

大会

Distr.: General
30 April 1999
Chinese
Original: French

国际法委员会

第五十一届会议

1999年5月3日至7月23日,日内瓦

关于国家责任的第二次报告

特别报告员 詹姆斯·克劳福特先生

增编

目录

段次 页次

二. 审查第一部分条款草案(续)

C. 第一部分,第五章:解除不法性的情况.....	213-220	3
1. 导言	213-356	3
(a) 概览	213-214	3
(b) 第五章的演变	215	4
(c) 各国政府对第五章整体的评论	216-220	5
2. “解除不法性的情况”的概念	221-229	6
3. 审查具体条款	230-303	9
(a) 第 29 条:同意	230-241	9
(b) 第 30 条:国际不法行为的反措施	242-249	15
(c) 第 31 条:不可抗力和偶然事故 216-220	250-263	16
(d) 第 32 条:危难	264-274	21
(e) 第 33 条:危急情况	275-291	24
(f) 第 34 条:自卫	292-302	33
(g) 第 35 条:关于赔偿损害的保留	303	38

4.	不列入第五章的可能理由或借口	304-334	38
(a)	与强制性规范(绝对法)抵触的情况下履行义务	306-313	38
(b)	“不守约者不得要求践约的抗辩”	314-329	41
(c)	所谓的“清白”原则	330-334	49
5.	援引解除行为不法性的情况的程序性附带条件和其他附带条件	335-352	50
(a)	在援引第五章的情况下的损失赔偿	336-347	50
(b)	援引解除行为不法性的情况的属时效力	348	53
(c)	举证责任	349	54
(d)	丧失援引责任的权利	350	54
(e)	解决在解除行为不法性的情况的争端解决	351-352	54
6.	对第五章的结论	353-356	55

二. 审查第一部分条款草案(续)

C. 第一部分. 第五章:解除不法性的情况

1. 导言

(a) 概览

213. 第一部分,第五章例举了解除国际法不法行为的不法性的六种具体情况³⁹³ 如下:

- 同意(第 29 条);
- 反措施(第 30 条);
- 不可抗力和偶然事故(第 31 条);
- 危难(第 32 条);
- 危急情况(第 33 条);
- 自卫(第 34 条)。

第五章到第 35 条为止,保留了受损害国家为所受损害提出赔偿的可能,其所受到损害的不法行为但根据第 29 条和第 31 至 33 条解除了不法性。预期这种解除不法性的可能性不是因为反措施或自卫而引起的。

214. 按照条款草案所根据的精神,这些“理由”,“辩护”或“借口”,虽然可能有不同的说法,但显然是一般适用的。除非另有规定,³⁹⁴ 否则它们适用于任何国际不法行为,不论所涉违背义务的国家其义务是根据一般国际法的一项规则、一项条约、一项片面法令,或由于其属于某一国际组织的成员或因任何其他来源。

³⁹³ 第五章的材料见:Ago,第八次报告,《国际法委员会年鉴》1979 年,第二卷,第一部分,第 27-66 页,第八次报告增编,《国际法委员会年鉴》,1980 年,第二卷,第一部分,第 14-70 页;《国际法委员会年鉴》,1979 年第一卷第 31 至 63 页;184 至 187 页,195 至 208 页和《国际法委员会年鉴》1980 年,第一卷,第 153 至 194、220 至 223、227 至 231、235 至 240 页(全会辩论),《国际法委员会年鉴》,1979 年,第一卷,第 169 至 175、233-236 页,和《国际法委员会年鉴》,1980 年,第一卷,第 270 至 273 页(起草委员会的报告)。关于一般的国际非法行为的辩护理由或借口的讨论,见 SP Jagota, “State Responsibility: Circumstances Precluding Wrongfulness”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.16,1985,p.249;J Salmon, “Les circonstances excluant l’illicéité”, in *Responsabilité internationale* (Paris, Pedone, 1987/1988), p.89;A V Lowe, “Precluding Wrongfulness or Responsibility? A Plea for Excuses”, *European Journal of International law*, vol. 10,1999(in press)。For a discussion of circumstances precluding wrongfulness in relation to human rights see E. Wyler, *L’illicéité et la condition des personnes privées* (Paris, Pedone,1995)pp.183-219。

³⁹⁴ 亦即有相反的条约,构成第 37 条的‘特别法’:比较第 37 条。

(b) 第五章的演变

215. 就不遵守一项国际义务的一般辩护理由或借口提出声明是一件具有头等重要性的事,不论其中包括或排除了何种理由。对不履行的理由,编订目前这份清单的经过如下:

- 1930 年海牙会议。有鉴于各国政府对造成外国人损害的国家责任问题的问题单作出的答复,1930 年编纂国际法的海牙会议筹备委员会起草了若干讨论基础要点。³⁹⁵ 在题为“国家可以婉拒其责任的情况”下,列出了两条:

“针对外国人对国家或其他个人的威胁而必须立即自卫(讨论基础第 24 点);

“对该外国人所属的国家采取报复行为的理由”(讨论基础第 25 点)。³⁹⁶

筹备委员会考虑到,在外交保护的意义上,国家责任的范围还可能受到受损害国家采取的“挑衅态度”的影响(讨论基础第 19 点)以及国家不能为其武装部队“镇压暴动、骚乱、或其他动乱造成的损害负责”(讨论基础第 21 点)。但这些问题均未得到任何结论;

- **Gracia Amador** 的提议。在处理损害外国人的国际责任方面,Gracia Amador 提议在标题“免除责任;减轻和加重的情况”下³⁹⁷ 列出以下情况:

(1) 不可抗力;

(2) 危急情况;

(3) 外国人一方的错误。³⁹⁸

另一方面他又排除了某些特殊的“理由或情况”,因为它们不属于他的草案(自卫)范围,或属于“不受理”的范围(报复、不承认一个国家或政府和断绝或中止外交关系);³⁹⁹

- **国际法委员会关于条约法的工作**。Fitzmaurice 在他的第四次报告中列出了以下各种“有理由不履行的情况”:⁴⁰⁰

³⁹⁵ 国际联盟出版物,出售品编号:V,法律卷,1929 年,第 3 卷,第 19 页。“讨论的基础”载在 F.V.Garcia Amador 著“关于国家责任的第一次报告”,附件二中;见《国际法委员会年鉴》,1956 年,第二卷,第 223-225 页。

³⁹⁶ 同上,第 224-225 页在 Calvo 条款中提出的问题,在同一标题下也讨论所有当地补救办法。

³⁹⁷ 《国际法委员会年鉴》,1958 年,第二卷,第 72 页。关于 Ga Amador 对情况的讨论,见他的第一次报告,《国际法委员会年鉴》,1956 年。第二卷,第 203 至 209 页和他的第三次报告,《国际法委员会年鉴》,1958 年,第二卷,第 50 至 55 页。

³⁹⁸ 这三种情况列在草案第 13 条(1)-(2),第 13(3)条说“如果免除责任的理由属于不受理,[它们可能]构成在决定赔偿额时减轻责任的情况”。Garcia Amador 在他的第一次报告中也赞同地提到消灭时效的观念:见《国际法委员会年鉴》,1956 年,第二卷,第 209 页。

³⁹⁹ 《国际法委员会年鉴》,1958 年,第二卷,第 53 至 55 页。

- (1) 他方接受不履行;
- (2) 不可能履行(不可抗力);
- (3) 正当的军事自卫;
- (4) 民间动乱;
- (5) 自然原因造成的重大紧急情况;
- (6) 另一方以前的不履行;⁴⁰¹
- (7) 以正当报复的方式的不履行;
- (8) 与新的规则不符(绝对法的性质)。

在这份清单中,第(3)和(7)项相应于第五章的第 34 和第 30 条;第(2)、(4)和(5)项是或多或少地包容在第 31 条(不可抗力和偶然事故)中。Fitzmaurice 的清单中没有出现同意、危难和危急情况(第 29、32 和 33 条),或至少没有分别列出这几项。另一方面,第五章没有处理他的第(1)项(除非包容在‘同意’情况下),第(6)或(8)项。是否应处理这些分项,将在下文中讨论。⁴⁰²

(c) 各国政府对第五章总体的评论

216. 法国建议,或可在第三章中列进一项单一的条款,其中列出六种解除不法性的情况。⁴⁰³ 但它也指出,有些情况中的概念彼此不同的地方(同意、反措施和自卫同其他三项的不同),⁴⁰⁴ 把所有六种情况列进一项单一条款中,会模糊这种彼此的概念差异。

217. 大不列颠及北爱尔兰联合王国以相当长的篇幅分析了第五章中规定的“防卫”的性质。它同法国一样,建议认为,同意、反措施和自卫是属于一个法律类别,而与其他几项不同,因为它们引起的行为完全合法,因而排除了任何向其他有关国家作赔偿的问题。相同的,危急情况和危难有关的行为是非自愿的,并且“不能完全解除行为的不法性”。这类情况仍应(尽快)停止该行为并有为已造成的任何损害作出赔偿的责任。⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Fitzmaurice,第四次报告,《国际法委员会年鉴》,1959 年,第二卷,第 44 至 47 页,和他的评注,第 63 至 74 页。

⁴⁰¹ 通常这一条以拉丁文提出“exceptio inadimpleti contractus”(或更完整地,“exceptio inadimplenti non est adimplendum”)。Fitzmaurice 比较倾向于认为,在所有条约中这是一项暗示的条件,除非作明白地排除,而不是列为单独的法律原则:同上,第 70 页。

⁴⁰² 见第 304-329 段。

⁴⁰³ A/CN.4/488,第 71 页。

⁴⁰⁴ 同上,第 80,83 页。

⁴⁰⁵ 同上,第 80 页。

218. 日本支持保持第五章全部列举解除不法性的情况:必须将这些情况作明确界定并忠实地反映习惯国际法,日本同意将各种情况作出区分,即一类是根本不发生不法性问题的,另一类只是“解除”不法性,但可将不可抗力和危难归入前一类别。⁴⁰⁶

219. 联合王国和美利坚合众国都认为,一国可能以条约明示或暗示地将解除不法性的情况之一排除,不得以此作为一种不符合义务行为的借口。美国认为,可以用第 37 条(特别法)适用于第一部分和第二部分的方式来达到此目的。⁴⁰⁷

220. 鉴于这些评论,有提议讨论“解除不法性的情况”的一般概念,来处理第 29 条到第 34 条,审议是否还有任何其他值得列入第五章的作为不法行为的辩护理由或借口并提议最后审议援用第五章时是否还会引起任何具体的程序问题或其他后果。

2. “解除不法性的情况”的概念

221. 评论强调,第五章开列的情况“至少在正常状况下”并不是解除由本身为不法行为所引起的责任。这些情况其实首先是解除了行为中的不法特性。⁴⁰⁸ 据称第五章的标题及其基本观念来源于要从根本上区分“‘不法性’的概念同‘责任’的概念,前者指一个国家的某种行为同国际法一项“主要规则”对该国规定的义务发生了冲突,而后者指该行为构成的法律后果,为国际法另一(‘次要的’)规则对该国的行为所定的法律后果”。⁴⁰⁹ 评论承认,虽有第 1 条中的一般用语,仍有一些情况是解除了责任而不解除该行为的不法性,只是解除了该国要对其行为负责而已。但评论也不认为将一件行动定性为不法却又不追究该国的责任的作法是有道理的。⁴¹⁰

222. 循着这种理路,评论继续解释,列举的六种情况“有一共同的基本特点即:使被指称违反国际义务的一项行为的国际义务确定地或暂时性地无效”。⁴¹¹ 这些情况应与减轻或加重的情况作出区分将在条款草案的第二部分处理。⁴¹²

某些初步的区分

223. 第五章的基本概念还需同若干其他的论点加以区分,这些论点可能具有使一个国家免受责任追究的效果,但这些论据并未按评论所解释的意义,“解除不法性”。首先,最明显的是,这些情况无关于一个法院或法庭对一项争端的管辖权或争端的可受

⁴⁰⁶ A/CN.4/492,第 11 页。

⁴⁰⁷ A/CN.4/488/,第 85 页。

⁴⁰⁸ 第五章的评论,第(2)段。

⁴⁰⁹ 同上,第(3)段。

⁴¹⁰ 同上,第(5)段。

⁴¹¹ 同上,第(9)段。

⁴¹² 同上,第(10)段,实际上第二部分中并没有系统地审议减轻或加重的情况。见第 42 条(2)和第 45 条(2)(c),两处旁及到这些情况。

理性的任何问题。⁴¹³ 其次,这些情况要同义务的组成要件区分,即引起不法性问题首先必须存在的各种因素,这些因素原则上已在义务本身有具体规定。在此意义上“解除不法性的情况”在国家法律制度中会象一般辩护或借口而使用,事实上第五章内列举的许多情况是某些或许多法律制度所承认的辩护或借口类同(如自卫、危急情况、不可抗力)。

224. 第三种区分是关于解除不法性的情况的效果,以及终止义务本身的效果的区分。此处第五章中的各种情况似乎再次是盾牌而不是利剑的作用。虽然这些情况可能保护一个国家的不法行为免于受到有理的指控,但它们并没有打消义务。而义务所根据的根本来源,——主要规则——也不因此受那些情况的影响。这种区分并不一定得到明白的思考,Fitzmaurice 对此作了如下的说明:

“为不履行某项条约的义务所提出的某些理由与造成一项条约终止或为条约终止作辩护的某些理由是相同的。然而……这两件事其实是有区别的,如仅就终止的情形来说……两者都是结束了条约,但在其他[情形下]……却并不都是如此,而且(假如容许有一点矛盾)不履行不仅只是有理由而已,它是“指向”一旦造成不履行的因素和为不履行辩护的因素不再存在时,即恢复履行……”⁴¹⁴

这种情况自第五章首次通过以来的两次重要案件的裁决中明显浮现出来。两次都考虑了不履行一项义务同终止一项义务之间的区分:

- “彩虹勇士”案仲裁中的有关部分的问题已经讨论过了。⁴¹⁵ 国际法庭认为,此处条约法和国家责任法都必须适用,前者决定条约是否仍然有效,后者决定当条约仍然有效时,违反条约的后果为何(包括任何明显违反的行为其不法性是否解除的问题)。⁴¹⁶

- 国际法院在“关于加布奇科沃-大毛罗斯项目案”中表示得更明确。匈牙利在 1992 年 5 月为宣称终止 1977 年的条约,援用了,除其他外,危急情况的理由,它并在 1989-1990 年中止其项目的工程时,引用这理由作为解除其行为不法性的情况。国际法院简捷地拒绝了这项辩护理由:

“即使查确有危急情况存在,但不能用作为终止一项条约的理由。它只能用作免除一国未能执行一条约的责任。它即使是有理的,也不因而终止一项条约;条约在危急情况持续存在时可能不生效;实际上它可能是在休眠状态,但——

⁴¹³ 相反地,为保护缔约一方的基本安全利益所必要的行为的一项条约例外,就条约而言,是具体的传统“解除不法性的情况”,并不进入法院或法庭的管辖权的范围:参看“关于石油平台案”(初步反对意见),《国际法院判例汇编》,1996 年,第 803 页,引文见第 811 页(第 20 段)。

⁴¹⁴ Fitzmaurice,第四次报告,《国际法委员会年鉴》,1959 年,第二卷,第 41 页。

⁴¹⁵ 见上文第 109 段。

⁴¹⁶ 《国际仲裁裁决汇编》,第二十卷(1990),第 251-252 页(第 75 段)。

除非缔约双方同意终止——它仍然存在。一当危急情况停止,遵守条约义务的责任立即恢复”。⁴¹⁷

225. 鉴于这些区别,有必要回到评注中所说的第五章的效果,即“使国际义务确定的、或暂时性地不履行”的问题。⁴¹⁸ 第一点是,虽然同样的事实可能成为例如,第 31 条下的不可抗力,成为《维也纳条约法公约》第 61 条的发生意外不可能履行的情况,但分析两者其间是有区别的。⁴¹⁹ 不可抗力只要继续存在便可以成为不履行义务的理由;而发生意外不可能履行则有理由终止条约(或暂停执行条约)。前者是指特定义务;后者是指作为义务的来源的条约。因此两种学说的适用范围是不同的。它们的适用模式也不同。一件偶然事故本身便足以作为不履行的理由,像是法律的操作。相形之下,条约不会因发生意外不可能履行而终止:至少必须有一方决定将其终止。至于根据一般国际法引起的义务,通常不能由一个国家片面地“终止”,即使是被另一国家重大违反或发生偶然事故。

226. 因此,一种解除不法性的情况是否能确定地使任何基本义务失效是值得怀疑的。解除不法性的情况所能作的,是为不遵守提供一个理由,只要能满足所援引情况的条件即可不履行。但如果基本义务终止,那援引第五章的需要便也终止了。同样地,如果违法的行动停止,便不再有不法性的问题。第五章只有在义务、不符合义务的行为和解除该行为不法性的情况都同时存在时才有意义。与其说解除不法性的情况使义务“确定地或暂时性地失效”,更清楚的是区分基本义务——除非已被终止否则对该国始终有效⁴²⁰——和解除不符合该义务行为的不法性的情况两种存在。这样还可以避免说因危急情况等而解除了不法性的行为是“符合”基本义务的怪论。行为虽不符合义务,但如果情况解除了行为的不法性,便也没有违法。⁴²¹ 国际法院在“关于加布奇科沃-大毛罗斯项目案”中对第五章条款草案便采取这一办法。国际法院在处理匈牙利危急情况的辩护时说:

“匈牙利声称的危急情况——假设其可以成立——不能因而允许得到这样的结论即……它的行动是根据其 1977 年条约的义务,或这些义务已停止对其有约束性。它只能允许认为,在此情况下,匈牙利的行动将不会引起国际责任”⁴²²

227. 在第五章的六种情况中,使本分析工作最感困难的一种是“同意”,因为很明显地,“同意”本身可以确定地使一项义务“不履行”,从而将其结束。然而,由于下列的原因,特别报告员不认为“同意”属于第五章的范围。⁴²³

⁴¹⁷ 《国际法院判例汇编,1997 年》,第 7 页,文见第 63 页(第 10 段);又见第 38 页(第 47 段)。

⁴¹⁸ 第五章的评注,第(9)段。

⁴¹⁹ 同上。

⁴²⁰ 如属条约义务,只能根据条约法终止。如属片面的义务,只能根据终止片面义务的法律(不论为何种法律)终止。如属一般国际法引起的一项义务,只能依照关于终止习惯法义务的法律的有关规则终止。它们都不属国家责任法的范围。

⁴²¹ 见上文第 10-14 段,在第 16 条下对这个问题的讨论。

⁴²² 《国际法院判例汇编》,1997 年,第 7 页,文见第 39 页(第 48 段)。

是解除不法性的情况还是责任?

228. 可以说第五章为反驳有充分论据的一项违反义务的申诉提供了一面盾牌。但尚不清楚的是,第五章包括的不同情况是否都能同样地适用或都同样程度的适用。似乎某些(例如,自卫和同意)情况使其行为合法;换言之,它们解除了不法性。行为如果符合《联合国宪章》第五十一条所提的自卫的要件,便是合法地行使一项“固有权利”,有如防卫国抵抗其侵略者。⁴²⁴ 但是一些国家的政府已指出,如为危难或危急情况,其地位便比较不清楚。⁴²⁵ 似乎不能说在危急情况或危难情况时,其义务“不履行”是对的。义务不仅存在,而且继续对情况发生影响,在决定情况是否真对一国形成危急情况或危难时,也必须考虑到其他国家或有关国家的利益。

229. 这就表示,第五章所包括的情况至少有两类,第 35 条隐然肯定了这一结论,即对第五章中的四种情形允许有允许向“受损害”国提出赔偿的可能性,但其他两种情形(自卫和反措施)不然。然而,在审议条款草案应否就解除不法性的理由(如自卫)和效果较弱的借口(如危急情况)这两者间作出更明确的区分以前,必须先审查第五章的各项实际规定。⁴²⁶

3. 审查具体条款

(a) 第 29 条:同意

230. 第 29 条规定如下:

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

“2. 第 1 款不适用于因一般国际法强制性规范而产生的义务。为本条款的目的,一般国际法强制性规范是指得到国家组成的整个国际社会的接受和承认和不容减损的规范,此类规范只能由以后具有相同性质的一般国际法规范加以变更。”

231. 评注中提出了关于“同意即不构成侵害”原则是否适用于国际法的疑问,并对这个问题作了有条件的肯定答复。就第五章而言,问题并不在于暂停,更不在于废止产生义务的主要规则。第 29 条所涉及的是,有关的其他国(或国际法另一法人)“不是同意全面停止施行该项规则…而是同意在某一特定情况中不适用该规则所规定的义务”。通常,该规则今后将继续存在;该项义务只不过是某一特定情况中暂不适用。⁴²⁷

⁴²³ 见下文第 230-241 段。

⁴²⁴ 这并不表示两国间所有有效的国际义务都因正当自卫而“不履行”。见下文第 296 至 299 段。

⁴²⁵ 见上文第 216-219 段。

⁴²⁶ 见下文第 353 段。

⁴²⁷ 第 29 条评注,第(2)段。

但为此必须获得有效的同意,也即获得不违反强制性规范的同意。此外,也许出于某些目的,需要若干国家的同意。在这种情况下,C 国的同意并不解除对 B 国而言的不法性。⁴²⁸ 评注中所举的例子多数涉及在一国领土上使用武力来镇压反叛、在外国领土驻扎军队、从事人道主义救济和救援或者在外国领土上进行逮捕或扣押。⁴²⁹ 但评述中也提到了“俄国赔偿案”(Russian Indemnity)。常设仲裁法院在该案中裁定,光是因为在 20 年中不断接受本金付款而没有提出抗议或保留其权利,俄国就丧失了要求支付延期偿付利息的权利。⁴³⁰

232. 要使同意成为解除不法性的情况,它就必须“在国际法上有效,明白确定,实在表示(排除仅为假定的同意),在国际上可归因于该国而且在其所指行为发生之前作出”。⁴³¹ 此外,该行为不得超出所给予同意的限度。⁴³² 评注接着较为详细地阐述了这些要求,强调必须获得根据条约法的有效同意。⁴³³

