国政府并未给予批评。

229. 关于对谁恢复原状的问题，起草条款草案时，必须考虑到双边的受害国能够援引，多边的几个受害国之一能够援引，象 1966 年西南非案⁵³ 中处于埃塞俄比亚和利比里亚地位的国家也能援引。要求恢复原状的可能有不同的国家，它们基于各种利益提出索赔，这一点也应反映在案文中。

230. 关于补偿的第 44 条，特别报告员准备拟订一个更加详细的条款，但必须考虑所涉的不同法律关系，包括与非国家实体的法律关系。现代的责任概念要求在多层次考虑问题。

231. 他还指出，委员会大多数委员赞成重新引入利润损失的条款，但一读通过的第 44 条遇到的困难是它否决关于损失的现有法律。如果重新引入这类条款，则需要另一条或另一款。第 45 条之二也有同样的问题。他的选择是单独保留第 45 条之二，不将其纳入第 44 条。因为有可能拟订关于利息的专门案文，那么也可以单独处理利润损失问题。

232. 关于道义损害的赔偿问题，显而易见第 44 条涉及到对个人道义损害的赔偿，而所谓的国家道义损害则打算放在第 45 条。出于他在第 45 条中说明的原因，“道义损害”一词可能引起混乱。不过，对该款的内容应该加以说明，“道义”这样令人怀疑的词语应放置在评注中。

233. 关于抵偿问题的第 45 款草案，条款草案的辩论表明各种观点差异很大。抵偿有着深刻的理论和判例基础，取消它将是一个根本性的变化。抵偿的概念有着双重的作用，有些方面与赔偿类似，这一点与《欧洲人权公约》第 41 条一样。国际冲突的非物质方面有时很重要，解决分歧必须“满足”双方的要求。这需要达成协议，使用“提供”一词暗示发生了满足。

234. 特别报告员在报告中承认抵偿的机制常被滥用，但也认为这不是取消这一条款的充分理由，而是应该重新审查，让其发挥现代的职能。一读通过的第 45 条提出的主要问题是，它没有要求不法行为为国承认不法行为的存在，也没有要求法庭宣布不法行为的存在。在现代实践中，抵偿的通常形式是宣

⁵² 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 411—415 段。

⁵³ 西南非案，第二阶段，《1966 年国际法院报告书》。

布不法行为的存在，如 Corfu Channel 一案那样。表示遗憾或道歉暗示发生了不法行为，可履行同样的职能。它的意见是分离抵偿的概念，将它的标准形式即不法行为国承认不法行为或法庭宣布不法行为与例外形式区分开来。对此，他反对第 2 款和第 3 款合并，这样做可能使区别含糊不清。

235. 关于第 3 款，他说，提及的抵偿形式主要是表态性的，即只具象征意义。在有的案件中如 I'm Alone 一案中判决给予巨额赔偿，也被看作是抵偿。委员会在一读通过这些条款草案时，选择在第 45 条中而不是第 44 条中处理这些情况。这样做以不令人满意的方式限制了这一概念，即将私人侮辱这一广义的非物质伤害与国家伤害相区别。减少对可能滥用抵偿的担心，方法之一是确认对非物质损害也可以按第 44 条给予赔偿，即允许赔偿国家遭受的损害。那么第 45 条就只限于解决争端的非货币和表示性成份了。

236. 特别报告员指出，保留主要抵偿形式的非限制性清单很有用。他对于条款草案是否保留名义赔偿金问题没有特别的偏爱。他还指出进行调查可能很重要，因为可以了解实际发生的情况，并且可以迫使有关国家做出保证并保证不再发生。

