



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.593/Add.1
9 June 2000
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第五十二届会议
2000年5月1日至6月9日和
7月10日至8月18日，日内瓦

国际法委员会第五十二届会议工作报告草稿

报告员： 维·罗德里格斯-塞德尼奥先生

第...章

国家责任

增 编

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
B. 本届会议审议这个专题的情况(续)		
1. 特别报告员介绍与条款草案有关的一般问题.....	1 - 11	4
(a) 完成二读的计划.....	1	4
(b) 与第一部分有关的未决问题.....	2	4
(c) 与一读通过的第二部分有关的一般考虑 因素.....	3 - 5	4
(一) 第二部分的范围与第一部分比较.....	3	4
(二) 标 题.....	4	5
(三) 条款草案的拟订.....	5	5
(d) 拟议条款草案余下部分经订正的结构.....	6 - 11	5
2. 一般问题辩论概况.....	12 - 24	6
(a) 完成二读的计划.....	13	6
(b) 初级规则与次级规则的区分.....	14	7
(c) 国家责任规则的自反性质.....	15	7
(d) 本条款草案的范围.....	16	7
(e) 与第二部分有关的一般考虑因素.....	17 - 19	8
(一) 详细和明确的适当程度.....	17	8
(二) 标 题.....	18	8
(三) 条款草案的拟订.....	19	9
(f) 本条款草案的结构.....	20 - 24	9
3. 特别报告员对一般问题辩论情况的总结.....	25 - 27	10
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.....	28 - 36	11
第一章 一般原则.....	28 - 36	11
(a) 国际责任内容的引言条款(第 36 条).....	29	11
(b) 停止的一般原则(第 36 条之二).....	30 - 31	11

目 录(续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(c) 承诺和保证不重复(第 36 条之二续).....	32	12
(d) 赔偿的一般原则(第 37 条之二和第 42 条第 3 和 4 款)	33 - 34	12
(e) 习惯国际法中的其他法律后果(第 38 条).....	35 - 36	14
5. 第二部分辩论概况.....	37 - 62	15
第一章 一般原则.....	37 - 62	15
(a) 国际责任内容的引言条款(第 36 条).....	38	15
(b) 停止的一般原则(第 36 条之二).....	39 - 42	15
(c) 承诺和保证不重复(第 36 条之二续).....	43 - 47	16
(d) 赔偿的一般原则(第 37 条之二和第 42 条第 3 和 4 款).....	48 - 58	17
(e) 习惯国际法中的其他法律后果(第 38 条).....	59 - 62	20
6. 特别报告员对第一章的总结.....	63 - 69	21

1. 特别报告员介绍与本条款草案有关的一般问题

(a) 完成二读的计划

1. 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

2. 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比较

3. 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

4. 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) 本条款草案的拟订

5. 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) 拟议本条款草案余下部分经订正的结构

6. 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。

7. 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。

8. 第二章将载述三种赔偿方式，即：恢复原状、补偿和满足(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。

9. 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》¹ 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。

10. 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。

11. 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

12. 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。

(a) 完成二读的计划

13. 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。据认为，最好在明年以令人满意的方式完成一些条文，主要原因是大会第五十五届会议将使委员会有一个最后的机会，能够得到第六委员会针对反措施和解决争端等暂时搁置的问题提出的反馈意见。

¹ 联合国条约汇编，第 1155 卷，p. 331。

(b) 初级规则与次级规则的区分

14. 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

15. 有人表示，他赞成在第 7 款第 1 项中将国家责任规则定性为具有自反性质。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，那就没有必要在本条款草案中明文载述，但是，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) 本条款草案的范围

16. 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

17. 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，其中包括赔偿的标的——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。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，会在外交保护方面引起如果不是更严重的、也会是同等的关注，但是，他暂时认为，两个条文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

18. 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

19. 有人表示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) 本条款草案的结构

20. 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。

21. 有人认为，拟议重新安排第二部分的问题中唯一可以争议的一点是：第三章是否属于第二部分之二。据认为，关于多数国家的规则可以分为：多数行为国的义务可在第二章中处理，多数受害国的权利则可在第二章之二中处理。另一种做法是：所有关于多数的规则可予列入单独的一章。

22. 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。

23. 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。

24. 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情况的总结

25. 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。

26. 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一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。

27. 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：一国不法行为的法律后果

28. 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)

29. 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。²

(b) 停止的一般原则(第 36 条之二)

