



大会

Distr.
GENERAL

A/CN.4/507/Add.1
6 June 2000
CHINESE
Original: ENGLISH/
FRENCH

国际法委员会

第五十二届会议

2000年5月1日至6月9日、7月

10日至8月18日，日内瓦

关于国家责任的第三次报告

特别报告员：詹姆斯·克劳福德先生

增 编

目 录

	段 次	页 次
二、第二部分 一国国际不法行为的法律后果(续)		
B. 第二章 赔偿的形式.....		3
1. 概 论.....	120 - 123	3
2. 恢复原状.....	124 - 146	4
(a) 现有第 43 条.....	124 - 129	4
(b) 停止、恢复原状和补偿：分类和优 先的问题.....	130 - 143	10
(c) 恢复原状的例外.....	144	16
(d) 第 43 条案文.....	145 - 146	18
3. 补 偿.....	147 - 165	18
(a) 现有第 44 条.....	147 - 153	18
(b) 赔偿的评估：一般原则还是具体标 准？.....	154 - 160	22
(c) 赔偿的限制.....	161 - 164	30
(d) 结 论.....	165 - 166	31
4. 补 过.....	167 - 194	32
(a) 目前的第 45 条.....	167 - 177	32
(b) 补过作为一种补救的特征.....	178 - 181	35
(c) 满足的具体形式.....	182 - 192	37
(d) 对满足的限制：第 45 条第 3 款.....	193	42
(e) 关于第 45 条的结论.....	194	43
5. 利 息.....	195 - 214	43
(a) 条款草案中的利息问题.....	195 - 198	43
(b) 利息在赔偿方面的作用.....	199 - 212	45
(c) 一项关于利息的规定.....	213 - 214	51
6. 减轻责任.....	215 - 222	52
(a) 共同过错.....	216 - 221	53
(b) 减轻损害.....	222	55
7. 关于第二部分第二章的结论概要.....	223	55

二、第二部分 一国国际不法行为的法律后果(续)*

B. 第二章 赔偿的形式

1. 概 论

120. 第二章目前的题目是“受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务”。如果采用较短、较简单的标题，可以是“赔偿的形式”。这样做有几个其它好处。它避免“受害国的权利”在所有情况下都严格地与责任国的义务相联系的推论，²¹² 也符合责任国应对所犯国际不法责任负有唯一的全面责任(除停止外)——即作出充分赔偿——的观点。赔偿的形式取决于具体情形，将分别在第二章和关于履行国家责任的第二部分之二中阐述。

121. 一读通过的第二章提出二项一般原则(停止与赔偿)，现在提议原样列入第一章；还提出了四种赔偿形式，即恢复原状、补偿、满足、承诺并保证不重复(被视为普通法的规定)。出于已提出的理由，最好是将承诺并保证不重复当作停止和未来履约行为的一个方面来处理，因为与停止类似但与赔偿不同，它们表示一种被侵犯的法律关系的连续性。²¹³ 于是，就只有三种主要赔偿形式了。特别报告员阿兰焦·鲁伊斯先生还提议将“利息”问题单列一条；“利息”问题在委员会拟订的第44条(补偿)中一带而过。此外，第二章还应该涉及以前曾列入第42条第2款的起到损害作用的过失问题。²¹⁴

122. 各国政府普遍建议对第二部分进行重新组织，“以考虑第一部分提出的各种选择”，²¹⁵ 除此之外对第二部分的观念和结构没有提出具体意见。

123. 考虑到提议移至第二部分第一章的内容，第二章似乎可能包含以下议题：

* 特别报告员希望感谢 Pierre Bodeau、Jacqueline Peel、John Barker 和 Petros Mavroidis 在编写本报告时间给予的协助。

²¹² 见以上第84段。

²¹³ 见以上第54段。

²¹⁴ 见以上第19和33段。

²¹⁵ A/CN.4/496, 第15页, 第108段。

- 恢复原状(现有第 43 条);
- 补偿(现有第 44 条);
- 满足(现有第 45 条);
- 利息(第 44 条提及, 但目前没有构成一个条款);
- 减轻责任(目前的第 42 条第 2 款)。