政府对第 29 条的评论

233. 对于第 1 款,奥地利对“在对该国的关系上”等限制性用语的使用提出询问,因为同意一般可使行为具有合法性。⁴³⁴ 法国怀疑“以有效方式”等字是否有用,因为它带有条约法的含意。⁴³⁵ 联合国不同意根据第二章行使属于国家行为的所有人都可以有效地表示同意。⁴³⁶ 例如,反叛运动的同意不会使国家受第 29 条规定的约束,即使根据第 15 条,该反叛运动的行为可能会被视为国家行为。其次,它认为,委员会应审议暗示或追溯同意的问题,尤其是对紧急情况中采取人道主义行动的同意问题。⁴³⁷

⁴²⁸ 同上,第(5)段,引述纽伦堡国际军事法庭所审理的奥地利对 1938 年德国吞并的同意问题;联合国, *Judgement of the International Military Tribunal for the German Major War Criminals*, Cmd. 6964(伦敦, Stationery Office, 1946), PP.17 et 以下,13 ILR 199, 文见 pp. 209-10。法庭否定奥地利曾表示同意,并指出由于 1919 年各项和平条约的缔约国没有同意,因而德国的吞并完全是非法的。

⁴²⁹ 第 29 条评注第(6)-(9)段,引述常设仲裁法院对萨瓦尔卡案(Savarkar)中关于在外国领土上逮捕问题的裁决。《联合国国际仲裁决汇编》,第十一卷,第 252-255 页(1911)。

⁴³⁰ 《联合国国际仲裁决汇编》,第十一卷,第 421 页,文见第 446 页(1912)。

⁴³¹ 第 29 条评注,第(11)段(加重语气为原文)。

⁴³² 同上。

⁴³³ 同上,第(12)段。

⁴³⁴ A/CN.4/488,第 81 页。

⁴³⁵ 同上。

⁴³⁶ 同上,第 81-82 页,引述第 29 条的评注第(15)段。

⁴³⁷ 同上,第 82 页。

234. 关于第 2 款,奥地利询问,是否需要提出强制性规范(绝对法)的问题。⁴³⁸ 法国对此问题的答复是坚决否定。⁴³⁹ 联合国同意法国的意见。它指出,围绕绝对法存在着不确定性。⁴⁴⁰

第五章中的同意场合

235. 各国政府对第 29 条的多数评论是指同意原则的提法,而不是该原则本身。这些评论引起了很大的关切,例如对第 1 款中“有效”一词的范围或第 2 款所提到的强制性规范的关切。但不仅在这些方面第 29 条所产生的问题多于它所解决的问题。第五章所述及的所有其他情况已有规定,或在其本身条款(不可抗力、危难、危急情况),或在条款草案内其他地方(反措施),或在《联合国宪章》所载、相当为人理解而且十分完善的一般国际法规则(自卫)。只有当同意作为解除不法性的条件时才受到诸如“有效”等措辞的不确定性的影响。此外,正如法国和联合国均指出的,与国际法其他领域(责任归属、条约法)的相似性导致无法清楚确定某一官员是否有权表示同意而对有关行为“解除不法性”。例如,在“萨瓦尔卡”案(Savarkar)⁴⁴¹ 中,同意将逃犯交还英船的宪兵无权代表法国订立国际协议的情况与该案无关。当然,他的行为本可根据第一部分第二章属于法国的行为,但这仍然无关该案。问题在于他对交还逃犯的同意是否充分。在这个问题上,第 29 条没有规定。评注还作了进一步阐明,但其中的一些澄清在该条中并未明述,而更重要的是,它很少甚至根本没有阐述第五章所涉实际或表现的同意权。很有可能的是,关于究竟谁有权同意不按某一既定规则行事的问题,至少在一定程度上取决于该项规则。对搜查使馆馆舍表示同意是一回事,以不同于被引渡罪名的指控来审判被引渡人是另一回事,而在一国领土上设立军事基地,或对该领土上的叛军展开军事行动则又是另外一回事。

236. 这意味着第 29 条存在一个更深层的问题,而不是一个简单的提法问题。同意问题作为适用某一规则时所考虑的因素(因而构成有关义务的定义的一部分)以及同意问题作为解除与该义务不符行为的不法性的依据之间是否有可能进行区分? 评注明确排除了在行为发生之后给予同意的情况,它正确地将其视为一种解除非法性的形式。⁴⁴² 但如果必须事先表示同意,而且如果只是对一些情况,而非对其他情况给予同意才有效,此外如果给予同意的授权因有关规则的不同而有差异,那么不妨问: 同意要素是否不应被视为已并入不同的主要规则之中,也许在不同规则中有不同措辞。例如,关于一国在其领土上享有行使管辖权或权力的专属权利的规则,但有一个但书: 经东道国同意,外国可行使管辖权,而此类情况是非常普遍的(例如在另一国领土上设立的调查团,对外来的军队行使管辖权等等)。即使从表面上看,

⁴³⁸ 同上。

⁴³⁹ 同上第 82-83 页。

⁴⁴⁰ 同上,第 83 页。

⁴⁴¹ 《联合国国际仲裁裁决汇编》,第十一卷,第 252 页(1911)。

⁴⁴² 第 29 条评注第(16)段。在这方面很奇怪的是,评注中提到了“俄国赔偿”案,该案可能属于免除责任案件,当然不涉及事先同意。

它们也不涉及与国际义务不一致的行为,因此它们不属于第五章的范围,实际上也不属于整个条款草案的范围。Fitzmaurice 以“由于国际法所含的某一条约的某项条件本身即有理由不履行义务”为标题,提到了这些情况。他是这样区分的:

“由于无论不履行义务行为是否合理,根本的问题是在于它假设表面上或明显存在着条约义务,因而条约本身的措辞所明示或暗示的条件是指义务的存在和范围,而不是指不履行义务行为的理由。”⁴⁴³

他当然只是论条约法,但同一原则肯定也适用于订立一般国际法所引起的义务(例如有义务未经另一国同意不得在该国领土上行使民事管辖权,或未经事先授权不得飞越其领土上空)。这就是 Fitzmaurice 没有把同意作为一种单独的“证明不履行义务有理由的情况”的原因。他是在“对不履行义务的接受”的标题下论述这个问题的,而此种接受最好视为一种放弃。它不牵涉是否最初就已引发责任的问题,而是涉及丧失追究责任权利的问题,而这超出了第一部分的范围。⁴⁴⁴

237. “内在”与“外在”理由或借口之间的区别导致产生了又一个疑问。第五章内的所有其他条款都涉及在发生不法行为时所存在的种种情况(不可抗力、危难、危急情况、武装攻击或其他导致有权实行自卫或反措施的反击的不法行为)。评注将第 29 条限定于事先给予的同意,然而有效给予此种同意意味着该行为在发生时是完全合法的。相比之下,若一国没有按照某一义务行事,而且其行为是以危急情况、不可抗力或危难等为借口,那么人们就不一定会说这一行为是“完全合法的”。而是出现了一个受到或可予原谅的明显或表面上违反行为。即使是实行自卫或反措施,虽然在情况中此种行为也许具备内在的合法性,但至少有必要作某种解释和说明提出理由。⁴⁴⁵

238. 是否有可能设想这样的情况:一项义务虽以绝对的用语(即不附带关于同意的任何条件或限制)得到适当订立,但有关国家的同意则解除行为的不法性?如果有此种情况,则第 29 条也许具有有效但有限的适用范围。特别报告员没有发现任何此类情况。⁴⁴⁶ 评注中所举的所有例子都涉及非为绝对禁止但允许目标国家有效地同意有关行为的规则(不在一国领土上行使外国管辖权;不对其使用武力;不干涉其内政等)。鉴于没有明显的中间情况(即虽可事先有效地给予同意,但却不属于义务定义),因而情况似乎如下:或者有关的义务允许在行为之前事先给予同意,而如无此种同意,则该行为将是对义务的违背,或者不允

⁴⁴³ Fitzmaurice, 第四次报告,《国际法委员会年鉴》,1959 年,第二卷,第 46 页。

⁴⁴⁴ 见下文第 350 段。

⁴⁴⁵ 行使自卫权的国家必须“立即”通知安全理事会:《联合国宪章》第五十一条。适当采取反措施的有关条件目前载于第四十七至第五十条,并且还隐含需要一定程度的国际审查。

⁴⁴⁶ 以下例子也许可以提供一种与 Fitzmaurice 关于“对不履行义务行为的接受”的概念相近似的可能性:假设 A 国预期如果提出要求,B 国会给予同意,故而对 B 国采取违背双边义务的行为,而 B 国知道 A 国的行为,但不反对。但是此类情况不属于评注所解释的第 29 条的范围,而且即使可以设想会出现这些情况,它们也不需要第五章中作单独对待。似乎最好应在涉及放弃,或许在不容否定的标题下论述。

许这样做。如果是前一种情况,而且经有效给予同意,则是否解除不法性的问题即不存在。如果是后一种情况,则根本就不可能给予同意。在违反义务行为发生后,这两种情况都与放弃有别,从而产生了国家责任的问题。⁴⁴⁷

239. 基于所有这些原因,把事先给予的同意作为解除不法性情况似乎就是混淆实质性义务的内容和次要责任规则的作用,而把事后给予的同意视为这样一种情况就是混淆责任的起源和责任的履行(*mise en oeuvre*)。无论哪一种情况,第 29 条在第五章中都没有适当的位置,因此应予以删除。但应在第五章的评注中就关于国家责任的同意的作用作一解释。

240. 然而,如果这一建议未得采纳,则宜就各国政府关于第 29 条提法所提出的一些具体问题有所说明。

(a) “有效给予的同意”。上文已经概述了这些词所引起的一些问题。很显然,作一些此类限定是有必要的,因为一国不可能使另一国免除每一项义务(例如在人权方面)。但目前没有任何简单或非循环性的测试办法,来确定在何种情况下或在何种程度上一国给予的免除解除另一国行为的不法性。⁴⁴⁸ 此外,“有效给予”一词所起的作用不只一种,而是两种:它指出在有些情况下根本就不可能有效给予同意,它还表示(但没有明指)在给予同意时需要遵循某些方法,而且可能会涉及给予同意的授权问题。如果不深刻讨论主要规则的内容,这两个方面都不可能进一步讨论,尽管评注中所阐述的有效同意的某些程序性必要条件可以列入案文;

(b) 同意和强制性规范。尽管有些国家政府提到强制性规范的范围与内容不确定情况,但很显然,一国不能以临时地给予同意而免除另一国履行遵守强制性规范的义务,例如涉及灭绝种族或酷刑,即使在条约中也不能这样做。至少有人会辩称,就本国而言,一国可以免除另一国的此种违背义务的责任。但首先,第 29 条涉及的是解除不法性的情况,而不是责任问题。第二,在许多情况中,国家的同意的确能解除不法性。第三,关于事先给予的同意(这是第 29 条所要作出规定的全

⁴⁴⁷ 以下例子可以说明事先同意与放弃之间的区别:首先,一旦国家责任问题实际产生之后,有权为某一违反行为放弃追究的国家机构可能不同于有权给予事先同意的国家机构。第二,在涉及普遍性义务情况中(例如依照《宪章》第二条第四项),也许确实会有某一国能有效地事先同意否则即为违反义务的行为(参阅上文 233 段奥地利的评论)。但是,不能因此说在发生违反行为后,只有该国在这一违反行为中有法律上的权益。

⁴⁴⁸ 即使是就最简单的限定性短语“在这些国家之间的关系中”也是如此,因为何为纯粹的“双边”义务以及何种情况超出纯粹的双边范围,取决于该义务的内容和目的。因此,一国可以成为为普遍利益所规定的义务的主要受益者(例如该国的中立性),同时它不能单独使另一国免于遵守该项义务。例如,在辩论奥地利参加欧共体是否与其中立地位相符的过程中,从未有人说,奥地利同意加入就是解除不法性。例如见 I. Seidl-Hohenveldern, “Österreich und die EWG” (1968) 14 *Jahrbuch für Internationales Recht* 128; D. Kennedy and L. Specht, “Austrian Membership in the European Communities”, (1990) 31 *Harvard ILJ* 407。

部要点),如果一方面维持正式的义务,另一方面却解除不法行为的国家所负有的违反行为的任何责任,便很难达到强制性规范的要求。同意免除对灭绝种族或酷刑的责任显然与同意免除基本义务一样,不符合有关准则的强制性质。困难尚不止此。一些强制性准则包含“内在”同意因素。例如,《联合国宪章》第二条第四项所载明的在国际关系中不使用武力的规则一国同意另一国在其领土上使用武力的某些情况。下即不适用但一国不能以同意为由,在其与另一国关系中取消关于在国际关系中使用武力的规则。⁴⁴⁹ 因此,也许有必要区分第 2 条第四项所适用的、可以是有效的同意,以及将它取消或完全排除的同意,如果第 2 条第四项属强制性,后者为无效;

(c) 除国家以外的人的同意。第 29 条草案只设想国家以及可能还有其他国际法人的同意,⁴⁵⁰ 但有一些国际法规则考虑到例如公司或个人的同意。投资者可通过事先同意放弃适用外交保护规则究应到什么程度,长期以来一直是有争执的,但是依照国际投资争端解决中心 1965 年的公约,投资者一旦同意按照公约的仲裁即停止享有投资者原籍国外交保护的权利。⁴⁵¹ 在人权领域,个人不能放弃国际条约所赋予的权利,但至少对一些此类权利的适用,个人可以自由给予的同意;⁴⁵²

(d) 同意的限度。评注指出,如果不法性由于一国的同意而被解除,它只能在此种同意的限度内得到解除。⁴⁵³ 但这一概念的适用方面仍可能会存在困难。例如,对他国驻军于一国领土的同意可以限定条件(例如要求支付设施使用租金),然而,不支付租金行为尽管本身无疑是一种不法行为,而且可能有进一步法律后果,但却不会自动使他国部队变成一支占领军。

关于第 29 条的结论

241. 上述有些问题无疑可以在起草第 29 条时加以解决,其他问题的则属于在具体情况中适用的问题。但如果更详细地研究第 29 条的措辞,可以证实这样一个结论:将该条列在第五章内是不恰当的。简言之,对于许多义务(例如不得飞越另一国领土的义务),没有征得同意是不法行为的一个内在条件。在此种情况中,把同意视作解除不法性情况是非常奇怪的,因为事先有效给予的同意使有关行为合法化,没有什么需要解除。也可以说,不飞越领空即是解除不法性的情况。这样一种解释将会消除主要义务与次要义务之间的区别。在事件发生后给予同意是截然不同的,它涉及放弃追究已经出现的责任:应该在条款草案第二部分或许在第三部分中有关丧失追究责任权

⁴⁴⁹ 关于“入侵条约”和“应邀干预”的合法程度,参阅 BR Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law* (牛津,克拉伦登出版社,1999 年),第 185-195 页。

⁴⁵⁰ 见第 29 条评注第 (2) 和第 (15) 段。

⁴⁵¹ 《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》,1965 年,华盛顿,第 27 条第 (1) 款。

⁴⁵² 例如见《公民及政治权利国际盟约》,1966 年,第 7 条第二句;第 8 条第 (3) 款第 (c) 项第 (四) 目;第 14 条第 (1) 款第 (g) 项;第 23 条第 (3) 款。

⁴⁵³ 第 29 条评注第 (17) 段。

利的标题下加以规定。基于这些原因,第 29 条应予删除,并应在第五章的评注中对该条的删除作仔细解释,以避免产生误解。

(b) 第 30 条:国际不法行为的反措施

242. 第 30 条规定:

“一国不符合该国对另一国所负义务的行为,如果是该另一国的某项国际不法行为所引起的、对抗该另一国的、国际法上合法的措施,则该行为的不法性即不成立。”

243. 第 30 条必须参阅第二部分,因为该部分较详尽地说明了各项容许的反措施的范围及后果。换言之,第 30 条中“国际法上合法的”这一用语的范围现在在案文的其他部分得到了相当详尽的说明。

244. 第 30 条评注强调的是反措施在使对遭受反措施的一国所负义务“无效”方面的特殊作用。⁴⁵⁴ 反措施必须是为了对对象国的非法行为的反应而采取的,以便“施加惩罚或获得履行义务”,但需遵守国际法规定的限度。⁴⁵⁵ 随后对这些限度的讨论并不完全符合第二部分的规定:例如,第 29 条的评注似乎设想作为反措施而使用军事力量有时可能是合法的,⁴⁵⁶ 但第 50 条(a)对此予以明确否定。这强调了必须将第 30 条和第二部分第三章一起审议。

245. 按照评注,反措施不再限于不履行双边义务、或受到最直接损害的国家所作的反应。不履行对所有国家适用的义务“被视为对国际社会全体成员犯下不法行为,而不是仅对直接受影响的国家犯下不法行为而已”。⁴⁵⁷ 因此,这种不履行义务的行为可遭受集体制裁。就不法行为国家而言,⁴⁵⁸ 无论其是否涉及对所有国家适用的义务,“该措施所针对的国家先已存在的国际不法行为解除了对它所作合法对抗行为的不法性”。⁴⁵⁹

各国政府对第 30 条的评注

246. 法国提出了在起草方面的若干困难,并提请注意必须区分单独的反措施与联合国主持的集体强制执行行动。第 30 条应限于前者。⁴⁶⁰ 联合王国和美国建议第 30 条可单独存在,无需第二部分中它们认为是有疑问的关于反措施的规定,正如提及自

⁴⁵⁴ 第 30 条评注,第(2)段。

⁴⁵⁵ 同上,第(3)段。

⁴⁵⁶ 第 29 条评注,第(5)段,但见第 30 条评注第(10)–(11)段。

⁴⁵⁷ 第 30 条评注,第(12)段。

⁴⁵⁸ 同上,第(16)段。

⁴⁵⁹ 但评注强调这并非就第三国的权利而言:同上第(17)–(19)、(24)段,援引 *Cysne* 案,《联合国国际仲裁裁决汇编》,第二卷,第 1035 页,第 1056 页(1930)。见现在的第 47 条(3)。

⁴⁶⁰ A/CN.4/488,第 83 页。日本同意: A/CN.4/492,第 11 至 12 页。

卫权时无需详尽说明其内容。⁴⁶¹ 日本和法国则建议将第 30 条特别限于第二部分的反措施规定中。⁴⁶²

247. 相比之下,墨西哥则对是否要纳入第 30 条根本质疑,而且无论如何要求有更好的规定来解决关于反措施案的争端。⁴⁶³

在整个条款草案中对反措施的处理

248. 若干国家的政府对于在条款草案第二部分(第 47—50 条)中对反措施的处理提出争议,对保留这些条文是否明智以及解决争端的规定是否实际表示怀疑。除了起草和提出的问题之外,疑问还来自不同的方面,既来自支持反措施原则的国家,也来自反对该原则的国家。这种意见分歧就第 30 条而言造成了困难。一方面,至少在一些情况中,反措施确实解除对不法国家采取的行为的不法性,以便使它停止其不法行为并提供必要的补偿成分。据此,有充分的理由以某种形式将第 30 条保留在第五章中。另一方面,在第 30 条中对合法反措施的要求应作出何等程度的详尽说明,必须视第二部分中关于反措施的条文是否获得保留而定。如果它们获得保留,只需对这些条件作相互参照就足够(如日本和法国所述)。如果它们被删除,情况就会不同,要求对第 30 条中合法反措施的情况作一些进一步规定的理由将会更加充分。诚然,第五章未对援引同意或自卫的条件作出任何详尽的规定。但未对同意作出详尽规定的情况已受到了批评,但自卫的立场则不同,因为除其他外,自卫的固有权利明确地保留在《宪章》之中,因此不会受条款草案所载的任何内容所影响。

249. 基于这些原因,特别报告员建议将第 30 条保留在方括号之中,因为认识到在一些情况下,反措施可能解除所述的行为的不法性(或至少是对其责任),但应推迟到审议第二部分中反措施的条款时审议各种原则问题以及起草问题。

(c) 第 31 条:不可抗力和偶然事故

250. 第 31 条规定如下:

“1. 一国不符合该国国际义务的行为,如起因于不可抗拒或该国无力控制的无法预料的外界事件,以致该国实际上不可能按照该项义务行事或知道其行为不符合该项义务,则该行为不法性即告解除。”

“2. 如果实际上不可能之情况的发生是由该国所促成,则不适用第 1 款。”

251. 第 31 条评注在开始时指出,“不可抗力”和偶然事故的共同之处是与两者被援引“针对的国家的早先行为并无关联”。⁴⁶⁴ 就“主动”和“被动”国家而言,两者都是非自愿的。⁴⁶⁵ 由于这两种情况之间没有明确的区别,它们被纳入单一的条文。两

⁴⁶¹ A/CN.4/488,第 83 至 84。

⁴⁶² 同上,第 82 至 83 页(法国); A/CN.4/492,第 ? ? 页(日本)。

⁴⁶³ A/CN.4/488,第 83 页。

⁴⁶⁴ 第 31 条评注,第(2)段。

⁴⁶⁵ 同上,第(4)段。

者都涉及“实际上不可能”的情况,因此只要这种不可能性是在行为国家的控制之外,它是否是由于自然或人的干预或是两者结合的结果都无关紧要。⁴⁶⁶ 在起草成为关于发生意外不可能履行条约的《维也纳条约法公约》第 61 条时,委员会认为“不可抗力”也是解除关于履行条约的不法性的一种情况。⁴⁶⁷ 维也纳会议也表示了同样的观点,尽管就终止条约而言,该会议坚持第 61 条采取狭义。⁴⁶⁸

252. 在国家惯例中,援引“不可能”的大多数情况并不涉及事实上的不可能,而是行义务的困难增加,因此“不可抗力”的申诉不成立。但是曾经发生过实际上的不可能性,例如“一架某国飞机……因损坏、失去控制或风暴被迫飞入他国领空而事先未取得该国同意,或者是因为驾驶员经过努力而仍无法避免发生此事,或者是因为他不可能知道发生此事”,在此种情况下,解除不法性的原则被接受。⁴⁶⁹