30. 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；它同反措施等甚次级结果相联系；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宣言等补救措施的重要性，得到说明。

² 特别报告员拟议的第 36 条的案文内容如下：

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。

参看 A/CN.4/507，第 51 页。特别报告员对本条文的分析载于同上，第 17-18 段。

31. 特别报告员拟议以第 36 条之二的订正条文³ 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)

32. 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 4 款)

33. 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

³ 特别报告员拟议的第 36 条之二案文内容如下：

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。

参看 A/CN.4/507，第 51 页。特别报告员对本条文的分析，载于同上，第 44-52 段。

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，这种作法是通过将多边义务明确归于个别国家的方式把它“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。例如，根据第 40 条目前的措词方式，侵犯人权行为的主要受害国可能接受(领取)赔偿而视此案件为已经了结；但其他国家仍有权采取反措施进行干预。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。

34. 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 工厂案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⁴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保证的任何历史纪录。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。

⁴ 《联合国国际仲裁裁决书汇编》，第十一卷，p. 431(1912)。

再次，特别报告员提议删除第 42 条第 4 款，因为应该把第 37 条之二中所载述的这个赔偿原则纳入第二部分第一章。⁵

(e) 习惯国际法中的其他法律后果(第 38 条)

35. 特别报告员基于两点理由对拟订第 38 条⁶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-Nagymaros⁷ 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。

36. 从摆放的位置上说，特别报告员认为，第 38 条应该留在第二部分，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 特别报告员所拟议的第 37 条之二的案文内容如下：

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。
2. 充分赔偿应按照以下条款的规定，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。

参看 A/CN.4/507，第 51 页。特别报告员对本文的分析载于同上，第 23-43 段。

⁶ 特别报告员拟议的第 38 条案文内容如下：

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。

见 A/CN.4/507，第 54 页。特别报告员对该文的分析，见前文第 60-65 段。

⁷ Gabcikovo-Nagymaros 工程项目案，《国际法院报告书》，p. 7。

5. 第二部分辩论概况

37. 第一章 一般原则

(a) 国际责任内容的引言条款(第 36 条)

38. 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。

(b) 停止的一般原则(第 36 条之二)

39. 特别报告员拟议的第 36 条之二，尤其是在报告第 50(3)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。

40. 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。

41. 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。

42. 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指明和使用，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，因为可能有一种个别违背行为的形态本身并不被单独地归类为不法行

为，但是，由于人们意识到该形态的持续性质，也就要求停止，并且在可能范围内要求承诺和保证。

(c) 承诺和保证不重复(第 36 条之二续)

43. 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。

44. 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。

45. 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。

46. 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，组织灭绝种族行为的法律，或明文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。大体上说，如果引起争议的案文能够以符合国际法的方式予以执行，那么，光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。

47. 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 4 款)

48. 有人表示支持特别报告员拟议的第 37 条之二。

49. 据认为，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。

50. 提到第 1 款，有人认为，在第二部分提到国际不法行为的后果是不合理的，因为义务是由国际不法行为形成的，后果来源于义务。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”。

51. 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；⁸ 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。

52. 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”。

53. 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，而仅适用于直接或立即产生的结果。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近期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”，却必须有直接并且不间断的联系。有人认为，委员会迟早必须对近因、远因、必要原因、以及并发原因、中介原因和接替原因进行全面的全面的研究。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。

54. 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一即补偿和满足一同样的高度，从而使受害国丧失了选择赔偿手段的机会，

⁸ D. Earnshaw 等人(大不列颠)诉美国案，《联合国国际仲裁裁决书汇编》，第六卷，p. 160。

感到关切。有人提请注意 Chorzow 工厂案 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。

55. 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。

56. 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。

57. 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，但不是取消或量化义务的依据。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。

58. 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)

59. 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。

60. 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。

61. 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。

62. 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。他个人主张放在第四部分并且重新拟订该条款文。

6. 特别报告员对第一章的总结

63. 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的作出最后决定。

64. 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。

65. 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，不只会发生在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。

66. 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，在外交实践中是常有的事。但是，他说，彩虹勇士案⁹的判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。

67. 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 工厂案的判决书中指出：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。

68. 委员们已经普遍同意赔偿概念含有因果关系的概念，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。

69. 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。

-- -- -- -- --

⁹ 《联合国国际仲裁裁决书汇编》，第二十卷，p. 217（1999年4月30日）。