由此出现一些新的问题, 例如: 受害国选择何种赔偿方式; 处理责任索赔的效果; 防止双重索赔的可能规则。这些问题将在拟议的关于履行国家责任的第二部分之二中阐述。

2. 恢复原状

(a) 现有第 43 条

124. 第 43 条规定:

“恢复原状

受害国有权促使实行了国际不法行为的国家恢复原状, 即恢复实行不法行为以前所存在的状况, 但这种恢复原状具有以下条件和限制:

- (a) 并非实际做不到的;
- (b) 不致违背根据一般国际法的强制性规范所产生的义务;
- (c) 受害国从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不致与所引起的负担完全不成比例; 或
- (d) 不致严重危害实行了国际不法行为之国家的政治独立或经济稳定, 而如不恢复原状, 受害国也不会受到类似影响。”

第二章所依据的假设是, 恢复实物原状(以下只称恢复原状)是主要的赔偿形式。第 43 条给“恢复原状”下了较广的定义, 即“重建实行不法行为以前存在的状态”, 同时又提出在四种例外情况下不能要求恢复原状。这些规定的话不多, 用意是允许受害国选择接受补偿或满足, 而不要求恢复原状: 通过将恢复原状规定为受害国的一种权利, 可以达到这一目的。不过, 这样做没有解决存在多个受害国的问题或受害国没有这种选择的问题(很少见)。例如, 在拘留个人或非法占领领土的情况下便可能出现这种情况。

125. 第 43 条评注认为恢复原状是“国际不法行为之受害国可利用的首要赔偿方式”。²¹⁶ 它说，“恢复原状”一词事实上是指完全赔偿，但更喜欢“建立或重新建立如未发生不法行为可能存在的状态”这一较狭窄、较正统的含义。因此，为了实现恢复原状，我们要问一个实际问题——何为原来的状况？而不是较抽象或理论上的问题——如果未发生不法行为，是一种什么样的状况？²¹⁷

126. 评注接着以肯定的言词认定“恢复原状与等值赔偿即补偿相比在逻辑和时间上居首位”。它同时指出，受害国往往选择补偿，而不是恢复原状，补偿事实上是“最常用的赔偿形式”。这一做法上的灵活性必须加以承认，而且还要与恢复原状是首要赔偿形式的观点相协调。²¹⁸ 根据评注，实现协调的主要途径似乎是受害国寻求或接受补偿，不要求恢复原状。²¹⁹ 但评注没有说明如果有几个受害国，它们在是否坚持恢复原状问题上存在异议时，会是一种什么样的情况。它也没有明确提出任何选择；暗含的选择是将恢复原状当作受害国可能援引或不援引的一种权利。但是(与存在多个受害国的问题不同)，在有些情况下，受害国无法放弃恢复原状。例如，一国违反使用武力的规则入侵和兼并另一国家，另一国家的政府不可能接受补偿，而一定要求被占领部队撤出。当国际不法行为的形式是强制拘留个人时，也会有同样的考虑。公平而论，这样的情况从严格意义上说似乎不涉及恢复原状，而涉及停止一个持续的不法行为。在这类情况下强调“恢复原状”起源于履行法，而不是赔偿法。显而易见，当持续的不法行为违反一般国际法强制规范时(如非法占领一国)，不履行是不能原谅的。持续地侵犯不可减损的人权义务(如人权条约缔约国之间)时，也会出现同样的情况。但是，无论是评注，还是有关文献，都没有探讨正确意义上的恢复原状限度的意义。

127. 评注的确讨论了一个不同的问题，即有时对在物质上恢复原状(如归还人、财产或领土)与在法律上恢复原状(如废除法律)加以区别。在国家实践中这两类恢复的实例很多。伊拉克 1990 年入侵后又撤出科威特是在物质上部分恢复原状，此后又有许多法律上的恢复形式，如废除伊拉克宣布科威特为伊拉克一个省