253. 除了空中事件外,1958 年《领海及毗连区公约》第 14 条(3)款(现为 1982 年《联合国海洋法公约》第 18 条(2)款)以及 1965 年 7 月 8 日《内陆国家过境贸易公约》第 7 条(1)款也都承认第 30 条船舶无害通过的原则。“在这些条款中,‘不可抗力’被公认是其中所规定的‘首要规则’的组成部分,可是,‘不可抗力’并入这些规则的事实,显然是对某些特定情况明确肯定习惯国际法上‘不可抗力’可以解除不法性的一般原则”。⁴⁷⁰ 该项原则也为常设仲裁法院所接受。在“奥托曼帝国灯塔”案中,一家法国公司拥有的灯塔于 1915 年被希腊政府征用,后遭敌方行动毁坏。法院基于“不可抗力”的理由否决了法国修复该灯塔的要求。⁴⁷¹ 在“俄罗斯赔偿金”案中接受了该项原则,但“不可抗力”的申诉未能成立,因为偿付债务并非实际上不可能。⁴⁷² 在“塞尔维亚借贷”案和“巴西借贷”案中,常设国际法院承认“不可抗力”是一项普遍的法律原则(但基于案件事实,申诉也遭到了否决)。⁴⁷³

254. 在彻底审查了惯例、判例法和学说之后,评注以申明该项原则而作出了结论,但它强调该原则仅适用于不可能性是不可抗拒的情况并且是客观上不能预料的的情况,

⁴⁶⁶ 同上,第(7)段。

⁴⁶⁷ 同上,第(9)段,引用《1966 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第 255 页。

⁴⁶⁸ 第 31 条评注,第(10)段。

⁴⁶⁹ 同上,第(12)段,引用因天气缘故而意外侵入领空的案子以及第一次世界大战期间因导航错误而意外轰炸中立领土的案子。

⁴⁷⁰ 第 31 条评注,第(16)段。

⁴⁷¹ 同上,第(21)段,引用《国际仲裁裁决汇编》,第十二卷(1956),第 219 至 220 页。“不可抗力”的许多其他案子已编入《秘书处调查》“作为解除不法性情况的‘不可抗力’和‘偶然事故’: 国家惯例、国际司法判决和学说调查”,《一九七八年……年鉴》,第二卷,第一部分,第 61 至 227 页。

⁴⁷² 第 31 条评注,第(21)段,引用《国际仲裁裁决汇编》,第十一卷(1912),第 443 页。

⁴⁷³ 第 31 条评注,第(23)至(24)段,引用《常设国际法院 A 辑》第 20(1929)号,第 33 至 40 页;同上,第 21(1929)号,第 120 页。

因此有关国家“确实无可能逃避这种力量或事件的后果”。此外,该国“本身必须没有故意地或由于疏忽而导致发生‘实际上不可能’的情况”。⁴⁷⁴

各国政府对第 31 条的评论

255. 奥地利表示,第 31 条用令人混淆的方式使各项客观因素和主观因素变得模糊不清,并建议“实际上不可能”的概念应予以发展,比“偶然事故”好。⁴⁷⁵ 联合王国接受第 31 条的原则,但也要求将其局限于在有关国家无法控制的“实际上不可能”的各种特殊情况。⁴⁷⁶ 法国建议“不可抗力”和“偶然事故”这两个用语属于相同的范畴;应订正该条以消除累赘。⁴⁷⁷ 这些评论均未对某种形式的第 31 条的必要性提出质疑。

在最近的实践中适用第 31 条的情况

256. 在“彩虹勇士号”仲裁中,法国引用“不可抗力”,作为解除其将军官撤出 Hao 岛并在进行治疗之后未将他们送回的行为的不法性。国际法庭简要地处理了这一点:

“新西兰认为‘不可抗力’的借口在此案中不当的意见是正确的,因为检验它是否适用的是绝对的和实际上的不可能性,而且致使履约更为困难或负担沉重的情况并不构成‘不可抗力’的理由。”⁴⁷⁸

因此,该项裁决补充了评注和《秘书处调查》中引用的接受‘不可抗力’在国际法以及许多国内法体系中解除不法性原则的许多决定,同时又对其适用附加严格的条件。

257. 当然,在作为解除不法性的情况的“不可抗力”与作为终止条约理由的不可能履约两者之间是有区别的。“不可抗力”既适用于条约义务也适用于非条约义务,它是在发生“不可抗力”情况案中援引法律而适用的。不可能履约,如同终止条约的其他理由一样,必须由一个缔约方正式援引,而且只有在被依约援引之后才适用。此外,作为解除不法性情况的“不可抗力”的“困难程度”虽然相当之高,但仍低于《维也纳条约法公约》关于因发生意外不可能履行为理由而终止的第 61 条所要求的程度,国际法院在“加布奇科沃-大毛罗斯项目”案中指出:

“第 61 条第 1 款要求有‘实施条约所必不可少之标的物永久消失或毁坏’来证明因不可能履约为理由而终止是合理的。会议期间有一个建议扩大该条的范围,纳入诸如因严重的财政困难而不可能支付某些款项等理由……尽管认识到此种情况可能导致解除一个缔约方不履行其条约义务的不法性,与会国尚不愿

⁴⁷⁴ 第 31 条评注,第(36)段(强调为原文)。

⁴⁷⁵ A/CN.4/488,第 85 页。

⁴⁷⁶ 同上,第 86 页。

⁴⁷⁷ 同上。此外,它还建议第(2)段因多余而可以删除。

⁴⁷⁸ 《国际仲裁裁决汇编》,第二十卷,第 217 页(1990)。第 253 页。

意认为此种情况是终止或暂停条约的理由,而是宁可将它们本身限制于一种较狭义的概念。”⁴⁷⁹

258. 除了适用于作为国际公法事项的国家间案件之外,“不可抗力”也在很大程度上通用于国际贸易和混合仲裁领域,而且很可算是一种普遍的法律原则。⁴⁸⁰

(a) 贸易法委员会《国际货物销售公约》(《1980年维也纳销售公约》)第五章涉及“卖方和买方义务的共同规定”。第四节题为“免责”,仅载有两项规定,即处理无法避免的障碍的第七十九条以及处理未履行契约的抗辩的第八十条。第七十九条未使用“不可抗力”这一用语,但所涉及的领域相同。一缔约方不负未履约的责任,如果能证明未履约是由于...

“某种非他所能控制的障碍,而且对于这种障碍,没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果。”⁴⁸¹

(b) 在国际统一私法学社《国际商事合同通则》中,第 7.1.7 条是“不可抗力”,其定义基本上与 1980 年《公约》相同。⁴⁸²

259. 基于所有这些理由,第 31 条应保留在条款草案中。但是有某些提法问题。

“不可抗力”和“知道”不法性

260. 第 31 条离奇的特点之一,是“以致...实际上不可能...知道其行为不符合该项义务”。⁴⁸³ 这意味着国家的责任应视该国“知道”它的行为不法而定,但一般而言是不

⁴⁷⁹ 1997 年《国际法院案例汇编》,第 7 页,第 63 页(第 102 段)。

⁴⁸⁰ 根据英国习惯法,“不可抗力”不是对违反合同的一种辩护,因为假定合同承诺就是保证。有一种较狭义的辩护侵权行为的“天灾”的概念。但是习惯法法院已非常习惯于“不可抗力”的概念,因为在合同特别是国际贸易中很经常地加“不可抗力”条款。一般参阅 E. McKendrick, *Force Majeure and Frustration of Contract* (1995)。

⁴⁸¹ 见 P. Schlechtriem and G. Thomas, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (Oxford, Clarendon Press, 1998 年)第二版,第 600 至 626 页。关于“不可抗力”的比较法资料见 U. Draeta, “Force Majeure Clauses in International Trade Practice” (1996) 5 *International Business Law Journal* 547; K. D. Magliveras, “Force Majeure in Community Law” (1990) 15 *European Law Review* 460; P. van Ommeslaghe, “Les clauses de force majeure et d’imprevision (Hardship) dans les contrats internationaux” (1980) 57 *Revue de droit international et de droit compare* 15。关于伊朗—美国国际法庭的判例法中的“不可抗力”,见 G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996) 第 306 至 320 页。“不可抗力”也被欧洲法院承认为普遍法律原则:例如参见第 145/85 号案, *Denkavit Belgie NV v Belgium* [1987] ECR 565。又见 C. Stefanou and H. Xanthaki, *A legal and Political Interpretation of Article 224 and 225 of the Treaty of Rome* (Ashgate, Aldershot, 1997) 第 78 至 80 页。

⁴⁸² 案文及评注见统一私法学社《国际商事合同通则》(1994 年,罗马),第 169 至 171 页。

⁴⁸³ 见奥地利对第 31 条的评注,上文第 255 段。

要求它知道的。对一国的法律责任的无知不能成为不履行责任的借口,也不是法律的错误。⁴⁸⁴ 诚然,可能会有对事实无知的错误(例如,由于导航设备中未察觉到的故障而造成的飞机方位的错误),而这可能符合作为解除不法性情况的条件。但第 31 条提法可不采用明显的主观因素:它适用的案子只应是在一种未预见的外界事件使国家无法知道它在该情况下所负责任中的一项基本事实,而该行为如果没有该事实就不成为不法。根据这一点,在第 31 条中可删除提及知道不法性之处。⁴⁸⁵

排除“不可抗力”: (a)如果一国已“促成”“不可抗力”的情况

261. 按照定义,由援引国造成或引起的情况不是“不可抗力”的情况;为了符合条件,这种情况必须是真正非故意的。例如,在“阿拉伯利比亚外国投资公司(LAFICO)和布隆迪共和国”案中,仲裁法庭否决了“不可抗力”的申诉,因为“所称的不可能性并非起因于不可抗拒的力量或布隆迪无力控制的无法预料的外界事件。事实上,该不可能性是该国片面决定的结果...”⁴⁸⁶ 但是,在一读后通过的第 31 条超越了这一点,“如果实际上不可能之情况的发生是由该国所促成”,则排除“不可抗力”。⁴⁸⁷ 相形之下,根据《维也纳条约法公约》第 61 条终止条约的理由比此更具限制性,“倘条约的不可能履行系缔约国违反条约义务或违反对条约任何其他缔约国的任何其他国际义务之结果”,则不可援引实际上不可能性。这似乎是一种更合适的检验方式,因为很可能一国因做了某件事而不知情地“促成”了“不可抗力”情况,而该件事在事后看来本来是可以采用不同的方式进行的,即其本身并未违反国际义务或使该事件无法预料的程度降低。只要随后产生的“不可抗力”真实,就没有理由排除它作为解除不法性的一种情况。因此,第 31 条应规定,只有在如果国家通过其本身的不法行为造成或促成这种情况时才排除“不可抗力”。

排除“不可抗力”: (b)自愿承担风险

262. 第二,如果国家保证防止出现特定的情况,或以其他方式承担风险,则“不可抗力”不得作为不履约的借口,第 31 条也应作出如此的规定。⁴⁸⁸ 可能争论的是,要排除“不可抗力”,就需要有关国家的明确保证,但可以用各种不同的方式规定并承担义务,而根据第五章,明确承担风险应足够。

⁴⁸⁴ 在一些法律体系中,本着诚意持有的一项权利主张可证明某种行为正当或成为该行为的借口,即使该权利主张的法律依据不正确也是如此。在国际法中似乎没有任何对于此种学说的根据。

⁴⁸⁵ 建议的提法见下文第 356 段。

⁴⁸⁶ *Revue belge de droit international*, 1990 年,第 517 页; (1994)96 《国际法案例汇编》279,第 317 至 318 页。

⁴⁸⁷ 该评注意味着打算用较狭义的解除依据:见上文第 254 段。

⁴⁸⁸ 如《秘书处调查》(见上文注 471)指出(第 31 段),国家可通过协定放弃依靠“不可抗力”的权利。这样做的最常见的办法是采用一项协定或合约,事先承担特定的“不可抗力”事件的风险。

关于第 31 条的结论

263. 基于这些理由,带有上述各项更改的第 31 条应予以保留。此外,如法国指出,⁴⁸⁹以国际周知和接受的标题“不可抗力”提及这一情况似已足够,而且该用语应包括在该条条文之中并成为其标题。标题“不可抗力和偶然事故”源自法国《民法典》,但决不是所有“偶然事故”(cas fortuit)的案在国际法中都可成为辩解理由,⁴⁹⁰第 31 条中界定的“不可抗力”的理由似乎足以包括该领域。⁴⁹¹

(d) 第 32 条:危难

264. 第 32 条规定:

“1. 一国不符合该国国际义务的行为,如构成该国行为的行为人在遭遇极端危难的情况下为了挽救其生命或受其监护者的生命,除此行为外别无他法,则该行为的不法性即告解除。

“2. 如果极端危难的发生是由该国所促成,或该行为可能造成同样或更大的灾难,则不适用第 1 款。”

265. 第 32 条的评注指出,该条所指的是构成国家行为的个人自己或受其监护者处于极端危险的情况。⁴⁹²在危难情况下行事的人与在不可抗力情况下行事的人不同的是,其所采取的行动并不是非自愿的,但是“极端危险的情况使”这种选择实际上“根本就不存在。”⁴⁹³其中所涉及的也不是第 33 条,危急状况,等中所指的遵守国际法同符合国家的其他正当利益之间的选择。⁴⁹⁴所牵涉到的是必须立即挽救人的生命——不论其国籍为何。

266. 事实上危难情况多牵涉到船舶或飞机因天气恶劣或是在发生机械故障或导航失误后进入他国境的情况。⁴⁹⁵但是危难不应只限于船舶和飞机,⁴⁹⁶尤其是在只是指危

⁴⁸⁹ 见上文第 255 段。

⁴⁹⁰ 《秘书处调查》(上文第 17 至 19 段)评论了民事律师间关于“不可抗力”和“偶然事故”是否可以区别以及如何区别的辩论,但注意到(第 19 段)“在国际法惯例和学说中,‘不可抗力’一词通常用于广义,即包括‘不可抗力’(狭义)和‘偶然事故’”。

⁴⁹¹ 拟议的第 31 条案文见下文第 356 段。

⁴⁹² 第 32 条评注,第(1)段。

⁴⁹³ 同上,第(2)段。

⁴⁹⁴ 同上,第(3)段。

⁴⁹⁵ 同上,第(5)段,其中列举一些事件。另见《秘书处调查》,第 141 至 142 段和第 252 段。私人船舶的类似权利一向得到确认,但是这种权利不属于第五章的范围,因为私人行为本身的责任不属于国家责任:见《秘书处概览》第 328-331 段;第 32 条评注第(7)段中所引用的 1958 年《日内瓦领海及毗连区公约》第 14 条第 3 款。

⁴⁹⁶ 第 32 条评注,第(9)段。

及生命本身的情况时更是如此。⁴⁹⁷ 此外,唯有在所要保护的利益(如乘客和船员或机组人员的生命等)显然比当时所涉其他利益重要的情况下,才能排除危难情况下的行为的不当性。因此,如果想要免除责任的行为所危及的生命比其可能挽救的生命要多,则不得将危难作为抗辩理由。⁴⁹⁸

第 32 条的评论

267. 法国提议使用较严谨的措词,以免人们滥用“危难”的辩护理由。⁴⁹⁹ 蒙古更进一步对于将危难情况作为排除特定行为的不当性的理由究竟是否适当表示怀疑。⁵⁰⁰ 另一方面,联合国对于第 32 条限于受有关国家监护的人这一点提出批评,要求条款草案明确承认紧急人道主义行动。⁵⁰¹ 日本也赞成作出较广泛的规定,使危难不但适用于生命受到威胁的情况,而且适用于个人重要利益(包括经济利益)受到危害的情况。⁵⁰²

1980 年以来国际上提出危难抗辩的实例

268. 从第 32 条一读通过以来,危难抗辩的合法性一直为人所接受。在有关海上遇难的公约规定方面,1982 年《海洋法公约》第 18 条第 2 款中几乎重录 1958 年日内瓦第一公约第 14 条第 3 款中所载危难的例外情况。⁵⁰³ 对目前的讨论具有较重要的是“Rainbow Warrior”一案中对这个问题的讨论,因为该案当事人就船舶或飞机遇难以外的情况提出排除特定行为不法性的危难抗辩。

269. 上文已经提及该案的实情。⁵⁰⁴ 法国想要为其以“国家行为机构在极端紧急的危难情况下基本的人道主义考虑为理由将两名军官撤离豪岛的行为辩护”。⁵⁰⁵ 法庭一致认为这一抗辩理由原则上是可以接受的,大多数法官认为这种抗辩适用于两种情况之一的事实。对于有关原则,法庭要求法国表明下列三点:

“(1) 存在必须作出医疗或其他基本考虑的极端紧急的特殊情况,但这方面的条件一向是,其后由另一方立即确认或是确切证明存在这种特殊情况;

“(2) 一俟所提出的遣返理由不再适用,就恢复原来符合豪岛任务的原状;

⁴⁹⁷ 同上,第(10)段。

⁴⁹⁸ 同上,第(11)段。

⁴⁹⁹ A/CN.4/488,第 86 至 87 页。

⁵⁰⁰ 同上,第 86 页。

⁵⁰¹ 同上,第 86 至 87 页。

⁵⁰² A/CN.4/492,第 10 页。

⁵⁰³ 另见《联合国海洋法公约》,第 39 条第 1 款(c)项、第 98 条和第 109 条。

⁵⁰⁴ 见上文第 256 段。

⁵⁰⁵ UNRIAA,第二十卷,第 217 页(1990),第 254 至 255 页(第 78 段)。

“(3) 按照 1986 年协定确有诚意努力征求新西兰的同意。”⁵⁰⁶

事实上其中一名军官(Mafart)所面临的确实是一种可能迫在眉睫的危难,虽然也许不至于危及生命;后来诊察他的一位新西兰医生也没有否认这一点。相形之下,为另一名军官(Prieur)提出的理由(因怀孕而需要接受检查和想要探视临终的父亲)不足以证明有理由采取紧急行动。该人员及其孩子的生命从没有受到任何威胁,何况附近还有极好的医疗设施。法庭认为:

“很明显地,这些情况全然无法证明法国有责任将 Prieur 上尉撤离豪岛以及有理由因为这两名军官未返回该岛(Mafart 少校应在撤离的原因消失时返回)而不履行有关义务。在这方面法国显然没有履行它的义务...”⁵⁰⁷

270. 鉴于一般都对第 32 条表示赞同,在“Rainbow Warrior”一案中法庭也接受这项原则,似乎应当保留。但是对该条的提法提出了某些疑问,需要加以讨论。

第 32 条的提法

271. 第一个疑问是第 32 条是否应当限于人命攸关的情况,还是只要是严重危害健康的情况就可适用。法庭对“Rainbow Warrior”一案似乎采取一种较广泛的看法,虽然 Mafart 少校的健康受到的危害“可能”威胁到他的生命。问题在于在哪里设下限。在飞机遇难的情况下,通常不难确定是否危及生命,但是其他情况给人带来的困难和灾难有各种各样。鉴于第五章的范围和并不是很明显地危及生命的情况可能还有其他解决办法,似乎没有必要象这样扩大“危难”的范围。但是这又引起另一个问题。对生命的威胁显然必须很明显并且具有一些事实根据,但是在危难情况下行为的人员合理地相信存在着危险就已经足够?还是该人员需要自担风险,如果后来详细的审查结果表明(不论当时的看法如何)情况实际上并非如此,就不能以危难作为违法的理由?在真正遇难时,既没有时间、也没有人进行适当的体格或其他检查然后才行事。在这种情况下,有关人员应当有权根据对危难情况的合理判断行事。因此第 32 条应当根据合理认定危及生命的情况的概念拟订。

272. 第二个疑问是,扩大第 32 款的范围使其包括危及生命的所有情况——不论国家机构或人员同处于危难中的人之间是否存在任何特别的关系——是否可取。⁵⁰⁸ 特别报告员认为,第 32 条反映了一种狭隘但却一向等到确认的危难情况,特别是船舶和飞机遇难的情况。不应使该条的范围比这个特定的范围超出太多,无疑地不应使其延伸到人道主义干预这个笼统的领域。这与其说是一种危难不如说是一种危急情况,将在第 33 条内讨论这个问题。⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ 同上,第 255 页(第 79 段)。

⁵⁰⁷ 同上,第 263 页(第 99 段)。Kenneth Keith 爵士对法庭关于 Mafart 少校的裁决持异议:他同意离开豪岛接受检查是必要的,但是考虑到法国当局推迟将 Mafart 少校调往巴黎,认为他所处的不是“极端危难的情况”(同上,第 277 至 279 页)。

⁵⁰⁸ 联合王国的提议:见上文第 267 段。

⁵⁰⁹ 见下文第 286 至 287 段。

273. 最后应当指出的是,第 32 条只是解除为了防止危及生命的情况而不得不采取的行为的不法性。因此该条并没有免除国家或国家人员遵守其他(国家或国际)规定——例如关于抵达后通知有关当局,或是提供有关航程、乘客或货物的资料的规定——的义务。⁵¹⁰ 这个问题是第 32 条的措词引起的,但是应在评注中进一步予以强调。

第 32 条的总结

274. 因此,对于第 32 条应大致保留目前的内容而作出修正,以反映上述建议。此外(从第 31 条相同的规定类推),唯有在危难是由援引危难规定的国家的单独或结合其他四环素引起的不当行为情况下,才不容许使用危难理由。⁵¹¹ 最后,应删去“极端”二字,因为这个词并没有为该条增添任何新内容。⁵¹² 不应让任何国家得以提出理由称,即在无可避免的危难情况下虽然性命攸关,但是这种情况还没有到“极端”的程度。⁵¹³

(e) 第 33 条:危急情况

275. 第 33 条规定如下:

“1. 一国不得援引危急情况为理解除不符合该国所负某项国际义务的行为的不法性,除非:

(a) 该行为是保护该国基本利益对抗某项严重迫切危险的唯一办法;
且

(b) 该行为并不严重损害作为所负义务之对象的国家的基本利益。

“2. 一国绝不得在以下情况援引危急情况作为解除其行为不法性的理由:

(a) 该国行为所不符合的国际义务是基于一般国际法的强制性规范而产生的;或

(b) 该国行为所不符合的国际义务是由条约加以规定的,该条约明示地或默示地排除对该项义务援引危急情况的可能性;或

(c) 危急情况的发生是由该国促成的。”