237. 关于第 3 款(c)项，他指出，可以认为该项的内容已包含在主要规则中，不属于抵偿的主要职能。

238. 关于第 4 款，他回顾说，委员会的多数人同意成比例的概念，但强调第 4 款的主要目标是防止在抵偿上提出过份的要求。

239. 关于利息问题的第 45 条之二，一些委员认为利息是赔偿的一部分，但多数人希望设立一个单独条款，尽管利息只是赔偿的附属部分。他自己的意见是，关于利息的规定不应该列入赔偿一条中，因为在有些情况下可以对赔偿金以外的本金支付利息，例如按主要规则应支付的本金就是这样。

240. 关于第 46 条之二，特别报告员认为，虽然该条的主要目标是限制赔偿数额，但某些情况下具有不同的效果，例如推迟提交索赔可能使法庭做出无须支付利息的判决。

241. 关于(a)项，他指出，大多数委员支持这一案文，该案文与一读通过的案文十分接近，已为大多数成员国所接受。但是，在讨论过程中，也出现了一些分歧，有人赞成详细条款，有人则希望较简明的行文。将由起草委员会寻求协调这两种不同意见。

13. 特别报告员介绍第二部分之二：国家责任的履行

第一章 援引国家责任

(a) 第二部分之二概论

242. 特别报告员回顾了委员会暂时同意制订关于责任国义务方面的第二部分，同时纳入新的第二部分之二，处理受害国援引责任的权利。委员会还接受了特别报告员提出的一种区别，即作为国家受害者的受害国，与那些虽然本身未因不履行义务行为受到具体影响但对援引责任有合法关切的国家，两者之间有所区别。

243. 本报告第二份增编处理了受害国援引责任问题，受害国即指作为双边义务当事方的国家，或特别受不履行多边义务行为的影响或必然受其影响的国家。这不妨碍对于另一类国家即属于第 40 条之二第 2 款类别的国家以各种方式援引责任权利的特别规定，此事项将在下文讨论。

(b) 援引国家责任的权利(第 40 条之二)

244. 尽管第 40 条之二在条款草案中的位置仍然是暂时性的，但委员会曾在早些时候对它进行了辩论。后来特别报告员建议将该条草案置于第二部分之二的第一章。他指出，在通常情况下，受害国可选择是否坚持要求恢复原状，还是要求获得赔偿。他不同意认为受害国可选择抵偿方式，即虽然受害国有权坚持采用特定抵偿方式，但不可绝对地坚持得到某种抵偿。然而，受害国有权拒绝恢复原状而要求获得赔偿。但正如“有效”选择的概念确认的那样，对受害国这样做的权利存在着一些特别的限制。这些问题通常是在持续履行首要义务的情况下予以处理，而不是如同在各种赔偿方式之间那样，通过任何的选择机制进行处理。

(c) 一受害国援引责任(第 46 条之三)

245. 特别报告员建议，关于援引责任正式要求的第 46 条之三⁵⁴应以类似的《维也纳条约法公约》第 65 条为基础。拟议的条款草案第 1 款要求对索赔要求发出通知，作为最低的要求，因为久久不进行通知已产生了某些后果，例如可认为该国已放弃索赔要求。

246. 至于第 2 款中是否可提出索赔的问题，特别报告员指出，尽管关于外交保护的专题将涉及索赔的国籍规则和用尽当地补救办法规则的详情，但这些是是否可提出索赔要求本身的条件，不是不属关于国家责任条款草案范畴的司法可受理性问题。作为此种条件，它们应在条款草案中提及，而他建议第二部分之二第一章是较适当之处。

(d) 援引责任权利的丧失(第 46 条之四)

247. 特别报告员指出，《维也纳条约法公约》处理援引暂停和终止一项条约理由的权利的丧失问题。由于在实践中常常提出这种问题，建议用一项类似的条款来处理丧失援引责任的权利作为第 46 条之四是适当的。⁵⁵存在着下列丧失援引责任权利的可能理由：弃权、延误、解决和终止或暂停受到违