²¹⁶ 第 43 条评注，第 1 段，1993 年《年鉴》，第二卷(第二部分)，第 61-67 页。

²¹⁷ 出处同上，第(2)段。

²¹⁸ 出处同上，第(3)段。

²¹⁹ 出处同上，第(4)段。

的法令。作为解决争端的一部分，也可以在不造成损害的基础上谈判恢复原状的联合形式，而不必承担责任：例如，关于加拿大扣押西班牙渔船 Estai 号的争端最后达成了复杂的解决方法。²²⁰ 由于在恢复原状中兼用几种不同措施的趋势(法律和实际措施)，评注认定，该条没有必要对“物质上”和“法律上”的恢复原状加以正式区分，²²¹ 也无须明确论及在国际法律论坛恢复原状的问题，即取消对管辖权或领土的国际权利要求问题。就解决争端而言，如果就真实的法律立场发表一项宣言，完全可以达到这一目的，尽管它只对诉讼当事方具有正式约束力。尽管《国际法院规约》第 59 条作出了规定，但这类宣言的实际效果只是一般性地确认有关国家对其领土的主权或对其海洋资源的管辖权。²²² 如本报告上文所述，这一法律地位有时被认为“相对于所有国家”，但不应与所有国家的义务问题相混淆。²²³ 评注认为……

“国际法和——和国际机构——对国内法律规定、规则或情况通常可以或能够作的，只是宣布它们违反国际义务，并承担国际责任，进而宣布行为国有义务给予赔偿，依据情况赔偿涉及取缔或废除内部法律规则。至于国际法庭是否可以为了实现恢复实物原状形式的赔偿，而直接废除国内法律规则、规定、交易或情况，委员会对这一问题的回答是肯定的，但指出由于国际法庭的裁决通常只对当事方有效，所以其影响超出当事方双边关系的任何行为或情况只能由所涉国家本身修改或取消，除非有关文书另有其它规定。”²²⁴

128. 评注接着论述并以理由说明一读通过的第 43 条对恢复原状提出的四种例外。

²²⁰ 见《渔业管辖权案》(西班牙诉加拿大)，1998 年 12 月 4 日判决，第 21 段。加拿大与欧盟之间的解决协议规定释放船只和船长、归还保金、取消加拿大对欧盟船只在北大西洋管辖区捕捉格陵兰大比目鱼实施的规定。此外，当事方就临时适用新的养护和强制措施达成协议。加拿大与欧盟之间在这一案件中的安排显然没有解决争端：西班牙继续进行它向国际法院提起的诉讼，国际法院则认为它对此缺乏管辖权。

²²¹ 第 43 条评注，第(7)-(8)段。

²²² 如《东格陵兰案》，P. C. I. J., Ser.A. B, No.53 (1993 年)。

²²³ 见以上第 97 段和第 106 段。

²²⁴ 第 43 条评注，第(10)段。

- (a) 关于不可能恢复原状的问题，不可能可以是全部的或部分的，是“因为事件的性质及其损害作用使得恢复原状确实不可能。出现这种情况可能是因为要恢复的物件已经灭失，因为它已经退化而不可挽回或是因为有关事态实际上已经改变，不能再恢复原状。”²²⁵
- (b) 第二个“例外”涉及各种假设情况，即假若恢复原状会违反一般国际法强制规范，但没有提供这方面的实例(或无法立即想象出这样的实例)。评注将这类“法律上办不到”的情况局限于违反强制规范，即所涉法律问题关系到所有国家，而不只是影响直接相关国家。它单列出恢复原状可能影响第三国权利的例子：“如果应该履行恢复原状责任的国家只能在违反它对‘第三国’的某项国际义务时才能这样做，它不会真正影响不法行为国与有权要求一方面向受害国、另一方面向‘第三国’履行恢复原状义务的受害国之间的责任关系。”²²⁶ 以下情况便是如此：A 国可能因与 C 国联合采取的行动而对 B 国负有责任，即使行动只是缔结一项双边条约。但问题不是责任，而是赔偿形式，责任国完成的法律行为可能使该国无法履行恢复原状的义务。这些案件都可以包容在办不到的标题之下。例如，在萨尔瓦多诉尼加拉瓜的案中，尼加拉瓜与第三国(美国)缔结的一项条约被美洲法院判定为尼加拉瓜违反它对萨尔瓦多承担的先前条约义务。假定后一项协议有效，那么终止该协议就不只属于尼加拉瓜权力范围内的事了。在这种情况下，美洲法院拒绝宣布后一条约有效，而只限于发表一份宣示性的说明。²²⁷ 评注接着指出，一国不能通过诉诸国家管辖权概念来拒绝履行恢复原状的义务：²²⁸ 这似乎是显而易见的,因为如果国际法