⁵¹⁰ 见 Cushin 和 Lewis 诉 R,[1935] Ex CR103(裁定:任何船舶即使在遇难后进港,也应遵守有关报告航程的规定)。这段期间的其他案件有助于了解有关抗辩:见“*The Rebecca*”(美国-墨西哥索赔委员会)(1929 年)23《美国国际法杂志》860(遇难船舶进港;货物因违反海关规定而被没收;裁定:在当时的情况下进港按理是必要的而不仅仅是权宜之计;因此没收是非法的); May 诉 R[1931]最高法院判例汇编 374;“*Queen City*”号诉 R,[1931]最高法院判例 387; R 诉 Flahaut, [1935]2 领域法判例 685(应用“真正和不可抗拒的危难”标准)。

⁵¹¹ 见上文第 261 段。

⁵¹² 第 32 条评注第(12)段注 15 中(“几乎属于多余”一语)实际上已承认这一点。

⁵¹³ 拟议案文见以下第 356 段。

276. 第 33 条评注将危急情况与同意、反措施和自卫相区分,因为后面三者取决于“对象”国的行为。在这方面,危急情况与不可抗力和危难类似,⁵¹⁴但又不同于这两种情况,因为面临不可抗力的国家或者甚至处于危难局势的国家人员别无选择,只能以某种方式行事,而“援引危急情况就意味着完全知道是有意选择不符合某项国际义务的行为”。⁵¹⁵

277. 在十九世纪,援引危急情况的理由往往援引自存权等所谓国家“固有权利”,而这些权利优先于他国的各种“主观”权利。随着“固有权利”学等说的消沉,关于危急情况可解除行为不法性的见解也受到质疑。⁵¹⁶但援引危急情况的做法在国家惯例中有“许多先例”,并可参考国际法文书来源予以辩解,而不提及任何专门的国家理论。⁵¹⁷该评注接着引用许多例子。在这些例子中,援引危急情况的做法受到原则上的接受,或至少没有遭到反对,而且适用性问题的处理是当作事实与适用情况的问题。⁵¹⁸

278. 该评注中承认,学者对援引危急情况的看法分歧很大。⁵¹⁹意即这方面的另一原因是早年有的国家倾向于滥用危急情况学说来掩盖侵略、吞并或军事占领。最著名

⁵¹⁴ 第 33 条评注,第(2)-(3)段。

⁵¹⁵ 同上,第(3)段。

⁵¹⁶ 同上,第(4)段。

⁵¹⁷ 同上,第(5)至(6)段。

⁵¹⁸ 这些例子包括:俄国赔款案《联合国国际仲裁裁决汇编》第十一卷,第 431 页,文见 443 页(1912 年);中央罗多皮森林案的仲裁裁决(事实真相)《联合国国际仲裁裁决汇编》第三卷,第 1405 页(1933 年);常设法院对比利时商业公司案的裁决,《常设国际法院汇编 A/B 辑》第 78 号(1939 年)(暗示);“在希腊的保加利亚少数民族的财产”,国际联盟调查委员会的报告,国际联盟《正式公报》,第 7 年,第 2 号(1926 年 2 月),附件 815,第 209 页;俄国近海海豹捕捉案(1893 年),案文见 H La fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900*, (海牙, Martinus Nijhoff, 1997 年)第 426 页(又见俄国和英国政府的来往函件,载于 J.B. Moore, *History and Digest of the Interational Arbitrations to which the United States has been a Party* (华盛顿,美国政府印务处, 1898 年)第一卷,第 826 页);Orinoco 总公司案,《联合国国际仲裁裁决汇编》,第十卷,第 184 页、第 280 页(1905 年);最近还有“托雷峡谷”事件,讨论情况见“Torrey Canyon”, Cmnd.3246 (伦敦, HMSO, 1967 年)。在该事件中,英国政府轰炸船舶,用火烧石油,因为溢油会污染海岸。重要的是,没有人对这一行动提出抗议。这一事件后来导致订立了一项关于今后管理这类问题的国际公约:1969 年 11 月 29 日《国际干预公海油污事故公约》,《联合国条约汇编》第 970 卷,第 14049 号;又参看 1982 年《联合国海洋法公约》第 221 条。在某些情形下允许援引危急情况的其他个人意见包括:1832 年 11 月 22 日法律官员的意见(Jenner),载于 A.D. McNair 编辑的《International Law Opinions》(剑桥大学出版社, 1956 年),第二卷,第 231 页,以及 Anzilotti 法官对 Oscar Chinn 案的个人意见,《国际常设法院汇编, A/B 辑》,第 63 号,第 89 页,文见第 112-114 页。

⁵¹⁹ 对早期文献启发性回顾,见第 33 条评注,第(29)段。较新近的著作包括:J Barboza, “Necessity (Revisited) in International Law” 载于 J. Makarczyk 编辑的《Essays in International Law in

的一个例子是 1914 年德国以此为由为入侵比利时和卢森堡辩护。⁵²⁰无论早年的见解如何,“对另一国的实际存在或对其领土完整或独立行使主权的侵犯”都是对绝对法规范的违反,不可能以危急情况的理由辩护。⁵²¹但并非所有侵害一国领土主权的行为都必然被认为是侵略行为或其他违反强制法规范的行为。评注中提及有限的措施(例如,进行人道主义干预,或采取保护措施,防止以外国领土为基地的武装团伙的敌对行动,这种措施只“限于消除所看到的威胁”。⁵²²“卡罗琳”案虽然经常被当作自卫的例子,但实际上涉及危急情况。英国的攻击是针对私人,美国对这些人的行为不负责任。国务卿韦伯斯特和总统泰勒在各自给英国政府的答复中都承认,这种行为在“明确的绝对危急情况”⁵²³下或在“最紧迫的极端危急情况”⁵²⁴下是许可的。1842 年两国政府通过换函,消除了争议。两国政府在信函中都承认,另一国领土不可侵犯的“重大原则”在某些“极其危急”的情况下可以暂停适用,但这只适用于“所承认的极端危急情况持续时尽可能短的期间,并严格限于这种危急情况所限定的狭义范围”。⁵²⁵

279. 根据现代国际法,援引危急情况为侵犯领土完整辩解是否有理?评注中没有就这个问题发表看法。这个问题可归结为:《宪章》是否已明言或默示(例如第五十一条)排除依靠危急情况为理由或借口的做法。但对《宪章》关于使用武力的规定作出权威性的解释并非委员会的职能。⁵²⁶然而,评注指出,在现代人道主义干预的事例中,极少以危急情况为理由。⁵²⁷在几乎每一个此种情况下“甚至在对是否曾同意或自卫状况有所争议时,以及甚至被提出的一些事实可能对危急情况比对自卫有更密切关系时,危急情况这一概念既没有被提到,也没有加以考虑”。⁵²⁸

Honour of Judge Manfred Lachs(海牙,Martinus Nijhoff,1984 年)》第 27 页;J.Salmon “Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?”,同上,第 235 页;J.Raby, “The State of necessity and the Use of Force to Protect nationals ” 《加拿大国际法年鉴》第 26 卷,第 253 页。

⁵²⁰ 第 33 条评注,第(22)段。

⁵²¹ 同上。

⁵²² 同上,第(23)段。

⁵²³ 《British and Foreign State Papers》第 29 卷,第 1129 页,文见第 1133 页(国务卿韦伯斯特),引于第 33 条评注第(25)段。

⁵²⁴ 同上,第 30 卷,第 194 页(总统泰勒),引于第 33 条评注第(25)段。

⁵²⁵ 同上,第 195 页、文见第 196 页(Ashburton)和第 201 页(韦伯斯特)。

⁵²⁶ 第 33 条评注,第(25)段。

⁵²⁷ 同上。1980 年所举的唯一例子是 1960 年比利时在刚果的救援行动。安全理事会没有就此辩护采取立场:《安全理事会正式记录,第十五卷》,第 873 次会议(特别是第 34-39 页)、第 877 次会议(特别是第 101、149、150 段)、第 879 次会议(特别是第 29 页)。

⁵²⁸ 第 33 条评注,第(26)段。

280. 最后,评注中审议了根据战争法以军事危急情况进行辩护的情况。军事危急论“首先似乎是战争和中立法全部实质性规则的根本标准”,而不是限于作为解除行为不法性情况的危急情况。⁵²⁹关于军事危急情况可否作为不遵守国际人道主义法的借口的问题,其答案很明确:不行。“即使对于非强制法义务的人道主义法义务……如果容许交战一方认为有必要为确保军事行动成功所采用方法能不履行对进行敌对行动所加限制的义务的话,就无异议接受”同有关公约“绝对抵触的一条原则”。⁵³⁰因此义务本身的规定就已排除了援引危急情况的可能性。评注中虽没有得出具体结论,但其含意是否认有“军事危急情况”这种学说。

281. 委员会(一人持不同意见)的结论是,人们对滥用危急情况的问题感到关注,因此最好对此作出明文规定,而不应保持缄默,而且由于危急情况的“概念在一般法律思想中太根深蒂固”,因而缄默不是一个适当的解决办法。⁵³¹关于这项原则的措辞,所涉利益必须是基本利益,但不一定仅与国家“存亡”有关。的确,维护国家‘生存’(有别于保护人民生命和环境)极少被视为是一条理由,因为关于自卫的实在法的目的就是保护国家生存。但现无法靠推理提出关于基本利益的定义。“某一利益是“基本”到了什么程度,自然须视国家所处不同具体情况的全部形势而定;这种程度因此必须按照涉及的利益的特定情形来判定,而不必预先抽象确定。⁵³²”此外,这种利益所面临的危险必须是“极端严重”,且“迫在眉睫”,因此违反国际义务是避免灾难的唯一手段。⁵³³在下列情况下,危急情况不能予以援引:他国具有同等的利益,⁵³⁴强制法规范被违反,⁵³⁵或条约明文或默示禁止援引危急情况。⁵³⁶

各国政府对第 33 条的评论

282. 尽管这个问题引起学理的争议,但就第 33 条发表意见的政府很少。丹麦(代表北欧各国)⁵³⁷和法国⁵³⁸接受第 33 条所载原则。只有联合王国认为该原则有被滥用的危险而不接受。⁵³⁹但联合王国同意,环境紧急状态可能会出现,从而对一国领土构成

⁵²⁹ 同上,第(27)段。

⁵³⁰ 同上,第(28)段。

⁵³¹ 同上,第(31)段。

⁵³² 同上,第(32)段。

⁵³³ 同上,第(33)段。

⁵³⁴ 同上,第(35)段。

⁵³⁵ 同上,第(37)段。

⁵³⁶ 同上,第(38)段。

⁵³⁷ A/CN.4/488,第 87 页,但保留进一步详细发表评论的权利。

⁵³⁸ 同上。

⁵³⁹ 同上,第 88 页。

直接威胁,其情形与不可抗力或危难情况类似。如上文所述,联合王国认为应扩大危难规则所涉范围,甚至允许对并非有关国家机构者采取人道主义行动。⁵⁴⁰ 蒙古早些时候曾发表评论指出,平衡国家利益与国际义务相当困难,并认为“如果第 33 条要保留于草案中,其措辞必须注意确保危急情况要有严格条件和限制,防止滥用的一切可能性”。⁵⁴¹

自第 33 条草案获得通过以来适用危急情况论的经验

283. 对“彩虹勇士”号船案进行仲裁时,法庭对危急情况的理由存在与否表示怀疑,虽然法庭并无必要就此提出论证,因为法国没有依靠这条理由(有别于危难和不可抗力)。法庭提及条款草案,并指出:

“……据称,第 33 条允许一国援引危急情况采取非法行动。但该条是指国家及其关键利益所面临的迫在眉睫的严重危险。之所以第 32 条会获得普遍接受,而第 33 条中关于危急情况的提案却很有争议,正是因为两种理由之间有着区别”。⁵⁴²

284. 与此恰成对照的是在“加布奇科沃-大毛罗斯项目”案中,国际法院仔细审议了根据第 33 条提出的论据,明言接受这一原则,但同时不接受在该案的情形中援引这条原则。至于这条原则本身,国际法院指出,当事双方都依据第 33 条,认为是提法适当,⁵⁴³并指出:

“法院认为,首先,习惯国际法承认危急情况是解除不符合国际义务的行为不法性的一个理由。此外,法院指出,解除不法性的这种理由只有在特殊情况下才得到接受。国际法委员会解释在草案第 33 条中为何采用否定表达方式时,也表示同样的观点。……委员会认为,危急情况只有在某些严格限定的条件下才可以援引,这些条件必须得到累积满足;至于这些条件已否得到满足,不能只由所涉国家作出判断。

“在本案中,草案第 33 条所列以下基本条件是有关的:一国同其一种国际义务相抵触的行为必须是由该国的‘基本利益’引发的;这个利益必须已受到‘严重而迫切危险’的威胁;受到质疑的行为必须是保护这项利益的‘唯一办法’;该

⁵⁴⁰ 见上文第 267 段,讨论情况见上文第 272 段。

⁵⁴¹ 《国际法委员会年鉴》,1981 年,第二卷,第一部分,第 76 页。

⁵⁴² 《联合国国际仲裁裁决汇编》第二十卷(1990 年),第 217 页,文见第 253 页。“Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) and the Republic of Burundi”,《Revue belge de droit international》,1990 年,第 517 页;(1994 年)96ILR279,法庭拒绝对编纂危急情况论是否恰当作出评论,指出布隆迪采取的措施似乎并非保护其基本利益。防止迫在眉睫的严重灾难的唯一办法。

⁵⁴³ 《1997 年国际法院案例汇编》,第 7 页。文见第 39 页(第 50 段)。应该指出,该案与双边条约有关,不涉及普遍义务的问题。见下文第 290 段。

行为决不能‘严重损害’该项义务所针对的国家的‘基本利益’;行为国决不能‘促成’‘危急情况的发生’。这些条件是反映习惯国际法”。⁵⁴⁴

关于这条原则的适用,法院引用评注中的某些段,同意为第 33 条的目的,匈牙利对环境和饮用水的关注是与一项“基本利益”有关。⁵⁴⁵ 但法院认为,“就危急情况的构成要素而言”,仅仅“单独”因为该项目具有环境影响的不定因素,“不能确定‘危险’已客观存在。”“危险”必须是客观确定的,而不能仅仅是担心有此可能。⁵⁴⁶ 这种危险不仅须是“严重”危险。而且须具有“迫切”性质,其意为“近在眼前”。但法院还指出:

“本法院认为,这不排除下列可能性:某一“危险”虽是长期,但在某一特定时候可断定,危险的发生,无论还要过多少时间,总是必然无疑,不可避免。这种情况一俟确定,即可以认为这个危险是“迫切”的危险。”⁵⁴⁷

关键在于法院不能相信匈牙利单方面暂停、随后放弃该项目的做法会是这种情况下唯一可行的办法,无论不定因素和危险为何,尤其考虑到已经做的工作和已经花费的资金。法院注意到,受关注的许多问题是关于该项目以高峰模式动作的问题,而双方并未商定应否采用该一模式或在何种程度上采用该一模式。⁵⁴⁸ 考虑到当事双方过去的行为、工程状况、科学不定因素以及存在着解决问题的其他可能,法院得出结论认为,匈牙利没有证明足以使其行为有理的严重迫切危险的存在。⁵⁴⁹ 此外,匈牙利“以行为或不行为,帮助造成”所称危急情况,因而不能援引该状况来解除不法性。⁵⁵⁰ 因此,没有必要考虑,捷克斯洛伐克在继续实施该项目中的利益会是第 33 条第(1)款(b)项草案所指充分的对象国家的因素。⁵⁵¹

285. 显然,在渔业管辖权案(管辖权)(西班牙诉加拿大)中也曾援引危急情况,其情形与一个世纪前俄国海豹案有些类似。⁵⁵² 西北大西洋渔业组织为保护跨界鱼类种群已采取管制措施,但加拿大认为,由于各种原因,这些措施没有效果。加拿大于 1994 年通过《近海渔业保护法》,宣布大浅滩跨界鱼类种群“濒临灭绝”,并指出该法律和各项规则的目的在于“使加拿大能够采取必要紧急行动,防止这些鱼种进一步消亡,

⁵⁴⁴ 同上,第 40-41 页(第 51-52 段)。持单独意见的法官或持不同意见的法官没有一人不同意法院赞同第 33 条的意见。

⁵⁴⁵ 同上,第 41 页(第 53 段)。

⁵⁴⁶ 同上,第 41-42 页(第 54 段)。

⁵⁴⁷ 同上,第 42 页(第 54 段)。

⁵⁴⁸ 同上,第 42-43 页(第 55 段)。

⁵⁴⁹ 同上,第 42-45 页(第 55-56 段)。

⁵⁵⁰ 同上,第 45-46 页(第 57 段)。

⁵⁵¹ 同上,第 46 页(第 58 段)。

⁵⁵² 见 1998 年 12 月 4 日国际法院拒绝受理管辖权的判决。俄国海豹案见上文注 518。

并使之得以重新繁殖”。后来,加拿大官员按照该法律在公海登上西班牙 Estai 号渔船,并扣留了该渔船,结果导致同欧洲联盟和西班牙发生争端。西班牙政府认为不能以关注保护鱼种为由扣押渔船,“因为这种行为违反了《西北大西洋渔业组织公约》的既定规定,而加拿大是该公约的缔约国”⁵⁵³。加拿大不同意这种说法,指出“扣押 Estai 号对于制止西班牙渔民过度捕捞格陵兰庸鲽鱼是必要的”。⁵⁵⁴ 欧洲联盟在 1995 年 3 月 10 日的抗议中除其他外,指出:

“根据《西北大西洋渔业组织公约》和习惯国际法,一国如不是船旗和管辖国,在国际水域扣押船只属非法行为,不能以任何理由加以辩护”。(横线为新加)

但随后西班牙的诉状较详细地论述了理由问题。诉状虽没有明言提及第 33 条草案,但总体似乎采取以下立场:加拿大的措施没有理由,因为这些措施与西班牙和加拿大都是缔约国的一项国际公约相抵触,而且庸鲽鱼类养护是由该公约直接管制判。⁵⁵⁵ 换言之,援引危急情况的辩护法并没有遭到全盘驳回。法院认为它对此案无管辖权。结果对此案没有进行正式抗辩,也没有就是非曲直作出判决。

第 33 条与人道主义干预

286. 评注中较详细讨论的问题之一是援引危急情况解除不法性与以人道主义干预为由在他国境内使用武力之间的关系。这里有两个难点。第一个问题当然是久已有之的争议:根据现代国际法,采取没有按《联合国宪章》第七章或第八章得到批准的强制性人道主义干预措施是否合法,在何种程度上合法。委员会在拟订关于责任的次级规划时将无法对这个问题采取立场,在评注中也不打算这样做。还有第二个难点是,第 33 条明文规定,援引危急情况的范围不包括违反国际法强制性规范的行为,而这些强制规范无疑包括《宪章》第二条第四项和第五十一条关于使用武力的规则。因此可以说第 33 条虽不打算对人道主义干预的例外情况采取立场,但实际上已采取立场,因为排除强制性规范规定的义务,这样的例外情况站不住脚。评注中似乎提议,通过区分关于使用武力的规则某些方面的强制性(例如禁止侵略)与其他方面的非强制性(例如要求)即使为有限的人道主义目的,也不得使用武力),可以避免上述困

⁵⁵³ 如 1998 年 12 月 4 日的判决所引,第 20 段。

⁵⁵⁴ 同上,另参看加拿大辩诉状(1996 年 2 月)第 17-45 段。

⁵⁵⁵ 见《Mémorial du Royaume d'Espagne》(1995 年 9 月)。第二章。根据欧洲联盟与加拿大达成的一项协议记录,加拿大同意废除 1994 年法律适用于西北大西洋渔业组织海域的西班牙和葡萄牙船只的规则,并释放 Estai 号。双方在《加拿大近海鱼类保护法》1994 年 5 月 25 日修正案及随后颁布的规则符合习惯国际法和《西北大西洋组织公约》的问题上明言保持各自立场,并保留“其按照国际法维护和保护其权利的能力”。见加拿大——欧洲共同体关于鱼种养护和管理的协议记录,1995 年 4 月 20 日,布鲁塞尔,34ILM1260(1995 年)。另参看 1995 年 9 月 8 日《关于养护和管理跨界鱼类种群和高度洄游鱼种的协定》(A/CONF.164/37),(尚未生效),该协定比原有法律更进一步,甚至禁止没有加入协定的“第三国”在受养护制度管制的公海区捕鱼(第 8(4)条、第 17(2)条),并允许缔约国对其他缔约国采取某些强制执行措施(第 21 条)。

难。⁵⁵⁶ 因此,评注中暗示,援引危急情况可排除真正人道主义行动的不法性,即使这种行动需使用武力,因为这样的行动无论如何不违反强制规范。

287. 这种解释对强制规范的“有区分的”性质引起了复杂的问题,这远超越条款草案的范围。为目前的目的,似乎只要说明现代国家惯例和法律意见是允许或不允许在某些有限情况下在国外进行人道主义行动就够了。如果允许,那么这种行动在所涉情况下似乎是合法的,不能认为是违反《宪章》第二条第四款所载的强制性规范。⁵⁵⁷ 如果不允许,那就没有理由将其同关于使用武力的规则的任何其他方面相区别。在这任一种情况下,在国外进行人道主义干预的问题似乎都主要不是或完全不是受第 33 条制约。由于这些原因,建议保留第 33 条中强制性义务的例外。

科学不定因素问题

288. 第 33 条的一个主要问题是科学不定因素及有关的预防原则问题。⁵⁵⁸ 目前,第 33 条要求有关行为必须是“保护该国基本利益对抗某项严重迫切危险的唯一办法”。然而,在有关养护和环境或有关结构安全等的问题上,经常有许多科学上重大的不定因素。不同专家对是否存在危险、危险的严重性或迫切性、以及所提议的办法是否在此情况下可采取的唯一办法等都可能不同看法。这种情况在讨论危难问题时已得到审议,其结论是:如果为了拯救生命,有关国家人员应有权在合理确信危难局势存在的基础上行事。⁵⁵⁹ 现在的问题是在援引危急情况方面应否允许有类似的酌情行事余地。