⁵⁴ 特别报告员拟议的第 46 条之三案文如下：

第 46 条之三

一受害国援引责任

1. 根据这些条款谋求援引另一国责任的一受害国应将其索偿要求通知该国，并应具体指明：
 - (a) 它认为应要求责任国按照第 36 条之二的规定作出何种行动，确保停止任何持续性不法行为；
 - (b) 应采用哪种赔偿形式。
2. 在下列情况下，不得根据第 1 款援引一国的责任：
 - (a) 未按照涉及索赔国籍的任何适用规则提出索赔要求；
 - (b) 索赔要求适用用尽当地补救办法规则，但尚未用尽为之提出索赔要求的个人或实体可利用的任何有效的当地补救办法。

⁵⁵ 特别报告员拟议的第 46 条之四的案文如下：

第 46 条之四

反的义务。后者很重要，它可说是一种反证，因为现代的仲裁法庭指出，终止或暂停受到违反的义务并不造成援引责任权利的丧失。

248. 拟议的案文确认丧失援引责任权利的两种理由，即包括通过达成解决办法作出的弃权，以及不合理的延误。就弃权而言，在正常情况下，受害国无疑有权放弃对责任的索赔要求。这表明了一般的同意原则。然而编制国家给予同意的方式的法律是不可行的。可以视为与弃权类似的一种情况是无条件接受提供的赔偿（甚至是部分赔偿）；换言之，是解决争端。丧失援引责任的权利的第二个依据是时间过迟；国际法未规定索赔的时期或时限，但可能出现的情况是责任国有理由认为索赔要求业已放弃，这一概念已纳入单独的一款。

(e) 数个受害国(第 46 条之五)

249. 特别报告员回顾指出，他的第二次报告介绍了第一部分第四章的数个国家问题和涉及一个以上国家的责任性质这一令人烦恼的问题。一般的观点是委员会应对此作更详尽的讨论。他指出在使用术语时有依靠国内类似法律的倾向。实例包括诸如“共同连带责任”或“共同”责任。事实上，已有将诸如“共同连带责任”或“共同连带赔偿责任”等用语纳入条约的情况，1972 年 3 月 29 日《外空物体所造成损害的国际责任公约》就是如此。⁵⁶ 然而，问题在于不同的法律体系对此种责任往往有不同的理解，甚至在其中诸如合同法和侵权行为法不同的领域内也是如此。因此在这一领域内借助国内类似法律时应极其谨慎。

250. 他建议将第 46 条之五作为讨论的基础。⁵⁷ 这不妨碍某一体制的当事国制订一套该体制在一个以上国家、实体或个人的活动方面应遵守的规则。在没有特别安排的情况下，情况相对简单：如果按第 40 条之二第 1 款狭义界定的受害国不止一个，每个受害国可为各自利益援引责任国的责任。

(f) 数个国家应为同一国际不法行为负责任(第 46 条之六)

251. 特别报告员指出，第 46 条之六⁵⁸ 处理一个以上国家应对某一损害负责的情况，这种情况有别于一系列国家分别对某国造成损害的情况。典型的实例是 Corfu Channel 案，在该案件中，甲国在

援引责任权利的丧失

在下列情况下，不得依据这些条款援引一国的责任：

- (a) 已经或是通过无条件接受提供的赔偿的方式，或以其他明确的方式，有效地放弃了该索赔要求；
- (b) 未在受害国注意到损害后的合理时间内将索赔要求通知责任国，而且出现的情况使责任国得以有理由地认为将不再提出该项索赔要求。

⁵⁶ 《联合国条约汇编》，第 961 卷，第 187 页。

⁵⁷ 特别报告员拟议的第 46 条之五的案文如下：

第 46 条之五

数个受害国

在两个或两个以上国家由于同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国可为各自利益援引实行了该国际不法行为的国家的责任。