²²⁵ 出处同上，第(11)段。

²²⁶ 出处同上，第(12)段。

²²⁷ (1917) 11 A. J. I. L., (补编), 第 3 页。

²²⁸ 第 43 条评注，第(13)段。

在某些方面要求恢复原状，那么按定义所涉事项就完全不属于责任国国内管辖范围的事了。²²⁹

- (c) 第三个例外是坚持要求恢复原状而非补偿就所涉情形而言不成比例的情况。评注说，这一例外基于的是“公平和合理，力求在行为国为恢复原状而承受的负担和受害国从这种特定赔偿形式而非补偿中得到的利益之间取得平衡”。²³⁰ 为此，评注援引了“Forests of Central Rhodopia”案，事实上这也是不可能或不实际的问题，而不是负担过重的问题。²³¹ 无论如何似乎不是明显的不成比例。然而，就(c)款而言，评注接着强调，“只有这种赔偿模式对[责任国]施加的负担与受害国从中获得的利益之间严重比例失调，”才允许拒绝恢复原状。²³²
- (d) 第四个例外是一种“灾难性”情景，与一读通过的第 42 条第(3)款设想的紧急情况没有什么不同，即充分赔偿致使一国人民丧失自己的生存手段。²³³ 根据第 43 条(d)款及其评注，如果恢复原状“严重危害实行国际不法行为国家的政治独立或经济稳定，而不恢复原状又不会对受害国造成类似影响”，那么责任国无须恢复原状。同样，也没有列举实例，据说所设想的情况“极为特殊……，更具有追溯意义而非

²²⁹ 与国内管辖权的考虑完全不同，在有些情况下，法律安全利益或第三方权利可能使恢复原状实际上办不到。例如，将一项政府合同给予公司 A，违反了关于政府采购的国际规则，但在法律上是有效的，给予公司 A 契约权利。在这种情况下，恢复原状(即回收后授予其它公司)的可能被排除。

²³⁰ 第 43 条评注，第(14)段。

²³¹ U. N. R. I. A. A, 第三卷，第 1405 页，(1933 年 3 月 29 日)，第 43 条评论第(15)中引述。该案件仲裁人为补偿是唯一的实际赔偿形式的结论援引了一些理由：索赔人不仅有权从事森林作业，而且与此相关的其他人没有提出要求；砍伐时森林不是处于同样的状况；难以确定如果不调查它们的现状，恢复原状实际是否可能；恢复原状可能影响自砍伐以来赋予第三方的权利。出处同上，第 1432 页。该案支持从广义上理解“不可能”恢复原状。

²³² 第 43 条评注，第(16)段。

²³³ 见以上，第 38-42 段。

现实意义”。²³⁴ 评注接着论述了对土地国有化赔偿问题，指出为公众目的非歧视性地实施全面国有化是合法的，对国有化的赔偿问题遵行有关的首要规则。也就是说，在不支付赔偿属于国际不法行为的情况下，对这类不支付的处理则涉及到支付资金，包括利息，而不是归还有关财产。²³⁵

129. 各国政府在对第 43 条的评论中对其中列举的某些例外表示怀疑，但是没有质疑案文的总体思路。美国强调“补偿在实践上优先于恢复原状”，但也承认“恢复原状在国际法上历来是一种重要的补救办法，对处理不法行为国非法强占土地或窃取珍贵的历史或文化物品的案件起到了十分重要的作用。”²³⁶ 法国提议用“重建先前的状态”来代替“恢复实物原状”，理由是后者可能意味着“简单地恢复一物件或人的原状”。²³⁷ 与其它政府一样，它也对(a)至(d)款中的某些例外提出质疑，认为它们损害了序言的总体原则的份量，不适当地偏向于责任国。法国曾对强制法的概念提出过异议，现在仍认为应该删去(b)款；此外，它还认为难以“理解恢复合法性如何与强制规范相违背”。²³⁸ (c)款也遭到美国的批评，它说，按照该款，即使恢复原状是适当或较好的解决办法，责任国也可以不这样做；因此，该国政府要求澄清“不成比例的负担”一语。²³⁹ 但它主要关心的问题是(d)款，认为应该取消。尽管美国承认由于补偿在实践上优先于恢复原状，该项规定“的实际影响可能较为有限，但它反对将“不加定义，又在国际法中没有确