289. 援引危难包括拯救个人生命的行动,而援引危急情况则涉及更多的紧急情况。关于后者,首先应指出所关切的是对抗极其严重的危险。从定义上来说,这种危险尚未发生,而且也不能要求援引国证明如果不采取行动,这种危险就必然会发生。要证明会发生相反的事实,是很难的,也许是不可能的。在 *Gabcikovo Nagymaros* 案⁵⁶⁰ 中,法院首先指出,对是否存在危急情况的判断不能由援引国单独作出,其次,仅科学不定因素的存在便不足以确定危险迫在眉睫。这样说显然不错,但另一方面,如果危险已在当时合理可得的证据(例如,根据适当的危险评估程序)的基础上得到确定,而且关于危急情况的其他条件都已得到满足,那也就不应由于科学上某些对未来的不定因素

⁵⁵⁶ 第 33 条评注,第(21)-(26)段。

⁵⁵⁷ 类似的推理适用于关于是否允许“预防性”自卫的争议。如果在具体情况下允许这种自卫,第 33 条就似乎是不必要的。如果不允许这种自卫,那也就没有理由制定第 33 条来解除预防性行动的责任。

⁵⁵⁸ 预防原则概说,见 P. Sands, *Principles of International Environmental Law* (曼彻斯特,曼彻斯特大学出版社,1995 年),第 212-213 页;P. Daillier 和 A. Pellet, *Droit International Public* 第 6 版(1999 年)第 1255 页。各国法院经常采用这项原则:例如见 *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India* AIR 1996 年 SC2715(印度,最高法院)。

⁵⁵⁹ 参看上文第 281 段。

⁵⁶⁰ 见上文第 284 页。

而使一国没有资格援引危急情况。这与 1992 年联合国环境与发展会议通过的《关于环境与发展里约热内卢宣言》原则 15 是一致的。原则 15 规定:“遇有严重或不可逆转损害的威胁时,不得以缺乏科学的充分可靠性为理由,延迟采取符合成本效益的措施防止环境退化。”该原则已得到普遍支持,并反映于 1994 年世贸组织《关于适用卫生和植物检疫措施的协定》第 5.7 条等规定。⁵⁶¹ 第 5.7 条规定,“有关科学证据不充分时”,世贸组织成员可暂时采取卫生或植物检疫措施(并限制进口)。在牛肉激素案中,世贸组织上诉机构确认,尽管按 1994 年的协定第 5.1 和 5.2 条进行的危险评估指出“存在科学不定因素”,世贸组织成员仍可依赖该评估程序。⁵⁶² 问题在于第 33 条措辞是否应予以修改,需明确提及预防要素。⁵⁶³ 总之,赞成和反对似乎各占一半,但考虑到需要将援引危急情况的辩护严格限制在特定范围内,并有可能在评注中反映这一要点,因此没对该条作任何修改。

第 33 条的措辞

290. 关于第 33 条的措辞,应提及另三个问题,其难度依次递增:

◆ “危急情况”一词在第 33 条标题中可予以保留,但为了避免在英文案文中同“State”一词其他含义相混淆,似乎只提及“necessity”就够了。

◆ 第 33 条第(2)款(b)项指出,由条约产生的义务可以明示或默示地排除援引危急情况。原则上,这种提法显然是正确的。⁵⁶⁴ 但没有理由说明为何只有条约才能产生这种限定效果。条款草案立论的基础是,一般而言,在责任领域,条约和其他国际法来源产生的义务具有类似的效果。⁵⁶⁵ 例如,如果保护特定价值或利益的条约规则排除援引危急情况,那么在该条约订立的同时由普遍而趋于一致的惯例产生、具有基本相同内容的习惯规则为何就不应具有相同的效果?第(2)款(b)项应予以相应修订;

◆ 第 33 条第(1)款(b)项规定,如要援引危急情况,援引国的行为决不能“严重损害作为所负义务之对象的国家的基本利益”。这种措施辞不很适用于违反普遍义务的情况。例如,在“西南非洲”案中,除遵守有关规范的公共利益外,埃塞俄比亚和利比里亚在该案中具有哪些具体利益并不清楚。⁵⁶⁶ 但南非不能以上述两国的基本

⁵⁶¹ 《关于适用卫生和植物检疫措施的协定》,1994 年 4 月 15 日,载于《乌拉圭回合多边贸易谈判的结果》。法律案文(日内瓦,世贸组织,1994 年)第 69 页。

⁵⁶² “欧洲共同体关于牛肉和牛肉产品(激素)的措施”,上诉机构的报告,1998 年 1 月 16 日,第 194 段。

⁵⁶³ 另一明确反映预防原则的第 33 条案文不妨如下:“(a)该行为是保护该国基本利益对抗某项严重迫切危险的唯一办法,而发生该危险的可能无法根据现有最可靠的资料予以合理排除”。

⁵⁶⁴ 各个权条约的规定都禁止甚至在公共紧急情况下损害某些基本权利,默示排除对第 33 条的援引。但参看 J.Oraá, “Human Rights in States of Emergency in International Law” (牛津,Clarendon 出版社,1992 年)第 220-226 页,其中强调减损条款与援引危急情况的相似之处。

⁵⁶⁵ 见上文第 26 段在原第 17 条内就该原则的讨论。

⁵⁶⁶ 正是由于缺乏这种具体利益,法院才以微弱多数判定其要求不能受理:《1996 年国际法院案例汇编》第 6 页。

利益没有受到严重损害为理由援引危急情况对付这两国。在这方面的有关利益是西南非洲人民的利益。当然,许多普遍义务涉及强制规范,而强制规范完全不属第 33 条的范围。此外,就普遍义务而言(例如在人权或国际和平与安全领域),义务本身可以明示或默示排除对危急情况的援引。尽管如此,仍可设想有一种不可预见的情况,使遵守普遍义务的重大利益不应优先于对危急情况的援引。在这种情况下,第(1)款(b)项应实现的平衡不是被告国的利益与控告国国家利益间的平衡。重要的是该项义务所保护的利益受到损害的程度。第 1 款(b)项应予以相应修订。

关于第 33 条的结论

291. 总体而言,对危急情况可能受到滥用的关注并没有得到经验的证明。这与条约法中的情势变迁原则类似。长期以来,许多人对该原则持保留意见,但该原则以仔细限定的措辞载于《维也纳条约法公约》,⁵⁶⁷ 而且并没有象一些人所担心的那样产生影响稳定的效果。⁵⁶⁸ 此外应强调,(与情势变迁原则不同),援引危急情况只能暂时解除不法性。总之,第 33 条所列考虑事项似乎允许在有关国家利益和整个国际社会的利益之间实现合理的平衡。在“Gabcikovo-Nagymaros”案中,国际法院能够采用这项原则,而无过分的困难。我们也看见,该原则在其解除不法性的因素中发挥适当作用与基本条约关系的延续性和稳定之间作了明确、很有帮助的区别。⁵⁶⁹ 由于这些原因,特别报告员赞成基本按现有措辞保留第 33 条,但进行上文提及的修订。⁵⁷⁰

(f) 第 34 条: 自卫

292. 第 34 条规定如下:

“一国不符合该国国际义务的行为,如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施,则该行为的不法性即告解除。”

293. 第 34 条的评注强调该条所涉及的自卫原则,只是指自卫是第五章所述的解除行为不法性的情况,因此,该条不涉及界定合法自卫的程度,或参与已产生的关于《宪章》规定的自卫概念的各种争论。⁵⁷¹ 所以,第 34 条只是《宪章》第五十一条所称固有的自卫权利的“必然论断”。评注指出,自卫通常涉及使用武力,这显然与可能不涉及使用武力的合法反措施不同,⁵⁷² 但是它也不想卷入诸如“《宪章》第五十一条的规则和国际法关于自卫问题的习惯规则在内容上是否完全相同”的问题;它只打算

⁵⁶⁷ 第 62 条采用否定形式(“...情况发生基本改变...,不得援引为终止或退出条约之理由,除非...”)。第 33 条是第五章中以类似否定用词拟订的唯一条款。

⁵⁶⁸ 第 33 条评注第(40)段论述了相似性。

⁵⁶⁹ 见上文第 224 段。

⁵⁷⁰ 拟议的实际措辞见下文第 356 段。

⁵⁷¹ 见第 34 条评注,第(1)段。

⁵⁷² 同上,第(6)段。

“忠实于《联合国宪章》有关规则的内容和范围”。⁵⁷³ 然而,该条草案没有提到第五十一条,这使得委员会内部在通过第 34 条时产生一些不同意见。⁵⁷⁴

294. 评注接着强调,第 34 条所具有的解除性质并不能使国家有权在采取自卫行动时损害到第三国的权利。⁵⁷⁵ 在这方面,自卫与反措施一样需受到相同限制。

各国政府关于第 34 条的评论

295. 法国认为,关于自卫是“按照《联合国宪章》”的提法过于狭隘,不如改成依照国际法所规定的较广泛的限制。⁵⁷⁶ 除该评论之外,将第 34 条包括在第五章中似乎没有争议。

第 34 条 解除的范围有多广?

296. 然而,第 34 条存在一项关键性的困难,蒙古早先提出的一项意见中提到这一点。蒙古在抱怨第 34 条的提法时指出,“一国构成自卫的行为不违反任何国家的任何国际义务。因此,‘不合法’性不可能是自卫概念的组成部分。”⁵⁷⁷ 如果只考虑到《宪章》第二条第四项关于在国际关系中不得使用武力的核心义务时,这种说法明显是正确的。就这项义务来说,自卫行动的排它性质是该义务的定义组成部分。一国行使《宪章》第五十一条提及的自卫固有权利不违背第二条第四项的规定,甚至连潜在的可能性均没有,假如规定自卫的唯一效果是提供解除行为不法性的情况,那么它应被删除,删除的理由与关于同意已给予的理由相同。⁵⁷⁸

297. 但是在自卫过程,一国可能会违反对侵略国的其他义务。例如,它可能会侵入该国领土,干涉其内政,违背商务条约的规定破坏其贸易等。传统国际法处理这些问题的办法,很大程度上是通过建立一个单独的战争法律制度,界定交战国权利的范围,并在战争爆发时暂停实施交战国之间的大部分条约。⁵⁷⁹ 相反的,在《宪章》签署之后的期间,宣战是例外的事情,一方或双方将军事行动称作自卫的情况发生在正式处于“和平”共处状态的国家之间。⁵⁸⁰ 的确,在《宪章》签署后的期间正式交战状态的

⁵⁷³ 同上,第(20)段。

⁵⁷⁴ 同上,第(26)段。

⁵⁷⁵ 同上,第(28)段。

⁵⁷⁶ A/CN.4/488,第 89 页。

⁵⁷⁷ 1981 年《国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,第 76 页。

⁵⁷⁸ 见上文第 236-239 段。参见《威胁使用或使用核武器》(咨询意见)《1996 年国际法院案例汇编》,自第 226 页起,文见第 244 页(第 38 段)、第 263 页(第 96 段),这些段强调在自卫中使用武力的合法性。

⁵⁷⁹ 又见 A. Mc Nair 和 A. D. Watts, *Legal Effects of War*, 第 4 版(剑桥大学出版社,1966 年)。

⁵⁸⁰ 在“石油钻井平台”案(《1996 年国际法院案例汇编》,第 803 页)中,没有否认,尽管在有关时期美国海军部队对伊朗进行许多被称为自卫的行动,作为伊朗提出索赔基础的 1955 年《友好

合法性已被质疑。《维也纳条约法公约》将这类问题搁置在一边,而在第 73 条中规定,本《公约》不妨碍“国家间发生敌对行为所引起关于条约之任何问题”。

298. 因此,似乎明确的是,在一些情况中,自卫可解除行为不法性,否则上述行为在其他情况下可能会违背条约或有关国家的其他义务,即使采取自卫行为的国家不会产生任何涉及违反《宪章》第二条第四项规定的基本义务的问题。然而,问题是自卫对于侵略国并非在所有情况中或所有义务均可解除行为的不法性。当然,问题不在于某一行动是否有必要或合适,因为这是属于自卫的定义。关键问题在于有些义务即使在自卫中也不能被侵犯。明显的例子涉及国际人道主义法律和人权方面的义务。1949 年《日内瓦四公约》以及 1977 年该公约《第一项议定书》同样适用于侵略国和防御国,对习惯国际人道主义法也是如此。⁵⁸¹ 所有人权条约均载有关于在公共紧急情况,包括自卫行动中的失效规定。⁵⁸² 十分清楚的是,自卫无法解除违反这些领域的义务的行为的不法性。

299. 因此,问题是要将那些即使在可能合理的自卫要求情况下仍然优先的义务与那些不非优先的义务加以区别。令人好奇的是,关于第 34 条的评语或辩论均没有使该问题更加清楚。⁵⁸³ 然而,国际法院在其关于《威胁使用或使用核武器》咨询意见中却阐明了该问题。其中一项问题是使用核武器是否必定违背环境方面的义务,因为这种武器会造成大规模和长期的损害。国际法院指出:

“问题不在于关于保护环境的条约在武装冲突期间是否适用,相反的,问题是这些条约所产生的义务是否原意就是武装冲突期间应具有全面约束力的义务。法院不认为这些条约可能原意就打算因某国有保护环境的义务而剥夺该国根据国际法所规定的自卫权利。然而,各国在评估实现合法军事目标时的必要性和相

条约》在所有相关时期仍然有效。在这种情况下,双方同意,只要任何这种行动因自卫而证明是合理的,它们则是合法的。

⁵⁸¹ 如国际法院在《威胁使用或使用核武器》(咨询意见),(《1996 年国际法院案例汇编》),中谈到国际人道主义法规则(第 226 页,文见第 257 页(第 79 段))一样,这些规则构成“国际人道主义法不能违背的原则”。关于在武装冲突期间人权与人道主义法之间的关系,见同上,第 240 页(第 25 段)。

⁵⁸² 见 J. Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*(Oxford, Clarendon Press,1992 年)尤其是第 4 和第 9 章。

⁵⁸³ 令人更好奇的是,在第 33 条(见上文第 280 段),评论对该问题进行深入分析,并达成结论。然而,Riphagen 间接地在关于第 34 条的辩论中提到该问题,特别指出,“关于在武装冲突中保护人权的绝对法规则,即使在与侵略国之间的关系中仍然有效”《1980 年国际法委员会年鉴》,第 1 卷,第 189 页)。他后来补充说,“任何行为——包括灭绝种族或严重违反人权等不合法措施的行为——均可说成是自卫。因此,将‘合法’一词包括在(第 34 条案文)内是不可避免的”(同上,第 272 页)。

称性时,必须将环境因素考虑在内。对环境的尊重是评估某项行动是否符合必要性和相称性原则的要素之一。”⁵⁸⁴

虽然法院没有采用“解除行为不法性的情况”的术语或提到第 34 条来处理该问题,但此处所审议的问题正是该问题。在什么情况下,采取自卫的国家应受某项国际义务的“完全约束”?是,这要视该义务是否明确地或意思上作为一项肯定限制而适用,甚至是对处于武装冲突的国家。在国际人道主义法上,显然情况是如此;在人权法上也类似,但现在紧急情况时是否能失效的条件而定,失效规定则是人权法的必要组成部分。另一个例子是,核武器国家单方面承诺在任何情况下不首先使用核武器。相比之下,对其他一般性义务来说,(如那些涉及贸易和环境的义务),答案可能会是不同,但要视所涉及的主要规则的措词和宗旨而定。针对在武装冲突时保护环境的一项条约⁵⁸⁵的目的视其规定而定,是“全面约束力的义务”,自卫的借口无法解除行为的不法性。因此,第 34 条需有能区分这两类义务的措词。采用法院的措词,建议第 34 条应受到一项关于义务例外规定的限制,这种义务是“明确地或意思上作为具有全面约束力的义务,甚至适用于参与武装冲突或采取自卫行动的国家”。此外,为了明确起见,也为了确认武装冲突法律的一项关键原则,在国际人道主义法律领域将上述义务作为这种义务的一个例,是有帮助的。

第三国的立场

300. 第 34 条评语强调,该条的主要效果是,解除采取自卫行动的国家针对进攻国的行为的不法性,⁵⁸⁶ 作为一项一般性建议,这明显是正确的。法院在关于《威胁使用或使用核武器》的咨询意见中指出:

“在适用于武装冲突的人道主义法律的原则上,国际法明白无误地规定,无论中立原则的内容为何,该原则具有类似于人道主义原则和法规的根本性,它适用于(需依照《联合国宪章》的有关规定)所有国际武装冲突,无论该冲突采取哪一类型武器。”⁵⁸⁷

这种相当绕弯的可能是要表明,虽然中立法明确将针对交战国的行为和针对中立国的行为区分开来,但并不意味中立国不会受到战争状态的影响。行使固有自卫权利的国家享有一些交战国的权利,甚至包括针对中立国的权利。传统中立法在《宪章》签署以来的时期中保持不变的程度仍然是一个有争议的问题,但是有幸的是,委员会无需在此参与这些争论。第 34 条的措词没有解释自卫行动对第三国影响的所有问题,而且似乎没有必要作出任何改动。

第 34 条的提法

⁵⁸⁴ 《1996 年国际法院案例汇编》,在第 242 页(第 30 段)(着重点是新加)。

⁵⁸⁵ 如“多边”签署的《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》,1976 年 12 月 10 日,《联合国条约汇编》,第 1108 卷,第 17119 号。

⁵⁸⁶ 第 34 条的评语,第(28)段。

⁵⁸⁷ 《1996 年国际法院案例汇编》,第 261 页(第 89 段)。

301. 最后,法国和(在早先的评语中)蒙古质疑第 34 条提到关于按照《联合国宪章》采取的自卫行动的提法。⁵⁸⁸ 然而,这些建议正相反:法国认为它所要求的提法是指根据一般国际法规定的更为广泛的自卫权利,而蒙古要求明确提到第五十一条。特别报告员认为,即使在条款草案中能够解决现代国际法关于自卫范围的问题,也是不必要或不可取的,但如果将《宪章》第一百零三条考虑在内,这些问题又是无法解决的。条款草案不负责具体说明基本法规的内容,包括第五十一条提到的内容。第 34 条所采用的措词是“按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施”,这已充分提到关于自卫问题的现代国际法,无论是习惯法,还是协定法。建议在这方面不要对第 34 条作出任何改动。

关于第 34 条的结论

302. 由于上述原因,建议保留第 34 条,但应增加一个新段,用一般措词将即使对行使自卫权利的国家也占优先的那些义务与那些非优先的义务加以区别。⁵⁸⁹

(g) 第 35 条:关于赔偿损害的保留

303. 第 35 条规定如下:

“根据第 29、31、32 和第 33 条的规定解除国家行为的不法性,并不预断关于赔偿该行为所造成的损害方面可能引起的任何问题。”

第 35 条是第 5 章中唯一涉及援引解除行为不法性的情况所产生后果(实质性或程序性)的规定。在该背景下,并考虑过是否必须对任何其他情况作出规定后,现在建议处理该问题。⁵⁹⁰

4. 不列入第五章的可能理由或借口

304. 虽然委员会认为第五章原先列举的六种情况是一般可以适用的主要情况,但它显然觉得这个清单并非“绝对完备”,并指出有可能为不法行为找出更为一般或具体的借口。委员会的看法是,“不能认为第五章已把这种可能性排除在外”。⁵⁹¹ 这给委员会二读提出了若干问题。第一,是否存在应在第五章内予以承认的解除行为一般不法性的其他情况? 第二,需要什么规定—如果有的话—来处理为今后不履行义务寻找新的借口的可能性? 第二部分第一章处理第二个问题,因为该问题涉及整个条款草案的效力。下文论述第一个问题。

⁵⁸⁸ 见上文第 295 段,以及蒙古的评语,《1981 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,第 76 页。

⁵⁸⁹ 关于该条的草案见下文第 356 段。关于其所载位置,见下文第 355 段。

⁵⁹⁰ 见下文第 336 至 347 段。

⁵⁹¹ 第 34 条评注,第(29)段。

305. 事实上,不同法律制度承认不同范畴的不履行义务的理由或借口。早些时候对第五章的演变所进行的审查表明,在不同时期审议了可列入第五章内的若干其他理由或借口。⁵⁹² 必须在此谈一谈其中三个。

(a) 与强制性规范(绝对法)抵触的情况下履行义务

306. 《维也纳条约法公约》第 53 条和第 64 条阐明,如果条约规定本身与现有或新的强制性规范相抵触,则该条约即告无效或终止。此外,这些情况被认为极其严重,因为违背强制性规范的规定是不可分割的,即使只对其中一项规定提出质疑,也会造成整个条约无效。⁵⁹³但也有第三种可能性。一项条约表面上看显然合法,其目标也无害,但在一些情况下却可能无法付诸实施,因为其实施会造成或极大地促成对一项强制规律性规范的违背。例如,行使通过海峡或飞越一国领空的条约权利以便侵略另一国家,或根据一项军火供应协定承诺提供的武器被用于灭绝种族或犯下危害人类罪。在此情况下,没有理由为什么该条约本身应成为无效或予以终止。条约在本质上并不非法,而且未涉及新的强制性规范,只是由于外部情况,履行条约将会违反或直接导致违反一项强制性规范。在这种情况下,问题在于“不履行与绝对法规则相抵触的条约规定——如果此种抵触经适当确定——是否应被视为违背该条约的根据[即适当理由]”。⁵⁹⁴ 原则上,答复必须是肯定的。如果强制性规范使一项前后矛盾的条约无效,履行条约的义务怎能与违背此项规范相比?毋庸置疑,履行条约义务与违背强制性规范之间的关系必须明确和直接。但在此情况下,暂时中止履行的义务肯定是规范的强制性质的必然结果,否则就会违反这项规范。

307. 另一方面,还有如何取得这一结果的问题。在许多情况下,把有关条约规则解释为不需要采取有关行为即可,正如通过解释而往往会避免条约与强制性规范之间发生直接冲突。⁵⁹⁵ 但有关规则可能已经明确,而在特定情况下,与强制性规范之间的抵触也可能明确。

308. Fitzmaurice 在“根据一项经国际法在其中暗示的条约条件不履行义务本身情有可原”的标题下处理此问题,并特别以“持续符合国际法”一项内含条件为根据。⁵⁹⁶ 他指出:

⁵⁹² 见上文第 215 段。

⁵⁹³ 《维也纳条约法公约》第 44(5)条。第 64 条规定,产生新的强制性规范时,“任何现有条约之与该项规范抵触者即成为无效而终止”。因此,如果条约的任何规定与强制性规范相抵触,则整个条约即告终止。

⁵⁹⁴ Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1984), 第 63 页。作者补充说,“很难具体预见这种假设”(同上)。