⁵⁸ 特别报告员建议的第 46 条之六的案文如下：

应为同一国际不法行为负责的复数责任国

乙国应对存在地雷负责的情况下在乙国领土上埋设地雷。乙国在这种具体情况下的责任并不免除甲国的责任。同样，按照第一部分第四章的规定，一些国家可同时对造成同一损害的同一行动负责。

252. 这一条款受到了两方面的限制。首先，第 2 款(a)项规定不得双重取回损失赔偿的规则，作为对取回赔偿的限制，法院和法庭已确认这一点。然而，出现这种问题的情况主要是该受害国是向几个国家提出同一索赔要求，至少是对同一损害提出索赔要求。虽然还可设想出另一些情况，但条款草案不能处理多重责任情况所有的程序后果。因此，在处理复数责任国的条款中提及不得双重取回赔偿的规则已经足够。

253. 此外，(b)项纳入了两条保障条款，一是关于诉讼是否可受理的问题，二是关于要求国家之间分担的问题。关于前者，首先参照的是对货币黄金案的裁决，⁵⁹ 虽然该项裁决纯粹是司法程序裁决。至于应在国家间解决的分担问题，推断的结论是受害国因可归咎于甲国的行为而受到的损害可获得充分赔偿，即使该同一行为也可归咎于乙国，或乙国应对其负责，情况也是如此。此种原则是在对 Corfu Channel 案作出裁定后产生的，并得到了一般法律原则和公平考虑因素的支持。

254. 特别报告员回顾指出，他也在报告中考虑过非诉案范围外原则，⁶⁰ 即法院不得在国际索赔要求方面判予一国多于它要求得到的赔偿。虽然法院广泛确认这一原则，但它其实是体现了根本的选择原则，因此不需要在条款草案中具体确认。

14. 第二部分之二辩论概况

第一章 援引国家责任

(a) 援引国家责任的权利(第 40 条之二)

255. 关于将第 40 条之二放在第二部分之二里的建议，有人指出，第二部分不应包含任何内容，表明对哪些国家负有国际责任产生的义务。同样，对第二部分之二还需加以补充，因为特别报告员提出的第 40 条之二，对受害国和在法律上有关系的国家之间作了区分，但必须明确，在法律上有关系指的是什么。虽然第 46 条之三规定援引责任的受害国有权选择赔偿的形式，但对后面一类国家却只字未提。例如那些国家可要求停止和作出保证，保证不再发生。

1. 在两个或两个以上国家应为同一国际不法行为负责的情况下，每个国家的责任应根据与该国行为有关的本条款草案予以确定；

2. 第 1 款：

(a) 不允许任何国家、个人或实体取回多于所受损失的补偿；

(b) 不妨碍：

(一) 法院或法庭是否可受理诉讼的规则；

(二) 责任国之间分担责任的任何要求。

⁵⁹ 1943 年从罗马挪走货币黄金案(初步问题)，《1954 年国际法院报告书》，第 19 页。

⁶⁰ A/CN.4/507/Add.2，第 244-247 段。

(b) 一受害国援引责任(第 46 条之三)

256. 委员们普遍表示支持增加一个援引责任采取什么形式的条款,大体上可按照特别报告员的建议。

257. 关于特别报告员提出的第 1 款前面讲到的通知要求,有人认为,类比援引《维也纳条约法公约》第 65 条规定的条约的失效、暂停或终止,过于牵强附会。没有理由为什么一国在援引责任之前,必须首先提出抗议或表示意图。

258. 此外,对案文没有要求索赔通知必须书面提出,有人表示支持。在这方面,不宜比照《维也纳公约》第 23 条。各国并不一定总是以书面联系,而且也并不一定清楚“书面”都包括哪些不同的行为。各种通知的形式,从非正式的或秘密的提醒,到公开声明或正式抗议,都可作为通知的适当形式,视情况而定。举出一个例子,在 Phosphate Lands in Nauru 一案⁶¹ 中便采取了灵活的办法。因此,任何要求书面通知的建议,并不反映现行做法,或国际法院采取的标准。另一方面,一些委员则建议,以“书面通知”取代“通知”。还有人建议,此处明确采用“正式通知”或“通知”。特别报告员在回答时指出,他的方案只用了“通知”,较“书面”更为灵活;他同意在很大程度上要取决于具体情况。