²³⁴ 第 43 条评注，第(17)段。

²³⁵ 近年，由于一些国家对先前的土地国有化计划进行政策调整，也由于私有化趋势，导致将土地和其它财产归还给先前的所有人的措施。这些计划具有它们自己的特点，大多不涉及第 43 条所述的恢复原状。

²³⁶ A/CN.4/488, 第 106-107 段。

²³⁷ 出处同上，第 106 段；对第 44 条第 1 款也做同样的修改(出处同上，第 108 段)。对乌兹别克斯坦而言，应该增加该条序言的内容，对以下作出实质性规定：“如果恢复具有自身特点的物件的原状办不到，那么可以通过协议用同类或近似物件来代替。”

²³⁸ 出处同上，第 106 段。

²³⁹ 同处同上，第 107 段。对比而言，法国似乎暗示支持这项规定(出处同上，第 106 段)。

立基础”的广义概念纳入进去，“其影响可能超出第 43 条的狭义范围”。²⁴⁰ 日本认为，“严重危害……经济稳定”一句应该加以说明，以防止不法行为国滥用这一条款。删除这一段可能是最后一着，因为条件草案需要这样的规定。²⁴¹

(b) 停止、恢复原状和补偿：分类和优先的问题

130. 恢复原状被认为是国际法中的一种主要赔偿形式，这一点已无人怀疑，当然也没有任何政府加以质疑。一个较困难的问题是停止与恢复原状之间和恢复原状与补偿之间的关系。停止与恢复原状之间的区别更多的是原则上的区别：如上所见，即便不能回到原状，但停止可能产生持续性有时是非减损的义务。关于恢复原状和补偿之间的关系，两者之间的区别十分明显：恢复原状是回到先前的状况，即恢复实物原状，而补偿是提供货币或其它价值来代替恢复原状。这里的问题是，由于在国家和法庭实践中普遍使用补偿，维持恢复原状优先的原则是否有可能。这两个问题需要分开处理。

停止和恢复原状

131. 停止问题——可被称为履行上的恢复原状——已经讨论过。²⁴² 鉴于以上理由，停止应该与赔偿一道被看作是实行国际不法行为的两个一般后果之一，但是它们之间的区别不总是很清楚。

132. 例如，在“Rainbow Warrior”仲裁案中，新西兰要求送还两名特工人员，将他们拘留在 Hao 岛上，因为(法庭认为)法国为继续将他们留在别处而提出的理由不存在或不适用。新西兰说，法国有义务送还他们，在三年中的剩余时间将他们拘留在该岛；这一义务尚未失效，因为在岛外的时间没有计算在内。法庭不同意。它主张，这项义务是定期的，已经期满，因此不存在“停止”问题。²⁴³ 那么仍可以问一个问题：假定这一意见正确，是一个对首要义务的解释问题，那么

²⁴⁰ 出处同上，另见法国的评论(出处同上，第 106 段)，类似观点还见 A/CN.1/504 号文件，第 19 页，第 70 段。

²⁴¹ A/CN.4/492, 第 14 段。

²⁴² 见以上，第 44-52 段。

²⁴³ U. N. R. I. A. A., 第二十卷，第 217 段(1990 年)，以上引述，第 47 段。

新西兰要求恢复原状的权利是什么？只要违反的义务仍然有效便可以要求恢复原状的想法不一定能实现(即使“停止”也是这样)。法庭避免回答这些问题，认为新西兰的要求只是“停止”。但新西兰明确表示放弃补偿要求，只寻求将两名特工人员送回岛上，显然是按照“恢复原状”的形式这样做的，尽管(如发生那样)法庭判定停止不法行为的问题已不存在。

133. 显而易见，法庭主要关心的是以两个当事方者可接受的方式结束这桩久拖不决的案件。受“事无大小”规则的限制，也由于新西兰拒绝接受补偿，坚持履行的要求，所以法庭不急于按恢复原状来考虑履行的种种论点。但是我们可以推论，如果法国已不再负有将两名特工人员关押在岛上的义务，那么回到他们的先前状况——关在岛上的军队监狱中——对新西兰已没有价值。将他们送回岛上只是一种空洞的形式而已。