⁵⁹⁵ 该项该讨论的重点是条约的履行的与强制性规范之间的潜在抵触。至于习惯国际法规则,发生相互抵触的可能性比较小,但并非没有。

⁵⁹⁶ Fitzmaurice, 第四次报告,《1959 年……年鉴》,第二卷,第 46 页。

“如果遵守条约义务不符合具有绝对法性质的国际法的新规则或禁令,则有理由(而且必须)不遵守涉及此类不符合情况的任何条约义务…同一原则适用于缔结条约之后出现的情况,使与缔结条约时的情况无关的一项现行国际法规则发挥作用。”⁵⁹⁷

没有类似的规则适用于“具有酌定法性质的规则”,因为当事各方过去可自由约定不执行此类规则,包括将来也不执行。

309. 应当强调,Fitzmaurice 在上段引文中显然未考虑条约无效或终止问题。他着重论述了在可称之为偶尔相抵触或相矛盾的情况下不遵守的问题。毫无疑问,表面上不符合强制性规范的条约是站不住的,但很少有此性质的条约。发生“偶尔相抵触”情况的可能性大得多,而且不清楚为什么此类情况应导致条约完全无效。⁵⁹⁸ 此外还应指出,根据《维也纳条约法公约》,国家必须采取行动援引无效或终止的理由,包括按照第 53 条和 64 条采取行动。一国可能不愿意看到整个条约失效或终止,但它可能有正当理由对履行条约的具体情况与强制性规范的要求相抵触表示关切。⁵⁹⁹ 如果发生此类情况,在两种互相抵触的规范之间无论如何都没有挑选或选择的余地。

310. 正如关于条款草案的各种评论表明,一些国家政府继续对绝对法概念感到关切。⁶⁰⁰ 看来,与其说这种关切是对体现在相对少数几个无可争辩的绝对法规范(禁止灭绝种族、奴隶制、危害人类罪和酷刑)之中的实质性价值观念支持不够,不如说这种关切是担心此一概念根本不明确,将会破坏条约关系的稳定。但自 1969 年《维也纳公约》生效以来的 20 年中,还未发生过援引绝对法而使条约无效的情况。在同一时期,国家和国际法庭都在不同情况下确认强制性规范的概念,不将其局限于条约的有效性问题。⁶⁰¹ 国际法院虽然迄今一直避免使用这个词,但也赞同了“不可违反的规则”概念。⁶⁰²

⁵⁹⁷ 同上。

⁵⁹⁸ 正是由于安全理事会一项决议与 1971 年《蒙特利尔公约》之间存有“偶尔的”矛盾而导致后者无效:见上文第 9 段和 24 段。

⁵⁹⁹ 比较专案法官 Lauterpacht 在《防止反惩治灭绝种族罪公约的适用(进一步请求说明临时措施)》中发表意见,《国际法院判例汇编 (1993 年)》第 439 至 441 页。法院在其命令中未处理这些问题。

⁶⁰⁰ 见上文第 234 段。

⁶⁰¹ 例如见南斯拉夫问题法庭在 Prosecutor 诉 Anto Furundzija 案中所作的各项裁定,1998 年 12 月 10 日,未经报道;以及英国上议院在 R 诉 Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex part Pinochet Ugarte 案中所作的裁定 (No.3) [1999]2 All ER 97,特别是第 108 至 109 页和第 114 至 115 页 (Lord Browne-Wilkinson)。

⁶⁰² 以核武器相威胁或使用核武器(咨询意见,《国际法院判例汇编 (1996 年)》第 226 页,257 页 (第 79 段)。

311. 特别报告员认为,不能违背经 1969 年公约和 1986 年公约明确核可的强制性规范概念。根据这两项公约共有的第 53 条,一般国际法的强制性规范不得减损,除非由后来具有相同地位的规范取代。从这一定义得出的结论是,发生抵触情况时,强制性规范产生的义务必须优于其他义务。因此,特别报告员同意 Fitzmaurice 和 Rosenne 的观点,认为一俟明确承认绝对法规范的强制性性质,该项规范必须优于不具备相同地位的任何其他国际义务。实际上,有关国家在此情况下除遵守外别无选择:如果情况前后不一,必须以强制性规范为准。另一方面,使未明确地与任何强制性规范相抵触但在特定情形下予以遵守会产生抵触的条约无效,似乎既不必要也不合适。在这种情况下,条约义务确切地说的不生效的,⁶⁰³ 应以强制性规范为准。但如果条约可在今后适用,不会与强制性规范相抵触,则为什么它应被偶尔发生的此类抵触情况导致无效?诚然,偶尔与习惯国际法的非强制性规范(其内容可能与条约相同)相抵触不会在今后使习惯规则无效。

312. 是否应在次要规则一级解决此类抵触问题,或是否(如同意一样⁶⁰⁴) 应更恰当地将它视为主要义务的组成部分?涉及同意时的立场不同,因为正如上文表明,特定的规范或义务包含同意的条件,但不包含强制性规范的效力,这种效力的产生是国际法制度的一个方面。但在某些方面,至少强制性规范的影响或效力先于次要责任规则而独立产生。例如,《维也纳公约》第 53 条本身即如此。如果条约无效,则不会产生第五章可适用的义务。但情况是否一直如此?可以下述方式提出这个问题:当条款草案根据可适用的主要规则论述国家义务时,它们是否仍将这些义务视为一般形式的义务?或这些义务是否在每个独特事例的特定情况下适用于有关的特定国家?简言之,第 3(a)条和第 16 条中提及的义务是否属一般性质,或这些义务是否极为个别和特殊?严格适用后一概念可能会完全取消条款草案第一部分,将所有问题归于主要规则名下。但这似乎不是一个有益的结果,也不是一个与制订有系统地处理国家责任的办法一致的结果。因此,将作为条款草案主题的义务视为一般性义务,或至少包括一般性义务,仍然似乎是明智之举。同样,似应将在偶尔发生抵触情况下产生的强制性规范的最大影响,作为根据第一部分第五章解除行为不法性的情况加以考虑。⁶⁰⁵

313. 因此,第五章应包括一项规定,说明一国不符合国际义务的行为,如果当时该行为是一般国际法强制性规范所要求的,则其不法性即告解除。应当强调,在两种义务确实直接抵触时,即在当时出现的情况下无法同时予以遵守时,才可适用此项规定。⁶⁰⁶

(b) “不守约者不得要求践约的抗辩”

⁶⁰³ 见上文第 225 至 226 页。

⁶⁰⁴ 见上文第 225 至 226 页。

⁶⁰⁵ 处理义务问题的“唯名论”办法(此处拒绝接受)可能给第五章造成更多的后果。它将会强化第五章的一个非常狭窄的概念(只涉及免除责任的情况而不包括解除不法性的情况),并倾向于删除关于自卫的第 34 条。

⁶⁰⁶ 拟议的条文,见下文第 656 段。

314. “不守约者不得要求践约的抗辩”这一原理(常常称为“未履行契约的抗辩”)是指一方遵守对双方具有约束力的义务的条件是另一方继续遵守该义务。这与一项更广泛的原则相关,即一方不应能够从本身的错失得益。在关于霍茹夫工厂的案件(管辖权)中,常设法院说明如下:

“国际仲裁的判例法和国内法院所接受的一项公认原则是,一方不能利用另一方没有履行某项义务或没有采用某此补救办法的事实,如果前者以某种非法行为阻止后者履行有关义务或向受理的法院申诉。”⁶⁰⁷

抗辩的作用因此与其他解除行为不法性的情况相同,并应在予以审议。

在国际法判例法中适用抗辩

315. 在默兹河分流案(荷兰诉比利时)中⁶⁰⁸ 抗辩的适用是个问题。在该案中,荷兰除其他外指控比利时从自己一方的水闸取水用于灌溉和其他目的,而按照 1863 年的双边条约这样做是非法的。比利时坚持它使用水闸不是非法,因为荷兰也使用在它一方的水闸。比利时附带指出,“由于违反条约的规定建造某些工程,请诉国丧失了对答诉国援引条约的权利”。法院特别是通过比较两个水闸的使用,赞同比利时的主要论点:

“这两个水闸都不构成支流,但两者都把闸水注入运河,因此除通过条约规定的支流外,也有份把水注入运河…在这些情况下,法院很难接受荷兰现在有理由就水闸的建造和运作提出投诉,因为它过去在这方面已作出榜样。”⁶⁰⁹

Altamira 法官发表个别意见,不认为双方的义务对双方具有约束力;因此,比利时不能援引荷兰本身的行为作为解除行为不法性的情况。⁶¹⁰ Anzilotti 法官(反对)和 Hudson 法官表示不同意。Anzilotti 法官提到比利时提交的补充文件说:

“我深信这份补充文件不守约者不得要求践约所依据的原则十分公正,十分公平,举世公认,因此也必须适用于国际关系。无论如何,它是法院根据其《规约》第 38 条适用的‘文明国家所确认的法律通则’之一。”⁶¹¹

Hudson 法官提到英国衡平法的类似原则和民法来源时说:

“当双方承担相同或相对义务时,这似乎是一项重要的公平原则,不应允许继续不履行该项义务的一方利用另一方同样不履行该项义务的情况。该原则在所谓衡平法准则中表达出来,在英美法律发展的创立期间有很大影响…罗马法也纳入了类似原则…未履行契约的抗辩规定一名提出要求者证明他已履行或表示愿意履行义务…即使法典没有提及 Planiol 所指出的通则,即“在对双方具有约束

⁶⁰⁷ 《常设国际法院判例汇编 A 系列》,第 9 号(1927),第 31 页。

⁶⁰⁸ 《常设国际法院判例汇编 A/B 系列》,第 70 号(1937)。

⁶⁰⁹ 同上,第 25 页。

⁶¹⁰ 同上,第 43 页。

⁶¹¹ 同上第 50 页。

力的任何关系中,双方中任何一方只在他自己履行义务时,才能要求他应享有的义务”。这项通则是任何国际法庭都应尽量少用的原则。当然不能认为一国必须证明它已彻底履行条约规定的所有义务,才能在某一国际法庭面前要求对该条约作出解释。不过,在适当的案件中,并在慎重考虑到必要的限制因素的情况下,受国际法约束的法庭不应畏缩而不敢适用显然如此公平的原则。”⁶¹²

316. 在有关民航组织理事会管辖权的上诉中,法院强调,缔约一方仅指称另一方重大违约不足以使前者能够单方面认为该条约已予终止或暂不适用。⁶¹³ de Castro 法官在其个别意见中,就印度声称“已予终止或暂不适用的条约不能产生解释或适用问题”的论点,明确地提到未履行契约的抗辩。⁶¹⁴ de Castro 法官以《维也纳条约法公约》第 60 条规定的原则为依据,认为这项原则是“基于条约的合同性质”⁶¹⁵ 并指出:

“不应忽略这项规则产生提出不守约者不得要求践约的抗辩的可能性。违背义务不是使条约失效或终止的原因。它是责任、新的义务或制裁的来源。除此以外,正是由于对一项条约的重大违背,受害方才有权援引此准则,以便终止条约或暂停予以施行。”⁶¹⁶

317. 在关于加布奇科沃·大毛罗斯项目的案件中,却以相当具体和不平常的形式提出了问题。如上所示,法院裁定匈牙利没有理由在 1989-1991 年期间暂时停止和终止工程,但捷克斯洛伐克同样无权为其“选案日 C”的目的单方面使多瑙河改道。双方因此违反了 1977 年条约,但法院不容许匈牙利援引捷克斯洛伐克违约(无疑是重大违约)为终止条约的理由。根据上文转录的关于霍茹夫工厂案件的一段话,法院表示它不能:

“忽略捷克斯洛伐克因匈牙利自己先前的不法行为而实施了一项国际不法行为,将备选项目 C 投产…匈牙利由于自己的行为,损害了其终止条约的权利;即使捷克斯洛伐克在条约据称要终止时,违反了对实现条约目标或宗旨绝对必要的规定,情况还是这样。”⁶¹⁷

后来,法院指出“侵权行为不得产生权利原则经法院的调查结果证实,调查结果表明,1977 年条约所建立的法定关系保持不变,在这个案件中不能因非法行为而作废。”⁶¹⁸ 不过,应当指出,虽然斯洛伐克后来违反条约的“原因”是匈牙利先前曾违

⁶¹² 同上,第 70 页,特别是引用 Planiol,《民法》,第 2 卷,第 6 版(1912),第 320 页。

⁶¹³ 《国际法院判例汇编(1972)》,第 42 页,第 67 页(第 38 段)。

⁶¹⁴ 同上,第 124 页。

⁶¹⁵ 同上,第 129 页。

⁶¹⁶ 同上,第 128 页(脚注)de Castro 法官进一步补充:“对协定规定的权利的侵犯或义务的违背是不守约的抗辩的关键所在(第 129 页)”,从而指出了印度论点的限度。

⁶¹⁷ 国际法院报告判例汇编(1997 年)》,第 7 页,第 67 页(第 110 段)。

⁶¹⁸ 同上,第 76 页(第 133 段)。对此点提出异议者,见 Schuelel 庭长(同上,第 85 页)的声明或 Herczegh 法官和 Fleischhauer 法官的反对意见,他们都认为与匈牙利违背义务的情况相比,捷克斯洛伐克违背义务的严重性或不相称程度是决定性因素:同上,第 198 页(Herczegh 法官)和第 212 页 Fleischhauer 法官强调,“任何国家都不得利用本身违背法定义务的原则并不容许过度的

约(在某种意义上是必要的原因),但它不是关于霍茹夫工厂的判词中所指的先前违约行为所致。如法院裁定,它是独立的非法行为。

“抗辩”的比较法基础

318. 象 Anzilotti 法官和 Hudson 法官在默兹河分流案中指出那样,就相对义务或对双方具有约束力的义务而言,抗辩所依据的原则在国家法律制度内得到广泛确认,即一方履行义务是另一方履行同一义务相关义务的先决条件或并行条件是清楚明确的。在一方违背义务是另一方先行违背义务的结果并由其直接引起时,所产生的情况是类似的(例如,一方延迟完成某项工程是因另一方延迟交付必要的设备所致)。此外,在国家法(有如上述的条约案例),关键似乎是解除在继续履行义务而不是在终止义务方面的不法性的情况。Treitel 在彻底审查比较法的经验后指出:

“抗辩在民法中的作用必须与终止区分开来…终止使各方停止履行义务,不过在可获得补救的情况下,给予受害方损害赔偿权;通过受害方重获合同规定的权利,也给予他重新履行义务的权利。抗辩不起这些作用,只造成称为‘等待的局面’。它是‘拖延借口’,并不终止合同,仅是使受害方有权暂时拒绝履行本分…受害方在诉讼程序和法外程序均可提出抗辩。在受害方有理由拒绝履行合同的情况下,法院一定使抗辩生效:受害方对此事没有任意决定权——即使在那些须由法院斟酌决定对终止的补救办法的制度(例如法国制度)内。”⁶¹⁹

319. 抗辩原则也反映在国际商法文书。例如,1980 年贸易法委员会《国际货物销售合同公约》第 80 条仅规定:

“一方当事人因其行为或不行为而使得另一方当事人不履行义务时,不得声称该另一方当事人不履行义务。”

为了第 80 条的目的,引起不履行情况的行为或不行为是否不法似乎无关紧要。统一私法协会《国际商事合同通则》第 7.1.3 条在“拒绝履行”的标题下却以不同的方式拟定原则,其中规定“当有关各方同时履行合同时,”如其中一方不愿意和不能履行合同,“另一方可拒绝履行”。

条款草案是否应该确认这项原则?

320. Gerald Fitzmaurice 爵士在其关于条约法的第四次报告内,在“证明不履行有理的情况”的框架讨论了这项原则。他不能肯定原则是否被适当地列为“实施一项国际法通则而产生的外在理由”,或“根据经国际法在条约中默示的一项条件而产生的内在理由。”⁶²⁰ 但他肯定认为原则是存在的并实际上将其广泛地拟订如下:

报复”另见 Rezek 法官,第 86 页。但 Bedjaoui 法官强烈反对该意见,指出条约“不能因被违反而作废”。除非彼此同意,国家不能和不可能这么容易就免除自己对条约的义务”(同上,第 138 页)。

⁶¹⁹ G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Account*(牛津, Clarendon Press,1987)第 310 至 311 页(原文强调的部分);其评论见第 245-317 页(“为拒绝履行辩护”)。

⁶²⁰ Fitzmaurice,第四次报告,《1959 年…年鉴》,第二卷,第 45 和 46 页。

“根据对等原则,除非是属于[‘整体’式的多边条约…其中义务的效力对每一方都是自存、绝对和固有的,不论并独立于其他各方是否履行条约]的情况,一方不履行条约义务,只要继续不履行义务,就证明他同样和相应不履行义务是有理的。”⁶²¹

他在评注中也表明这是一项一般原则,不仅适用于条约义务:

“有一项一般国际法对等规则,规定一国在某一方面不履行其国际义务将使其他国家有权相应不履行对该国的义务,或无论如何将使该国无权反对这种相应不履行义务的行为。”⁶²²

评注还提到关于解释和平条约的案件(第二阶段)。在该案中,法院拒绝对一项规定设立仲裁委员会的条约适用该原则;它认为争端一方不法地拒绝任命自己的成员妨碍了整个委员会的设立,理由如下:

“不履行条约义务的行为不能通过设立一个委员会来补救,这不是条约所设想的一类委员会。”⁶²³

这令人回想在关于加布奇科沃·大毛罗斯项目的案件中,捷克斯洛伐克在匈牙利不法地拒绝采取行动时,试行以“近似适用”办法炮制对自己有利的项目。法院驳回该论点,认为不能以制定有别于条约所设想的一类项目,作为补救匈牙利违反 1977 年条约的办法。⁶²⁴

321. 委员会没有讨论 Fitzmaurice 的第四次报告,他的继任人 Humphrey Waldock 爵士也没有处理这个问题。在他的指导下,《维也纳公约》的范围缩小了,以便把条约作为一项文书处理,对履行条约义务的大部分问题搁置不谈,让《维也纳公约》第 73 条留给关于国家责任的专题处理。

⁶²¹ Fitzmaurice,第四次报告,《1959 年…年鉴》,第二卷,第 45 和 46 页。

⁶²² 同上,第 70 页(原文强调的部分)。

⁶²³ 《国际法院判例汇编(1950 年)》,第 229 页,Fitzmaurice 引述,第四次报告,《1959 年…年鉴》,第二卷,第 71 页。

⁶²⁴ 或正如法院实际上指出:

“即使这种原则存在,按定义只能在有关条约的范围内使用。法院认为备选项目 C 不符合 1977 年条约的基本条件…匈牙利在缔结 1977 年条约时确实同意在多瑙河建水坝和使水改道流入分水道。但只是在联合作业和分享利益的情况下匈牙利才表示同意。匈牙利暂不同意或不再同意即构成违背其法定义务的行为…不过这不能意味匈牙利失去其公平合理分享国际水道的资源的基本权利。”

《国际法院判例汇编(1997 年)》第 53-54 页(第 76 和 78 段),关于所谓“近似适用原则”,见西南非洲问题委员会听取请愿人的证词是否受理,Hersch Lauterpacht 爵士的个别意见,《国际法院判例汇编(1956 年)》,第 46 页,Rose 的讨论,Breach of Treaty (剑桥,Grotius,1984)第 95-101 页。

⁶²⁴ Riphagen,第五次报告,《1984 年…年鉴》,第二卷,第一部分,第 3 页,和 Riphagen,第六次报告,《1985 年…年鉴》第二卷,第一部分,第 10-11 页所载的评注草稿,Riphagen 建议的第 11 条草案排除第 8 条对多边条约所产生并影响缔约国的集体利益的义务的事例适用。第 12 条草案是处理绝对法的保留条款。

322. 抗辩问题由 Riphagen 先生在反措施的范围内加以处理,Riphagen 先生其第五次报告内建议第二部分第 8 条的案文如下:

“依照第 11 条第 13 条的规定,受害国有权在对等的基础上暂不履行对实施了国际不法行为的国家的义务,如果这种义务与被违背的义务相应或直接有关。”⁶²⁵

在辩论中,一些成员指出了“[第 8 条草案]和暂停履行条约义务之间细微的略为在形式上的区别”。⁶²⁶ Arangio-Ruiz 先生同样把这个问题视为反措施的一个方面处理,他指出:

“在这里所涉问题是确定实践是否可证明这种暂停履行和终止条约的‘常规’措施与一般对反措施有区别,这不仅是出于说明性理由,而且还考虑到要编纂或经逐渐发展而采用的法律制度。还有所谓一般‘对等措施’的问题,而有关这两种‘常规’措施的问题——同条约法与国家责任法间关系相关的问题——将在拟订任何条款草案以前加以进一步研究。”⁶²⁷

委员会决定不把对等措施视为不同类别的“反措施”,因为它们“不值得特别处理”⁶²⁸

抗辩与其它程序的关系

323. 如这段历史所示,在考虑是否将抗辩列入第五章时,首先必须问及它的作用是否未能由另两项程序充分实施。第一项程序是反措施。几乎按照定义就可认定,如果一国违反了一项对双方具有约束力的义务,则另一国拒不履行该义务将是一项正当的反措施,因为这项措施不大可能会不相称,而且很可能是最适当的回应。但在另一方面,抗辩的适用范围比反措施有限得多,所受的条件限制不同,是针对某一特定违约行为的更为具体的回应,而且没有反措施往往联带的受辱因素。一个法律体系可能会拒绝接受反措施、非自卫方面的自助以及报复,但却仍会为抗辩确定某种作用。尽管委员会已拒绝接受对等反措施这个类别,其原因在该前提下是充分有效的,但不接受并不排除在第一部分第五章里采用某种形式的抗辩的可能性——这是委员会尚未考虑的一种可能性。⁶²⁹

324. 第二项备选程序是因违约而暂停实施条约。根据《维也纳条约法公约》第 60 条第 1 款,一方对双边条约的重大违约使另一方有权终止该条约,并有权全部或局部暂停实施条约。就多边条约来说,因重大违约行为而受害的一方只能够在其与违约