259. 关于(a)和(b)项,有人建议,英文本第 1 款中模棱两可的“should”应改为“shall”,以使这两项规定带有强制性。但也有人认为,“should”一字更准确地反映了法律现状。也有人建议,应删去(a)和(b)项,而在评注中加以反映。

260. 这几位发言人认为,1(a)项给人的印象是,受害国可以决定应如何行事,而情况并非如此。负有责任的国家有权对违背规则应当采取的行动以外的行为表示反对。还有人建议,规定应是指示性的,而不是限制性的,以便不仅仅限于停止。

261. 关于 1(b)项,有人认为,受害国有权选择赔偿形式没有得到充分明确的表述,因为只是一般地讲到索赔的形式和程序,而没有讲到它的目的和内容。条款草案应明确规定选择的权利:只要有可能和不过分,受害国均可根据第 43 条要求复原;在违反一般国际法强制规范的情况下,受害国不能放弃要求复原,因为遵守这一义务关系到整个国际社会的利益;但在其它情况下,国家完全可以放弃要求复原或补偿,而要求抵偿。另一种观点认为,第 1(b)条确已清楚地规定,受害国有权选择赔偿应采取何种形式。还有人认为,受害国选择赔偿形式的“权利”不是绝对的,特别是在实物复原可能的情况下,否则复原优先于赔偿的规则便毫无意义了。具体而言,是否可以推断这种选择权是受害国的一项主观的权利,对之负有责任的国家也有相应的义务(提供受害国“正当”选择的赔偿形式),对此有人表示怀疑。实际上,最经常的选择,是根据有关各方的协议,在复原和赔偿之间的选择。而选择赔偿形式,应看作是受害国的一种“选择权”或“索赔要求”,不同于责任国必须遵守的权利。在实践中,选择赔偿形式的问题应放在较后的阶段,在与责任国初步接触之后,因此这个问题不应与第一次提出索赔通知混淆。

262. 另外还指出,虽然条款草案只在国家间的关系上作了规定,但这种关系却可能受到另一个因素的影响,即赔偿的受益人是国家以外的个人或实体,索赔可能会为他们带来好处。因此,有人建议,应承认个人有可能在选择赔偿形式上有一定的发言权。

263. 关于第 2 款,有人建议将它单列一个条款,题为“行使外交保护的条件”,因为它与第 1 款没有明显的联系。

264. 有人表示担心,第 2 款(a)项中讲的索赔国籍的规则,可能会给今后外交保护专题的工作预先定下框框。而且,“索赔国籍”一词也不准确,用“国家代表个人提出索赔有关个人的国籍”较好。

⁶¹ Case concerning Certain Phosphate Lands in Nauru 案,《1992 年国际法院报告书》,第 240 页。

265. 对第2款(b)项还指出,在条款草案中放进一个用尽当地补救办法规则的条款,将限制委员会在外交保护专题上采取行动的自由。因此最好用一个较为中性的表述,可以规定根据国际法的适用规则,应用尽当地的补救办法。这种中性的办法还可避免对这个问题先下定论,在这个问题上应采取用尽当地补救办法的规则,实质性的,或程序性的。其他人则认为,特别报告员的表述似乎倾向于程序性理论,而这样做是对的。即使如此,似乎也应在第四部分收入一个一般性的关于外交保护法的保留条款。