134. 从这个小插曲可以总结出两点教训。第一，如果(按法国意见²⁴⁴)将恢复原状界定为“重建以前存在的状态”，而不是仅仅归还个人、财产或领土，那么若违反的义务不再有效，返回原来状态便没有多大意义或没有意义。相反，如果责任国仍有义务持续履行所违反的义务，先前国又无权(本身无权)解脱自己，不再履行这一义务，那么受害国可能没有其它选择可以放弃恢复原状要求。从积极和消极方面看，停止与恢复原状在理论上的差别可能对有关国家的义务和可利用的补救选择具有重要影响。第二个教训是一般性的。实践上，解决争端机构在解释缔约国立场和选择补救方法时十分灵活。关于处理国际不法行为后果的规则似乎都不排除这种灵活性，无论多么明确地选择哪种赔偿形式。

恢复原状和补偿

135. 第二点同样适用于恢复原状与补偿之间的关系问题。第 43 条是第二章讨论的几种具体赔偿形式中的第一种。第 44 条接着论述补偿问题，说“只有在损失不能以恢复原状方式得到赔偿的情况下”，才能使用补偿办法。很明显，委员会希望订立一项坚定的原则，即恢复原状优先于补偿。这与当时的特别报告员阿兰焦·鲁伊斯先生的观点是一致的，他指出，“恢复原状最先考虑，先于任何其它

²⁴⁴ 以上第 129 段。

广义的赔偿形式，特别是先于等价赔偿。”²⁴⁵ 根据这一原则，受害国可以坚持恢复原状，并有权要求恢复原状，除非是第 43 条所列的例外之一。一些政府也有一些法学家批评这一原则过于僵化，与现实不符。²⁴⁶ 它与有些国家法律制度规定的恢复原状做法形成对比。²⁴⁷

136. 在大贝耳特海峡通行案(芬兰诉丹麦)(临时保护措施)中²⁴⁸，芬兰要求国际法院发出临时保护措施指令，阻止在大贝耳特海峡建设一座桥梁。芬兰称建设桥梁后将妨碍钻井船和石油钻塔通过，侵犯它依许多公约享受的自由过境权利。丹麦回答说，即使建设桥梁可能侵犯芬兰的过境权，也只是偶尔发生，受影响的也只是少数使用该海峡的船只。由于芬兰的权利可能通过资金或其它手段得到充分保护，恢复原状令将对丹麦造成“过重负担”。既然芬兰无权要求不建设桥梁，那么它就更无权要求发出临时保护指令。

137. 国际法院拒绝发出临时措施指令。由于在三年或更多的时间内不会阻碍船只过境，所以在这一期间可以根据案情实质做出决定，目前并非迫在眉睫。但是它也不接受丹麦关于无法恢复原状的论点。它认为不能允许一方在诉讼期间采取的行动影响另一方的权利。它说：

²⁴⁵ 初步报告，《1988 年年鉴》，第二卷，第一部分，第 38 页，(第 114 段)，以及以前的文献。后来他提到“在纯粹统计上，等价赔偿十分普遍……，而在逻辑上恢复原状则是首要的”。出处同上，第 41 页(第 131 段)。

²⁴⁶ 特别见 C. Gray, “The Choice between Restitution and Compensation”(1999)10, EJI 413。

²⁴⁷ 历史上，在共同法律制度中，只对民事案件中的损害进行补救，除了特别履约和其它公平补救的某些例外，不涉及归还财产。然而，这种情况在发生某种变化，可供使用的补救办法增多，并在制订恢复原状法。关于特别履约问题，见合作保险公司诉 Argyll 商店案 [1998 年]、A. C. I. 关于恢复原状问题，见 Kleinwort Benson 公司诉 Glasgow 市政府案 [1999 年] I. A. C. 153。

²⁴⁸ 国际法院报告，1991 年，第 12 页。

“鉴于它目前不必确定可依案情实质做出的任何裁决的性质，也鉴于如果证明工程的建设侵犯了法律权利，那么不能也不应事先排除有可能做出关于这些工程必须停止或加以修改或拆除的法律判决。”²⁴⁹