⁶²⁵ Riphagen,第五次报告,《1984 年…年鉴》,第二卷,第一部分,第 3 页,和 riphagen,第六次报告,《1985 年…年鉴》第二卷,第一部分,第 10-11 页所载的评注草稿,Riphagen 建议的第 11 条草案排除第 8 条对多边条约所产生并影响缔约国的集体利益的义务的事例适用。第 12 条草案是处理绝对法的保留条款。

⁶²⁶ 《1984 年…年鉴》第二卷,第二部分,第 103 页(第 373 段)。

⁶²⁷ Arangio-Ruiz,第三次报告,A/CN.4/440 号文件,1991 年 7 月 19 日,第 35 段。

⁶²⁸ 国际法委员会报告,《1992 年…年鉴》,第二卷,第二部分,第 23 页(第 151 段)。

⁶²⁹ 见同上以及第 47 条评注,第 23 页第(1)段,脚注 252。

国的关系方面暂停实施条约,因为终止是条约所有缔约方的事。⁶³⁰ 总体来说,《条约法公约》对条约的暂停实施相当强调,这无疑是为了即使在发生重大违约情事之后仍保留恢复条约关系的可能性。⁶³¹

325. 不过,依赖抗辩作为解除行为不法性的条件之一,与根据第 60 条或与其相当的习惯法而暂停执行条约,仍然是有区别的。首先,第 60 条仅适用于“重大”违约情事,其定义范围较窄,而抗辩则适用于任何违约行为。其次,第 60 条允许暂停执行整个条约或(显然)任何组合的条约规定,而抗辩则只允许不履行一项相同或密切相关的义务。第三,鉴于第 65 条对暂停执行规定了正式程序,抗辩也可以较轻易地适用于同时履行义务的事例。⁶³² 最后,第 60 条当然是只涉及条约义务的暂停履行,但没有理由认为如霍茹夫工厂案判词的提法那样,抗辩对所有国际义务一概不适用,不论其起源为何。

不同形式的抗辩

326. 因此,抗辩与所讨论的其它原则之间有某些重叠,但远非完全重叠。这就支持了以下观点——考虑到该观点背后的权威性及其一般合理性:某种形式的抗辩应在第五章中得到承认。不过,在此有必要辨别至少两种不同形式的抗辩。一种是在霍茹夫工厂案判词⁶³³ 中以及在 1980 年贸易法委员会《国际货物销售合同公约》第 80 条⁶³⁴里所表示的形式,它要求在 A 国违背义务与 B 国不履行该义务之间有因果联系。第二种形式的意义比较广泛,涉及对双方具有约束力或相互依存的义务,一方实际上被视为另一方的对应,如下列文书所表达那样:Hudson 法官在默兹河分流案⁶³⁵中的意见、统一私法协会国际商事合同通则第 7.1.3 条、⁶³⁶ 以及 Gerald Fitzmaurice 爵士的各次

⁶³⁰ 见第 60 条第 2 款(b)和(c)项。关于可否分离的第 44 条的规定相当严格,不适用于因违约而暂停实施:见第 44 条第(2)款,其假设理由是,一国如可以因违约而终止整个条约,则更可以暂停实施条约的某些部分。但是,如果一国一方面要暂停实施对其施加义务的规定,而同时又设法使那些给予其权利的规定保持有效,则这在实践中可能导致不公平的结果。

⁶³¹ 在关于加布奇科沃·大毛罗斯项目的案件中,法院似乎认为,匈牙利暂时中止了 1977 年条约的执行,尽管《维也纳公约》没有任何明文规定允许它这样做。法院表示:

“法院无法接受匈牙利的论据,其大意是尽管匈牙利于 1989 年暂停并随后放弃了它在大毛罗斯和 Dunakiliti 仍应负责的工程,但它没有中止 1977 年条约本身的执行...”

《国际法院判例汇编(1997 年)》第 7 页,第 39 页(第 48 段)。该段话表明,法院的意思是匈牙利实质上企图暂停实施条约,尽管它声称它是因危急(即根据解除行为不法性的情况)才这样做。根据《维也纳公约》第 65 条,暂停执行(与终止一样)是一项形式上的行为。在下列情况下把一国说成是暂停执行条约则令人略感奇怪:(a)它从未声称要这样做;(b)从法律上说它无权这样做。

⁶³² 关于援引解除行为不法性的情况的程序,见下文第 352 段。

⁶³³ 见上文第 314 段。

⁶³⁴ 见上文第 319 段。

⁶³⁵ 见上文第 315 段。

⁶³⁶ 见上文第 319 段。

报告。⁶³⁷ 但在加布奇科沃·大毛罗斯案中多数法官所持的立场似乎又有不同,⁶³⁸ 尽管它仍然反映一项一般法律原则,即:不能允许当事方受益于其自身的不法行为。

327. 先行审查意义较广的、对双方具有约束力的抗辩概念的结果表明,要将其纳入第五章。就必须规定许多限定和限制条件。这些例外将包括—用 Fitzmaurice 的话说—“整体”式的多边条约(即不把对等作为履约之前提条件的条约)。⁶³⁹ 它不能成为违反有关使用武力之规则的理由,或更广泛地说,它不能构成违反绝对法的理由,并且不能与主要规则的任何明示或明显默示的免除责任效力相抵触。它不能适用于普遍适用的义务,例如人权、人道主义法或国际刑法领域的义务,正如国际法法院在关于执行防止及惩治灭绝种族罪公约(反诉)的案件中所确认的。法院在该案中指出:

“波斯尼亚和黑塞哥维那正确地指出了灭绝种族罪公约的产生义务的普遍适用性……并且当事各方也正确地认识到,违反该公约的某一行为绝不能成为实施另一违反行为的借口。”⁶⁴⁰

看来,抗辩的效力即使就其较广泛的形式来说也是严格地相对和双边的:用 Riphagen 的话说,它将仅限于与另一方先前的违约行为“相应或直接有关的”违约行为。⁶⁴¹

328. 关于对双方具有约束力的抗辩形式的陈述尽管如此有限,但仍在适用上有种种困难,这从联合国监测停火协定的经验中可以看出。例如,1956 年哈马舍尔德秘书长的一份报告对这些困难作了分析,它讨论在何种程度上可将一方对 1949 年任何一项中东停战协定的违反行为作为另一方(采取非直接自卫行动)报复性违约的理由。⁶⁴² 报告提到“一系列连锁性的行动和反应……这些连锁性行动和反应如果不被制止,必然会威胁到国际和平与安全”。报告继续指出:

“我认为,在各项停战协定的义务范围方面的某些不确定之处促进了这一不幸的事态发展,……每一方都理所当然地认为它对停战协定各项规定的遵守是以协定另一方的遵守为条件。……因此,显然必须认真考虑对等的问题,并努力作出充分澄清。在这方面最重要的一点是:一方对停战协定的一项或几项其他条款的违反,可在何种程度上被视为使另一方有权采取违反所有停战协定均有的停火条款的行动……停战协定的根本逻辑显示,违反其他条款的行为不能成为违反停火条款的理由。如果不能确认这一点,则将意味着任何一项这种违反行为可能

⁶³⁷ 见上文第 320 段。

⁶³⁸ 见上文第 317 段。

⁶³⁹ 见上文第 320 段。

⁶⁴⁰ 《国际法院判例汇编(1997 年)》第 243 页,第 258 页(第 35 段)。更明显地,另见 Weeramantrig 法官(反对)的意见,同上,第 292 至 294 页。法院进而认为仍然可以根据《规则》第 80 条提出关于灭绝种族罪的反诉,“只要当事双方根据各自的主张谋求相同的法律目标,即依法确定对违反《灭绝种族罪公约》行为的责任”:同上,第 258 页(第 35 段)。

⁶⁴¹ 见上文第 322 段。

⁶⁴² S/3596 号文件(《安全理事会正式记录,第十一年,1956 年 4 月至 6 月份补编》,第 30 至 66 页),引述于 Rosenne, *Breach of Treaty*(剑桥 Grotius,1984),第 111 至 115 页。

不仅使整个停战制度成为无效,而且实际上可能危及到停火本身。单独就这一理由来说,对上述条款的遵守显然只能以另一方的类似遵守为条件。”⁶⁴³

因此,在一种违约行为与另一种违约行为之间没有严格的因果关系的情况下,秘书长认为,只有违背某一特定条款所具体规定的停火义务的行为,才可以认为本来也应是对该条款的违反行为是情有可原的。也许事情就是如此:根据《联合国宪章》,一旦缔结了一项永久性停火协定,使用武力的任何基本权利即告终止,在此之后对停火义务的唯一例外就是行使自卫权。⁶⁴⁴

329. 根本的问题是,广义的抗辩可能造成不断升级的不履约行为,以致实际上使条约义务失去持续效力。基于这些理由,特别报告员坚信,为不遵守对双方具有约束力的条约义务提供理由的问题,应当由下列法律加以解决:(a) 关于暂停或终止履行这些义务的法律(这方面的法律足以应付大多数的条约义务问题);以及(b) 反措施法。然后,要提问的是:是否应将法院在霍茹夫工厂案判词⁶⁴⁵中确认的狭义形式的抗辩列入第五章。应将其列入的理由当然存在,无论从权力或传统的角度还是从一般常识角度来说都是如此。为便于进行辩论,特别报告员建议在第五章列入一项规定,其大意是如果一国无法符合有关义务行事,是另一国先行违背同一或有关国际义务的直接结果,则该国行为的不法性即告解除。⁶⁴⁶

(c) 所谓的“清白”原则

330. 最后应当简略地讨论一下所谓的“清白”原则。它有时被依赖为一种“辩护”,或至少在国家责任案件里被作为不受理某项权利主张的理由。这些案件多数,但并非总是在外交保护范围内提出的。例如,Schwebel 法官就“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”一案表达反对意见时,便依赖该原则作为驳回尼加拉瓜的权利主张的补充理由。⁶⁴⁷多数的意见则没有直接提及这一点。

331. 这项原则在委员会以前关于国家责任的工作中很少被提及。特别报告员加西亚·阿马多只是在涉及“外侨的过错”问题时才加以处理,这一点现已被纳入第二部分第 42 条第 2 款,成为限制应赔偿数额的依据。⁶⁴⁸就“清白”原则有时被作为驳回

⁶⁴³ 同上,第 15 至 18 段。

⁶⁴⁴ 见 J. Lobel 和 M. Ratner 的讨论,“By-passing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-fires and the Iraqi Inspection Regime”, (1990)93《美国国际法学报》124,第 144 至 152 页,其中还提及以前的文献。就秘书长来说,这在一定程度上是管辖权的问题,因为他在中东的具体授权是监督停战协定本身。

⁶⁴⁵ 见上文第 314 段。

⁶⁴⁶ 关于拟议的规定,见下文第 356 段。

⁶⁴⁷ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国),案情实质,《国际法院判例汇编(1986 年)》,第 14 页,第 392 至 394 页。

⁶⁴⁸ 《1958 年……年鉴》,第二卷,第 47 页,第 53 和 54 页。

外交保护的权利要求的依据来说,⁶⁴⁹ 这项原则根据 Schwebel,在赔偿要求被视为不可受理的案件里:显然被用作不予受理的理由,而不是解除不法性或免除责任的一种情况。这个问题可留待在外交保护的专题下处理。

332. 即使在外交保护范围内,支持实行“清白”原则的依据,无论是将其作为是否受理的理由还是其他理由,用 Schwebel 的话说,是“由来已久,获广泛认同。”⁶⁵⁰ 它主要针对从事奴隶贸易和违反中立的个人,特别是针对根据 1853 年 2 月 8 日的一项公约而设立的美国-大不列颠混合委员会为解决船主们的赔偿要求而作出的一系列决定。

“无论如何,这些案件的特点似乎都是受害者违反国际法时有其独特的正当理由的,并已就损害提出控告,受害者的损害与行为的因果关系是纯正的,被告的非法行为不起作用。但如果被告国反告起诉者,违反国际法,则仲裁人从未宣布过该要求是不可受理的。”⁶⁵¹

333. 诚然,基于真诚之基本概念的法律原则可在国际法方面发挥作用。这些包括一国不得依赖其自身不法行为的原则(强调抗辩),以及不得根据非法理由提出诉讼的原则。这些原则可能会在责任领域内产生新的法律后果,前者在关于加布奇科沃-大毛罗斯项目的案件中显然就是如此。⁶⁵² 但这并不意味着诸如“清白”原则这种不明确的新原理应当在第五章中得到确认。根据 Gerald Fitzmaurice 爵士的意见:

“犯有非法行为的国家可以被剥夺为投诉其他国家的相应非法行为而需具备的出庭资格,特别是如果其他国家的非法行为是该国非法行为造成的结果,或者是为了针对该国非法行为而实施的——简而言之是由它所引起的。在某些情况下,正当报复的原则将解除这种反行动的任何非法性。”⁶⁵³

⁶⁴⁹ 法官 Schwebel 所引述的两项裁决就是如此,《国际法院判例汇编(1986 年)》,第 14 页,第 393 和 394 页(第 270 段):即克拉克权利主张案(1865),载于 JB Moore,《History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party》,第三卷(Buffalo, NY, William S. Heim, 1995),第 2738 和 2739 页;以及佩尔蒂埃权利主张案《Foreign Relations of the United States》,1887,第 607 页。在巴塞罗那电车公司案中也提出了类似的论点:见《书状》,第十卷,第 11 页,但法院本身在该案的两个阶段里都未予讨论。

⁶⁵⁰ JJA Salmon, “Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales”,《法国国际法年鉴》,第 10 卷(1964 年),第 225 页,第 249 页。

⁶⁵¹ 同上,第 261 页,另见 L Garcia Arias, “La doctrine des ‘clean hands’ en droit international public”,《Annuaire de l’Association des Auditeurs et des Anciens Auditeurs de l’Académie de droit international》,第 30 卷(1960 年),第 18 页;A Miaja de la Muela, “Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux”,载于《Mélanges offerts à Juraj Andrássy》(海牙, Martinus Nijhoff, 1968 年)第 189 页。

⁶⁵² 见上文第 317 段。

⁶⁵³ G. Fitzmaurice, “The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law”,《海牙讲义集》,第 92 卷(1957-II),第 119 页,由 Schwebel 法官引述,《国际法院判例汇编(1986 年)》,第 14 页,第 394 页(第 271 段)。

但第五章所涉及的既不是诸如出庭资格这样的程序问题,也不是权利主张是否受理的问题。而重要的是,甚至上段的论述也并未说明,一个受害国的非法行为(更何况它还缺乏“清白”),是解除使该国受到伤害之行为的不法性的一种独特情况。

334. 由于这些原因,特别报告员认为,将“清白”原则作为有别于抗辩或反措施的一种新的“解除行为不法性的情况”而列入第五章是没有依据的。但是,Charles Rousseau 所得出的结论似乎仍然有效:“不可能将清白原则视为一般习惯法的一项规则。”⁶⁵⁴

5. 援引解除行为不法性的情况的程序性附带条件和其他附带条件

335. 第五章中唯一涉及援引解除行为不法性的情况的附带条件或后果的规定是第 35 条。这与《维也纳条约法公约》形成强烈对比。在该公约中,涉及援引使条约失效、终止或暂停执行条约理由的后果的规定十分详尽。从第 35 条本身开始,需要对很多不同的问题进行审议。

(a) 在援引第五章的情况下的损失赔偿

336. 第 35 条的规定已经列出。⁶⁵⁵ 正如其标题所示,第 35 条是对在第五章所涉某些情况下的损害可能给予赔偿的种种问题的保留。它并不赋予任何要求赔偿的权利,尽管没有提到反措施和自卫这两种情况,但其含义很明确,它把这些权利排除在外。

337. 第 35 条的简要评注指出,对损害的保留问题最初是在 1979 年讨论关于不可抗力的第 31 条时提出的。由于这个条件与第五章的其他规定相关,因而被搁置,只是在 1980 年时才重新加以审议。虽然在涉及危急情况⁶⁵⁶的问题上,有人“极力”提出理由证明赔偿的可能性,但最终还是列入第 35 条,作为以“一般性的保留”,适用于第五章所述的所有情况,但自卫和反措施除外。⁶⁵⁷ 当时曾强调指出,列入第 35 条“并不予断在这个问题上可能出现的任何原则问题,无论是在本草案第二部分中将要审议的赔偿义务方面”,还是条款的定位方面。⁶⁵⁸ 不论是在评注中,还是在起草委员会提出第 35 条提案之后进行的辩论中,都没有对国家实践或理论进行任何讨论。⁶⁵⁹

各国政府对第 35 条的评论

⁶⁵⁴ C. Rousseau, 《Droit international public》,第五卷,“Les rapports conflictuels”,第 5 段,(巴黎,Sirey 1983 年),第 170 段。

⁶⁵⁵ 见上文第 303 段。

⁶⁵⁶ 第 35 条评注,第(3)段。

⁶⁵⁷ 同上,第(4)段。

⁶⁵⁸ 同上。

⁶⁵⁹ 关于这一宗尽管解除行为不法性但仍判予赔偿的案件,见第 33 条评注第(17)段引述的奥理诺科总公司案,《国际仲裁裁决汇编》第十卷,第 280 页(1905)。

338. 奥地利建议重新拟定第 35 条,以避免削弱整个第五章。只有在国际法单独规定赔偿时,这种可能性才会出现。⁶⁶⁰ 法国更进一步建议删掉第 35 条,理由是它“设想的是无过失赔偿责任”。⁶⁶¹ 德国似乎设想,赔偿应仅限于第 33 条所述的危急情况。⁶⁶² 联合王国欢迎第 35 条在以下情形(例如危急)适用于解除行为不法性的情况:把它当作一个借口,而不是理由。⁶⁶³ 日本也支持这一原则,但建议用不同的措辞,而不是“赔偿”,这是对第二部分所述不法行为给予补偿的一个方面。⁶⁶⁴

在解除行为不法性的情况下对损失进行赔偿的原则是否可行?

339. 评注对第 35 条采取非常保留的立场,认为这只不过是一种“不妨碍”条款。部分原因是,人们预期这个问题将在第二部分予以处理,但这种情况并没有出现。但正如日本所指出的,第 35 条不涉及对不法行为以补偿框架内的赔偿,而这正是第二部分的主题。相反,它所涉的问题是,是否仍应期望一个依赖解除行为不法性的情况的国家对因这种依赖而直接受影响的任何国家所遭受的实际损失予以赔偿。从原则上来说,这是一个绝对恰当的条件,使前一个国家可以依赖解除行为不法性的情况。它与一国是否可能要对合法活动造成的伤害“负赔偿责任”的一般问题无关,这些合法活动对其他国家所造成的伤害是另一个专题的主题。次要责任规则是本条款草案的确切主题,根据这些规则,一国通常需要就违背其国际义务的行为(根据第 16 条的规定),对受害国给予全面补偿。⁶⁶⁵ 如果条款草案规定了认定受害国不应获得赔偿的情况,则它们在下列条件的制约下当然可以这样做:该国所遭受的而它本身没有责任的任何实际损失应由援引国给予赔偿。正式说来,这属于次要责任规则的范畴,因为它与根据条款草案而产生的表面国家责任的情况有关,但条款草案仍明确地排除这种责任。⁶⁶⁶ 作为一个实质性问题,这种条件是,如果没有这种情况,其行为本应被视为非法的国家,就能够把捍卫自己利益或关切的事务的负担转移给无辜的第三国。

340. 匈牙利接受这种看法,在关于加布奇科沃·大毛罗斯项目的案件中援引危急的抗辩。匈牙利要求捷克斯洛伐克承担取消合资项目的全部费用是极不公平的,因为取消的原因不是(或至少不完全是)由于捷克斯洛伐克造成的。正如法院所指出的:

⁶⁶⁰ A/CN.4/488,第 89 页。

⁶⁶¹ 同上。

⁶⁶² 同上,第 90 页。

⁶⁶³ 同上,第 90 页。

⁶⁶⁴ A/CN.4/492,第 12 页。

⁶⁶⁵ 见上文第 14 段。

⁶⁶⁶ 见国际法院对加布奇科沃·大毛罗斯项目案件的判词,上文第 226 段引述。

“匈牙利明确承认,无论如何,这种危急情况也不能免除它承担赔偿其合作伙伴的义务”。⁶⁶⁷

由于危急抗辩基于其他理由被驳回,因此没有决定对此案件给予赔偿的确切范围。⁶⁶⁸

第 35 条应适用于第五章中的哪些情况?

341. 由于这些原因,没有预定理由要把第 35 条从条款草案中删除。如果保留第 35 条意味着,第五章中至少有一些情况是免除责任的情况,而不是解除行为不法性的情况,那么这也属于次要责任规则的范畴,如同把它们视为可减轻责任的情况。⁶⁶⁹ 这样,问题就成了确定第五章所处理的情况有哪些引起了、或可能会引起对实际损失给予赔偿的可能性,以及应如何拟定第 35 条。

342. 显然,第 35 条不应适用于自卫或反措施,因为这些情况取决于并与“目标”国家先前的不法性行为有关,没有为其自身不法性行为的后果给予赔偿的依据。如将同意保留为解除行为不法性的情况,则也应把它从第 35 条的范围内删掉。如果一国的同意是另一个国行为的依据(例如飞越、或占领领土),那么该国当然有权使其同意成为支付费用或租金或为赔偿伤害的条件:这是在给予同意时应谈判的问题。但是,由于上文提到的理由,第 29 条不应列在第五章的框架内。⁶⁷⁰

343. 这就剩下三种情况(不可抗力、危难、危急)在原则上,与认定受害国的行为或意愿无关。不可抗力的定义是,“发生起因于不可抗拒的力量或该国无力控制的、无法预料的外界事件,以致该国在这些情况下实际上不可能履行义务”;此外,援引国绝不能以本身的不法性行为促成不可抗力情况的发生,而且不应承担会发生不可抗力事件的风险。⁶⁷¹ 在这些情况下,似乎没有理由要求援引国承担任何特别赔偿义务。它无力控制的情况使它实际上不可能履行义务,也没有接受发生这种情况的唯一风险。⁶⁷² 反过来说——正如上文所指出的,在一国依靠危急这一情况来要求对其遭受的实际损失作出赔偿时,其理由应当是站得住的至少如果另一国本身并没有因其不履行义务或疏忽而造成危急状况。

344. 特别报告员认为,危难与危急的抗辩之间的关系比与不可抗力之间的关系更接近。假设因气候恶劣,一艘船遇难而且被损坏,为了抢救船员的性命,这条船驶进一个

⁶⁶⁷ 《国际法院判例汇编(1997 年)》,第 7 页,第 39 页(第 48 段)。

⁶⁶⁸ 这是一个单独的问题,是对应计费用和损害的结算:《国际法院判例汇编(1997 年)》,第 7 页,第 81 页(第 152 至 153 段)。

⁶⁶⁹ 见上文第 228 段。

⁶⁷⁰ 见上文第 241 段。

⁶⁷¹ 见上文第 261 至 263 段,至于第 31 条款的规定,见下文第 356 段。

⁶⁷² 在不可抗力是第三国胁迫造成的情况下,该国可能应对认定受害国家所遭受的后果负责:见本报告,A/CN.4/498/Add.1,第 202 段。至于援引国与第三国之间,显然后者应承担责任。

外国港口。为什么不应要求这艘船为它对港口设施造成的任何损害(例如,因油箱开裂发生燃油渗漏情况)给予赔偿?要求它这样做可能有助于依赖危难作为救命的依据,而这应符合普遍的利益。

345. 至于拟议在第五章里增列的两种情况,兹建议第 35 条不必提及任何一种情况。遵守强制性规范符合共同的利益,是国际社会各国共同关切的问题。没有理由只应要求一国为遵守这项共同责任的紧急义务而对任何其他国家作出赔偿。至于抗辩,象反措施一样,它取决于“目标”国的不法行为,而为反措施辩护的理由不够充分。由于这些原因,特别报告员将把第 35 条的范围限于危难和危急两种情况。

提法的问题:一项权利还是单纯的保留?