266. 特别报告员在答复中讲到,委员会曾在审议他的第二份报告时审议过用尽当地补救办法的问题⁶²,当时的结论是,不对这个问题下定论,因为适当的办法(实质性或程序性)取决于具体情况。在很清楚违反情况已经发生的情况下(如酷刑),用尽当地补救办法是一个可以放弃的程序性先决条件;而在其它情况下,剥夺司法权是赔偿的实质。也有可能存在介于两者之间的情况。第46条的表述无意对这个问题造成损害。而且,条款草案中最好具体说明,因为至少可以提出用尽当地补救办法的规则适用于外交保护以外的领域,如适用于一般国际法下个人的人权索赔。重要的是各项人权条约中的条款将当地补救办法的规则列为一般国际法下适用的规则。

267. 关于不超出诉讼请求的原则,有人表示赞成不将它收入条款草案,因为法院有权在特殊情况下规定高于索赔人要求的赔偿。收入这项原则还可能限制各国际法庭就适当结合各种补救措施作出决定的灵活性。然而,另一些委员认为,这项原则是实在法的一个组成部分。

(c) 援引责任权利的丧失(第46条之四)

268. 有人认为,此处使用的“放弃”一词含义过宽。因此建议改用较泛的“默许”。一种意见认为,“无条件的”和“明确的”须加以澄清。建议也可以规定部分放弃援引某种赔偿形式的权利,即选择的补救办法是部分放弃的形式。还有人表示认为,解决办法不能算作是一种放弃,而应单独处理,因为一国的单方面行动是不够的。解决办法必须通过双方国家采取行动达成。无条件接受一种赔偿建议是否可以划入放弃类,也有人表示怀疑。

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

270. 关于延迟和消灭时效问题,有人表示同意特别报告员的意见,时间的流逝本身并不造成索赔的失效。在普通国际法中,是否所有各类都承认消灭时效,有人表示怀疑。在“犯罪”问题上,它肯定是不适用的,犯罪被认为是不受时效限制的。类似的例子,还有一些国家在非殖民化过程中,在适用时效概念上遇到的困难,在很多情况下,使这些国家能够援引另一个国家责任的证据在它们独立时还无法掌握:国际法院在 *Phosphate Lands in Nauru* 一案中对这些条件因素给予了考虑。同样,采用“合理的时间”,被认为过于含糊。其他人不同意这种意见:这个概念有其用处,让法院根据每项索赔的是非曲直,决定延误通知是否构成丧失援引责任权的理由。对在报告中讲到 *La Grand* 一案⁶³ 用来说明丧失援引责任权,引用这个例子是否适当,还有人表示怀疑。

271. 有人认为,最好将最后一句“责任国可能有理由相信将不再提出索赔”,改为讲索赔人如何反应,因为讲责任国如何看待这个问题,可能会造成举证问题。另外还建议,整句话都不够清楚,带有主观性,可以删去。

⁶² 《大会正式记录,第五十四届会议,补编第10号》(A/54/10),第220-243段。

⁶³ , *La Grand case, Request for the Indication of Provisional Measures*, 《1999年国际法院报告书》,第9页。

(d) 数个受害国(第 46 条之五)

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

273. 但同时也有人认为,第 46 条之五设想的情况过于简单化。举例而言,曾在欧洲人权制度下代表一些个人(非本国国民)对《欧洲人权公约》的一个缔约国提出过多项索赔。除有关个人提出索赔外,该《公约》的任何其他缔约国也均可提出国家间的指控。此外,国籍国有权根据一般责任制度援引有关国家对国籍国国民所受损害的责任。而且,如果是严重违反了一项普遍义务,任何其他国家也都有权援引严格意义上的责任。因此,同一不法行为可以设想有四种不同形式的后果。同样,规定没有充分考虑国际组织卷入多国行动的情况,特别是对一个组织的成员国,当它们在该组织的范围内采取行动责任是共同和多方面的情况下,对它们自身责任的影响。有人认为,若干国家的不法行为,并不因它们根据一个国际组织的决定采取行动而受影响。但也指出,国际组织的责任问题不在本条款草案的范围内。