138. 在关于《维也纳领事关系公约》一案(巴拉圭诉美国)(临时保护措施请求)中，巴拉圭请求发出临时保护措施指令，以阻止处决因谋杀而被判有罪的 Angel Breard。巴拉圭提出这一请求，是因为美国也承认它没有将 Breard 被捕一事通知巴拉圭，违反了《维也纳领事关系公约》第 36 条第 1 款(b)项的要求。²⁵⁰ 美国说，此案不存在依照《公约》恢复原状的问题，巴拉圭有权得到的是接受道歉和不再发生的保护。这些它已经得到了。它还说，“作为未通知的处罚，自动地取消所提出的诉讼，回到原来状态，在国家实践中没有先例,也是不可行的。”²⁵¹ 与此相反，巴拉圭要求完全恢复原状：“美国当局应该承认对 Breard 先生判处的任何刑事处罚都是无效的，…应该恢复先前状态，因为 Breard 先生应该在对他提出的新诉讼中享受《维也纳公约》规定的待遇。”²⁵²

139. 国际法院再次拒绝讨论求索的权利和恢复原状的补救办法之间的关系问题。多数人看来，如果 Breard“被处决，国际法院便无法下令执行巴拉圭寻求的救济，将对求索的权利造成不可挽回的损害。”²⁵³

140. 在另一起亦没有通过领事渠道通知对方国家的死刑案件(La Grand 案件，德国诉美利坚合众国)中，也引起了类似问题。²⁵⁴ 在这起案件中，国际法院根

²⁴⁹ 出处同上，第 19 页，第 31 段。特别法官 Broms 对裁定的这一部分做了解释，驳回以下“丹麦理论”；即使芬兰在关于案情实质的裁决中获胜，也无权要求恢复原状。出处同上，第 30 段。

²⁵⁰ 国际法院的报告，1998 年，第 248 页。

²⁵¹ 出处同上，第 254 页(第 18 段)。

²⁵² 出处同上，第 256 页(第 30 段)。

²⁵³ 出处同上，第 257 页(第 37 段)。Oda 法官尽管不同意，但“出于人道主义原因”对国际法院的意见投了赞成票。出处同上，第 262 段。Schwebel 院长强调必须遵守条约的规定：“道歉和联邦政府规定今后避免这类失误，都对被告没有帮助，而巴拉圭认为被告可能因为缺乏领事协助而受到或可能受到损害，这一问题应该根据是非曲直进行裁定。出处同上，第 259 页。

²⁵⁴ 国际法院报告，1999 年，第 9 页。

据其规则第 75 条第 1 款采取单方面行动，发出临时保护措施指令。²⁵⁵ 该案件仍在审理中。

141. 这两起案件都涉及临时保护措施问题，临时保护措施是在保护请求国维护的权利（尚未证明）与尊重被告国的立场(在理论上没有判定全部或有关方面的行为非法)之间加以平衡，但是两者有区别。在大贝耳特海峡通行案中，请求保护的权利正是案情实质审理阶段讨论的主题，即整套钻塔不受阻碍地通过海峡的权利问题。在这方面，国际法院拒绝排除恢复原状是适当的补救办法的可能性(即使涉及对假定桥梁项目的取消、大幅度修改等)。²⁵⁶ 在死刑案件中，违反领事通知义务与判处被告有罪之间的关系是间接的，彼此依存的。后来的审判很有可能完全适当，公平，那么不通知对判罪也就没有影响。美国对审判被告的死刑罪拥有管辖权，而且没有加入禁止判处死刑的任何文书。到审判时，这类事先通知已经不可能，因为采取行动的时间已经过去，又不可能由以后的行动替代。

142. 如何恢复原状至少在某种程度上取决于违反的首要义务的内容。在不涉及简单地归还受害国拥有或所属的个人、财产或领土的案件(狭义中的恢复原状)中，适用恢复先前状态的概念必须考虑到有关国家的各自权利和能力。如果所涉问题是影响一国如何行使实质性权力的程序性义务时，上述理论显得尤其重要。在这类案件中，恢复原状即使可以做到，也不允许事后给予受害国比它在对方履行义务的情况下应该得到的更多的利益。换句话说，先前状态的概念是一个相对的概念，如果被告国可以或本可以或能够有效地在²⁵⁷不违反义务的情况下取得的相同结果，那么完全回到先前状态的概念便可以排除。

²⁵⁵ 可以指出，在这两起案件中，尽管国际法院发出指令，但处决照旧执行了。见“Agora: Breard” (1998) 92 AJIL 666。Breard 案件后来应巴拉圭请求被撤消。