346. 余下的问题是,就危难和危急来说,是否应把第 35 条拟定为一项积极的权利,或是一项保留。前者有些困难,因为案件的范围差异很大,而且这一方面的实践极少。为了保持平衡,兹建议以保留条款形式予以保留,但在某种程度上加强语气,以表明不能预期无辜的第三国单独承担因援引危难或危急而实际承受任何损失。

对第 35 条的结论

347. 由于这些原因,第 35 条中关于危难和危急的规定应予保留。援引这些情况应“不妨碍”对援引国的行为“所造成的任何实际损害或损失的财政赔偿问题”。⁶⁷³

(b) 援引解除行为不法性的情况的属时效力

348. 第五章各条款草案的评注表明,只要有关情况继续存在,而且符合据以援引的条件,这些条款就仅仅解除行为的不法性(并因而免除责任)。法庭在彩虹勇士号案件中,国际法院在关于加布奇科沃·大毛罗斯项目案件中,都确认了这项原则。⁶⁷⁴ 尽管一读通过的第五章可能比较含蓄,但由于这个问题非同小可,因此应予阐明。当然,也许某些解除行为不法性的特殊情况同时构成终止根本义务的充分依据(例如,根据 1969 年《维也纳公约》第 60 条,证明采取反措施有理的一项违约情事可能是“重大”的,因而允许终止条约)。反过来说,有关义务在原则上可以完全恢复,或充分恢复执行,但恢复履行的方式可能须予解决。这都不是条款草案能够或应当解决的问题,但至少应予规定,援引解除行为不法性的情况不妨害“停止不符合有关义务的任何行为并随后遵守该项义务,如果并因为解除行为不法性的情况不再存在”。⁶⁷⁵

(c) 举证责任

349. 原则上,国家责任是不能假定的,确定这种责任的义务应由坚持这种权利的国家承担。⁶⁷⁶ 但是,如行为与一国国际义务的抵触可归咎于该国,而它却力图依赖第五章

⁶⁷³ 见下文第 356 段。

⁶⁷⁴ 见上文第 224 段。

⁶⁷⁵ 见下文第 356 段。

⁶⁷⁶ 如仲裁员胡博在“摩洛哥权利主张中的西班牙属区案中指出”,“国家的国际义务不能假定”;见“国际仲裁裁决汇编”第二卷,第 615 页。

所规定的某种情况而避免承担责任,则情况便发生变化,该国有责任证明或辩解其行为是情有可原的。此外,通常的情况是,只有援引国才充分了解案子的情况。第五章目前的用语似乎足以达到这个目的,因此不必拟订进一步的规定。

(d) 丧失援引责任的权利

350. 有人曾建议,《维也纳条约法公约》第 45 条处理“丧失援引条约失效、终止、退出或停止施行条约理由之权利”问题,依此类推,条款草案也应处理丧失援引责任的权利的问题。先前的编纂工作曾多次力图把在本标题下适当地予以处理的内容列入,尤其是“接受他方不执行义务的内容”。⁶⁷⁷ 另一方面,这个问题只有在责任已经产生的情况下才会出现,即如果一国应承担的国际责任的所有条件都得到满足。因此,它应当属于条款草案第二部分,并将在该框架中加以讨论。

(e) 解决在解除行为不法性的情况的争端解决

351. 由于第五章处理的情况的所产生的效果是免除其它有关国家的责任,这样就自然产生了解决争端的问题。例如,第二部分已将反措施与解决争端联系起来,而参加维也纳条约法会议的国家也坚持在根据第 53 条和第 64 条援引绝对法与解决争端之间建立联系,从而证明了这一点。⁶⁷⁸

352. 的确,解决争端的问题通常是整个条款草案所引起的,特别是第三部分。但是,不论对第三部分作出什么结论,第五章总有一个因与《维也纳条约法公约》第 65 条类推而产生的程序性问题。如果一国力求依赖解除行为不法性的情况,即为了给本应是违反国际法的行为找借口,则它至少应及时向其他有关国家通报这个情况以及其履行义务的后果。随后,有关国家应力求按照《联合国宪章》规定的程序,特别是第 33 条规定的程序,解决所产生的任何问题。在讨论条款草案第三部分时,将再行讨论这个问题,但至少目前应在第五章内列入这样一项规定。⁶⁷⁹

6. 对第五章的结论

353. 在开始讨论第五章时,曾指出所处理的情况很可能属于几个类别,而至少就其中一些类别来说,把它们说成为免除责任的情况而不是解除行为不法性的情况可能更加恰当。⁶⁸⁰ 至少就不可抗力、危难和危急来说,为了第五章的目的,另一种提法不妨是“如果一国由于上述其中一种情况而未能履行一项国际义务,则该国不对未能履行义务负责”。这种提法可能同关于自卫的提法形成对比,且很可能同关于反措施的提法形成对比,因为后一种提法可以说是解除行为不法性的情况(并因此就是“未能履行”的概念)。一项强制性规范的相互抵触规定以及在拟议的狭义提法中的抗辩,都无疑也属于后一类别。但总的说来,特别报告员不相信必须就第五章所处理的情

⁶⁷⁷ Fitzmaurice,第四次报告,《1959 年……年鉴》,第二卷,第 44 至 63 页。见上文第 215 和 237 段。

⁶⁷⁸ 另比较仲裁法庭对彩虹勇士号案件的判词,上文第 269 段。

⁶⁷⁹ 拟议的规定见下文第 356 段。

⁶⁸⁰ 见上文第 221 至 229 段。

况分为几类。实际上是有不同类别的情况的,而一个明确的危难或甚至危急例子作为解除行为不法性的情况,可能会比一个勉强说得过去的自卫情况更令人信服。在第五章现有的总标题下处理所有情况并对它们作出拟议的具体区分和定性似乎已经足够。

354. 在讨论第 16 条时尚未作出结论的第二个问题是第 16 条与第五章之间关系的问题。⁶⁸¹ 明文规定第 16 条(更不必说第 1 或第 3 条)受制于第五章是粗糙的做法,而且往往会过分强调不履行义务的种种借口问题。第 1 和第 3 条属原则声明性质,如《维也纳条约法公约》第 26 条(条约必须遵守)那样,而就整个条款草案来说,没有必要对它们加以进一步定性。法国提议在第 16 条内写入“国际法下一项”一语,而为该条的目的,这一定性已经足够。⁶⁸² 法国也提议以单一条款的形式将第五章列入第三章内。⁶⁸³ 将第五章压缩为单一的条款是不可取的,但现有的第三、第四和第五章不妨成为处理违背国际义务问题的单一一章的分节。起草委员会似乎可考虑这一可能性。

355. 最后是列入第五章的各种情况的次序问题。原来的次序是同意、反措施、不可抗力、危难、危急和自卫(这个次序在某种程度上可归因于自卫与危急之间的历史联系⁶⁸⁴)。但是,根据现代国际法,自卫与反措施的共同点比与危急的共同点还要多,应归为一类。未履行契约的抗辩也是一样,因为它也构成对一国非法行为的反应,而所援引的情况就是针对该国的。总的说来,把第五章现在处理的情况分列为两类似乎是恰当的:第一,对强制性规范的遵守、自卫、反措施和抗辩;随后是不可抗力、危难和危急,继而是上文讨论的附加条款。

356. 鉴于上述理由,特别报告员提议第五章的条款如下。每一条所附的说明扼述拟议的改动。

第五章

解除行为不法性的情况

第 29 条

同意

说明. 前第 29 条处理以有效方式表示的同意作为解除行为不法性的一种情况。在许多情形下,一国在某项行为实施之前表示同意即足以使该行为符合国际法,例如,对飞越领土表示同意,等等。在其他情形下,事后表示同意可能等于免除责任,但却不会避免在行为时所产生的责任。因此,同意不是某项不法行为的界定要素的一部

⁶⁸¹ 见上文第 14 段。

⁶⁸² 见上文第 8 和 14 段。

⁶⁸³ 见上文第 216 段。

⁶⁸⁴ 见上文第 278 段关于 Caroline 案的讨论。

分,就是就丧失援引责任的权利来说是至为重要的。它在这两种情形下都不是解除行为不法性的一种情况,因此第 29 条已予删除。详情见上文第 235 至 241 段。

第 29 条之二

对强制性规范(绝对法)的遵守

一国不符合该国国际义务的行为,如该行为是一般国际法强制性规范在这些情况下所要求的,则该行为的不法性即告解除。

说明. 1. 由于国际法强制性规范会致使一项前后矛盾的条约无效,因此它必定具有以下效力: 在一项本身并非强制性的国际义务被一项强制性义务推翻的罕有但仍然可以想象的情况下,免除不遵守该项义务的责任。例如,不能援引过境权或通过领土权,如果行使这项权利的直接目的是非法攻击第三国的领土。见上文第 306 至 313 段。

2. 一般国际法强制规范经 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条界定为不得减损且只有以后具有同等性质的规范始可加以更改的规范。特别报告员认为没有必要在第 29 条之二重复这项定义。

3. 第 29 条之二只适用于以下情形: 在所产生的情况下,一项强制性规范与另外某项义务之间的矛盾是明确而直接的。强制性规范必须具体要求在特定事例的情况下采取一项在别的情形下是不法的行动,使有关国家没有选择也无法同时遵守这两项义务。

4. 与第 29 条之二有关的解决争端问题将在条款草案第三部分范围内加以审议。

第 29 条之三

自卫

1. 一国不符合该国国际义务的行为,如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施,则该行为的不法性即告解除。

2. 第 1 款不适用于明示或意愿为完全克制的义务的国际义务,即使就卷入武装冲突或实行自卫的国家而言,特别是不适用人道主义性质关于在武装冲突或国家紧急状态时期保护人身的义务。

说明. 1 第 1 款与一读暂时通过的条文一样。

2. 第 2 款是新添的,以便区分约束甚至实行自卫的国家(特别是在国际人道主义法领域)的义务和不是“完全克制”的义务,虽然在适用作为自卫法一部分的必要性和相称性标准时它们可能是相关的考虑。第 2 款的文字参照改写国际法院关于以核武器相威胁或使用核武器的咨询意见,《国际法院判例汇编(1996)》,第 242 页(第 30 段)。新添的一句话明确规定人道主义性质的义务,以《维也纳条约法公约》第 60 条为根据,旨在举例突出这些完全克制的义务中最严重的类别。见上文第 296 至 302 段。

3. 这一条的位置有改动,以便使其同第 29 条之二和第 30 条相联系,并强调“固有的”自卫权利在《联合国宪章》制度中的重要性。

第 30 条

国际不法行为的反措施

[一国不符合该国对另一国所负义务的行为,如果是该另一国的某项国际不法行为所引起的、对抗该另一国的、国际法上合法的措施,则该行为的不法性即告解除。]

说明. 正当的反措施解除针对不法行为国的有关行为的不法性,因为该国的不法行为导致反措施。但是,第 30 条的草拟取决于在二读时就列入和拟订详细处理反措施的第二部分的各条款问题而仍须作出的决定。就整个反措施问题进行审议之前,将第 30 条保留在方括号内。

第 30 条之二

因另一国先行不遵守义务而不遵守义务

一国不符合该国对另一国所负义务的行为,如果是该另一国先行违背同一国际义务或有关国际义务而直接致使该国无法符合义务行事,则该行为的不法性即告解除。

说明. 1. 第 30 条之二反映在不守约者不得要求践约抗辩这一原理内所体现的原则(或就条约义务的情况来说,未履行契约的抗辩)。它在某种意义上与反措施有一定的关系,因为 A 国后来的行为(在别的情况下是不法行为)取决于 B 国先行的不法行为并且是对该行为的反应。但就抗辩的情况来说,这两项行为之间的联系是直接的。如常设法院在霍茹夫工厂案所表明,这项原则只是适用于下列情况:一国由于其非法行为而实际上致使另一国无法遵守其那一方协议的义务,即无法遵守同一义务或有关义务。换言之,这一联系是直接的因果联系,绝对不是通过报复或以牙还牙而致使一项违背义务行为激发起另一项违背义务行为。例如,如果 A 国由于无法完成它在联合工程中分担的一部分,导致 B 国本身落后于议定的时间表, A 国不能就这一延误提出抗议,因为它这样做实际上就是试图以其本身的不法行为为根据。见上文第 314 至 329 段。

2. 鉴于这两项行为之间的直接因果联系,因此不必列入在一读通过的条款草案第二部分下适用的对正当反措施所施加的种种限制。这项原则是意义非常狭窄,具有自己内在的限制。特别是,它只适用于下列情况:如果先行的违背行为被证实,如果它与后来的行为有因果联系,如果违背行为涉及同样义务或有关义务。为此目的,一项义务可能从文件的观点看是有联系的(作为同一文书的一部分),或因为它处理同主题或同一特定情况而有联系。见上文第 326 段。

3. 曾考虑在第 30 条之二列入对双方都有的约束力的义务这种范围略为广泛的情况,即具有以下特征的义务(这种义务通常载于条约内):一国是否继续遵守义务取决于另一国是否同样遵守。在这种情形下, A 国的不履行与 B 国的不履行之间没有直接因果联系。B 国仍然可能遵守义务,但这样做将与作为协定基础的预期要求

相矛盾。一个例子是停火协定或交换战俘或共同摧毁武器的协定。但是,特别报告员认为这种情况已由一系列其他规则适当地予以处理:条约解释、反措施的适用以及因违约而暂停适用或甚至终止条约的可能性。见上文第 327 至 329 段。

第 31 条

不可抗力

1. 一国不符合该国国际义务的行为,如起因于不可抗力,则该行为的不法性即告解除。为本条的目的,不可抗力是不可抗拒的力量或该国无力控制的无法预料的外界事件的发生,以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务。

2. 第 1 款不适用,如果:

(a) 不可抗力发生是由援引此种情况的国家的不法行为单独导致或与其他因素合并导致;或

(b) 该国根据义务已承担发生这种不可抗力的风险。

说明. 1. 第 31 条原来题为“不可抗力和偶然事故”,但并不是所有偶然事故都可当作借口,而经界定的不可抗力则是以包含全义。因此相应精简了第 31 条的标题,但该条本身的内容却没有减损。

2. 原先草拟的第 1 款也包括使一国不可能“知道其行为不符合”该义务的不可抗力的情况。这增添了一项引起混淆的主观要素,而且似乎与不知其不法性(即可知法不是借口的原则)相矛盾。这些文字原先旨在照顾到诸如导航设备的无法预料的失灵致使一架飞机侵入另一领空的情形。“在这种情况下”等字则旨在照顾到这种情形而不必提及是否知道不法性的问题。见上文第 260 段。

3. 如一读通过的条文那样,第 2 款规定“如果实际上不可能之情况的发生是由该国所促成”,则不可抗力的抗辩“不适用”。但在第 1 款中,不可抗力是从狭义界定的,这额外限制似乎过分抑制了援引不可抗力的情况。根据《维也纳条约法公约》第 61 条所规定的终止条约的平行理由,“倘条约不可能履行系一当事国违反条约义务或违反对条约任何其他当事国所负任何由其他国际义务结果”,则可以援引实际上不可能的理由。由这项规定类推,第 2(a) 款排除了一国因其本身的不法行为而导致或促成这种情况发生时提出不可抗力的抗辩。见上文第 261 段。

4. 此外,可以想象的是该国根据有关义务可能承担了某一特定不可抗力的发生的风险。第 2(b) 款排除了在这种情形下提出不可抗力的抗辩。见上文第 262 段。

第 32 条

危难

1. 一国不符合该国国际义务的行为,如有关行为人合理地认遭遇危难的情况下为了挽救其生命或受其监护的其他人的生命,除此行为之外别无他法,则该行为的不法性即告解除。

2. 第 1 款不适用,如果:

(a) 危难情况是由援引此种情况的国家的不法行为单独导致或与其他因素合并导致;或

(b) 有关行为可能造成同样或更大的灾难。

说明. 1. 本条在实质上如一读拟议的案文那样,但作了若干改动。第一,行为受质疑的国家代理人根据所得资料或应当得到的资料必须合理地认为有生命危险。先前的标准是完全客观的,但在遭遇真正危难的情况下,通常没有时间进行医学上的调查或其他调查来证明适用一项客观标准是合理的。

2. 第二,同拟议的第 31 条第 2(a) 款一样,兹提出了第 32 条第 2(a) 款的新案文,而提出的理由实质上是一样的。常常都会出现援引危难的国家“促成”——即使是间接促成——情况的发生的事例,但似乎只有在该国通过实际上是不法的行为而促成危难情况的发生时,才应排除其依靠危难的理由。

3. 第三,危难必须“极端”的规定已予删除。除了第 32 条的其他规定以外,不清楚它增添了什么内容。见上文第 271 至 274 段。

第 33 条

危急情况

1. 一国不得援引危急作为理由解除不符合该国所负某项国际义务的行为的不法性,除非:

(a) 该行为是保护该国基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法;且

(b) 该行为并不严重损害:

(一) 作为所负义务之对象的国家的基本利益;或

(二) 某项共同或一般利益,如果确立义务是为了保护该利益。

2. 一国绝不得在以下情况援引危急作为解除其行为不法性的理由;

(a) 有关国际义务是基于一般国际法强制性规范而产生的;或

(b) 有关国际义务明示地或默示地排除援引危急的可能性;或

(c) 危急情况的发生是由援引危急的国家实际上促成的。

说明. 1. 第 33 条相当于一读通过的案文,但作了若干文字上的修正。这些修正大部分都是轻微的。例如,与第五章其他条款一样,第 33 条应以现在时态表示,而且不必在案文内用“危急情况”一词,“危急”两字已足够了。

2. 有三项改动应予指出。第一,第 1(b) 款已予改写,以清楚表明就一般利益确立义务的情况来说,应公平地照顾到的正是这项利益。第二,第 2(b) 款不再限于条约义务。第三,第 2(c) 款使用了“实际上促成”一语,因为理所当然援引国很可

能在某种意义上促成这种局面,而问题是这种促成实际上是否足以完全剥夺其援引危急为理由的权利。见上文第 290 和 291 段。

第 34 条

自卫

说明. 见目前的第 29 条之三。

第 34 条之二

援引解除行为不法性的情况的程序

1. 根据本章援引解除行为不法性的情况的国家在注意到该情况后应尽快就该情况及其对履行义务的后果书面通知其他有关国家。

[2. 如就该情况的存在或其对履行义务的后果产生争端,当事各方应设法解决该项争端:

(a) 就涉及第 29 条之二的事例而言,采用《联合国宪章》规定的现有程序;

(b) 就任何其他事例而言,按照第三部分。]

说明. 一读通过的第五章没有就援引解除行为不法性的情况的程序或解决争端的程序作为规定。后一个问题将在处理条款草案第三部分时加以讨论,而第 34 条之二第 3 款是就解决争端的种种问题进行进一步讨论之前作为备忘列入的。但是,如果一国希望援引解除行为不法性的情况,则合理的做法是它应就此事实及其理由通知其他有关国家,而第 1 款则作了这样的规定。见上文第 351 和 352 段。

第 35 条

援引解除行为不法性的情况的后果

根据本章援引解除行为不法性的情况不妨碍:

(a) 停止不符合有关义务的任何行为并随后遵守该项义务,如果并因为解除行为不法性的情况不再存在;

(b) 就第 32 条和第 33 条的情况而言对该行为所造成的任何实际损害或损失的财产赔偿问题。

说明. 1. 一读通过的第 35 条载有关于赔偿以下条款所列的四种解除行为不法性的情况所引起的损害的保留:第 29 条(同意)、第 31 条(不可抗力)、第 32 条(危难)和第 33 条(危急情况)。建议删除第 29 条(无论如何,将其列入第 35 条内是有问题的)。就不可抗力来说,援引国是在外界力量的制约下行为的,从而使它实际上不可能履行义务,而它并没有承担不履行义务的唯一风险。但就第 32 和 33 条来说,援引国至少在某种程度上有所选择,而在别的情况下有权投诉有关行为是违背了应向其履行的义务的国家并没有促成——更不用说造成了——危难或危急情况,因此不清楚为什么它们为了援引这些情况的国家的利益而必须遭受实际的损害或损失。为此保留了关于危难和危急的第 35 条。这一条的内容没有详细阐述赔偿的问题,但将其

文字略加修改,以减少其中立性和尖锐性,并避免“损害”和“赔偿”两词所涉的技术困难。见上文第 339 至 347 段。

2. 此外,增添了第 35(a)条,以阐明第五章仅具有解除效力。当解除行为不法性的情况终止或基于任何理由不再具有解除效力时,并因为此种情形,有关义务(假设它依然生效)将须予重新遵守,而先前准许它不必遵守义务的国家必须相应行事。见上文第 348 段。

3. 由于扩充了第 35 条的范围,其标题已予更改。