274. 对于将《外空物体所造成损害的国际责任公约》作为一个例子是否合适的问题,有人表示了不同的看法。虽然它可以作为一个共同和多方面赔偿责任现象的实际例子,但一些委员认为,该《公约》是一个孤立的例子,之后还没有任何同样的情况,因此不能证明是国际法中的某种趋势。其他人则认为,提及该《公约》是完全合理的,并应扩大到包括《公约》第 6 条,其中包括了赔偿责任和责任的要素。特别报告员指出,报告的作用是提出有关做法,不管是否与达成的结论一致。他本人就曾提出,外空物体公约的共同和多项赔偿责任制度和欧盟范围内的各种协议制度,都不能反映国际法下的总体立场。

(e) 数个国家应为同一国际不法行为负责任(第 46 条之六)

275. 虽然对提出的条文表示支持,但认为第 1 款会造成一些问题,因为并不一定总是十分清楚确实存在“同一国际不法行为”,且有多个国家从事这一行为。可能会出现不同国家的多个不法行为造成同一损害的情况。例如 Corfu Channel 一案,很难说实际上有两个不法行为而不是一个。其他人则认为,Corfu Channel 一案证明国际法是在向共同和多起责任的概念发展。如果几个国家的国际不法行为造成了同一伤害,那么那些国家的每一个都必须修复共同造成的损害,然后它们也可以共同对其它负有责任的国家提出要求,如在 Phosphate Lands in Nauru 一案中的情况。

276. 关于报告第 275 段中讲到的在第 46 条之六范围内国内法类比的辅助性,有人指出,《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项中讲到的一般法律原则是以国内法的类比作为根据。另有人指出,那种类比在这个领域的相关性有限,因为各国采用的办法和术语有很大差异。

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

278. 关于第 2 款,有人表示最好重新起草这项规定,将它另行安放,放在关于赔偿的第 44 条中。至于第 2 款(a)项,建议防止重复追索的规则不仅可以适用于多数责任国的情况,而且还可更为普遍地适用;另一方面,用不着讲国家以外的“人或实体”的追索权,那个问题主要是外交保护专题的问题,所根据的理解是国家和因其国民个人受到伤害而受到伤害。此外,有人表示最好讲赔偿而不用补偿。

279. 关于接受程序的规则问题,对(b)项(一)目提出了不同的意见。有人建议把它挪到评注中,因为条款草案无须论及程序问题,但也有人支持保留这一规定。

280. 关于(b)项(二)目,有人提出,缴款的要求是普通法的概念,而非民法概念。因此最好采用一个较为中性的表述。

15. 特别报告员对第一章的总结

281. 特别报告员注意到,委员会基本同意应在条款草案中纳入关于援引国家责任的一章,以示与关于国际不法行为的直接后果的章节有所区别。

282. 关于条款第 46 条之三,他认为“通告”一词不如“通知”一词正式。对于通知的正式程度以及是否应为书面通知的问题,大家意见不一致。他暂时倾向于委员会多数人的意见,即通知不应是书面形式。

283. 更实质的问题是赔偿形式的选择问题。如果赔偿(包括恢复原状)问题牵涉到继续履行义务的问题,情况显然不一样。也许受害国一国并无权自行同意责任国可不继续履行义务。任何一条选择方面的原则均不可能置这一情况于不顾。284. 因此,委员会关注的只是当恢复过去原状至为重要时的情况,以及没有继续遵守义务的要求时的情况。问题是,在这些情况下,受害国能否自由选择赔偿形式,或者如果有可能恢复原状的话,责任国能否坚持要求恢复原状,而不进行赔偿。如果受害国已经遭受了可以估量的财政损失,而这一损失尚未因恢复原状而得到充分赔偿,则责任国可否坚持要求恢复原状?他不敢肯定过去曾发生过这种情况;这一问题比较棘手,纸上谈兵很难解决。在放弃方面,他选择了“