²⁵⁶ 丹麦承担的允许通过大贝耳特海峡的义务是一项连续义务，消除任何非法障碍都可能涉及停止和恢复原状。见以上，第 45 和第 134 段。

²⁵⁷ 它不排除较早的程序仍可以有效复制的可能性，如果情况没有发生过大的变化，使这种复制变得没有意义或过于繁重。这些内容已在依赖或善意改变状况的标题下纳入关于恢复原状的国家法律规则中。国际法院在 Gabcikovo-Nagymaros 项目案件 中审议恢复原状问题时至少间接地考虑了这些因素，国际法院报告，1997 年，第 7 页。

143. 特别报告员认为，对恢复原状原则的这些限定和理解可以通过认真地拟订第 43 条和其中的例外以及在评注中加以适当解释来包容。问题是在这一基础上恢复原状优先原则是否应该保留。平衡而言应该保留。恢复原状优先原则通常依赖的判例——Chorzow 工厂案²⁵⁸实际上没有决定这一点，因为到决定时德国只要求补偿，而不要求归还财产。事实上，法院和法庭对完全的恢复原状裁决一直有保留，而且与恢复原状思想最密切相关的判例——Texaco 仲裁案²⁵⁹独任仲裁人 Bupuy 的裁决——受到广泛批评²⁶⁰，在以后的混合仲裁中并未加以遵循。²⁶¹但是，恰恰存在混合仲裁，即责任国的最高领土权(及对自然资源的主权)必须与它依条约或其它方式承担的保护这些资源的义务相平衡。在国与国关系中，恢复原状原则上起着重要作用，特别是因为它与履行国际义务问题密切相关。保存这一原则的第二个理由是几乎听不到政府要求放弃的声音。尽管有一二个政府表示怀疑，²⁶²一读通过的有条件地给予恢复原状优先地位的第 43 条得到普遍好评。提出的评论大多涉及减少这项原则的例外的数目和范围，而不是推翻它。第三，放弃这一原则则需要委员会根据赞成补偿的法律设想对特殊需要恢复原状的情况拟订规则。美国指出，恢复原状“对非法夺取领土或历史或文化文物案件”具有重大意义，²⁶³但它当然不限于这些案件。而且，以例外形式表示这一点，可能意味着在未覆盖的案件中，国家事后可以“购买”不尊重其国际义务的自由。恢复原状优先原则在有若干明确规定的例外的基础上，应该保留。

²⁵⁸ 常设国际法院，判例集，第 17 号(1928 年)，第 47 页，以上引述，第 24 段。

²⁵⁹ 德克萨斯海外石油公司和加利福尼亚亚洲石油公司诉阿拉伯利比亚民众国政府，关于案情实质的判决，1977 年 1 月 19 日，53 I.L.R.389，第 507-8 页(109 段)。

²⁶⁰ 见世界银行研究报告，《外国投资待遇的法律框架》，(复兴开发银行，华盛顿)，第 1 卷，第 140 页。又一论述，见 R. Higgins, “The Taking of Property by the State”, 176 Recueil des Cours 321 (1982), 314-321 页。

²⁶¹ 利比亚美国石油公司诉阿拉伯利比亚民众国政府，1977 年 4 月 12 日，62 I. L. R. 第 200 页，140 段。另见先前的决定，英国石油开采公司(利比亚)诉阿拉伯利比亚民众国，1973 年 10 月 10 日和第 1974 年 8 月 1 日，53 I.L.R. 第 354 页，第 297 段。

²⁶² 见以上，第 129 段。

²⁶³ A/CN.4/488, 第 107-108 页。

(c) 恢复原状的例外

144. 以上已经叙述了第 43 条恢复原状的四个例外。²⁶⁴

- (a) 实际做不到。毫无疑问，如果“实际上”做不到，则不能要求恢复原状，在 Chorzow 工厂案判例、²⁶⁵ 法庭对 Central Rhodopia 案的裁决²⁶⁶ 以及其它文献中都承认这一条件。政府在评注中也未表示怀疑。
- (b) 违反强制规范。也同样毫无疑问，如果涉及到违反强制规范(即强制法)，也不能要求恢复原状。如法国指出的，²⁶⁷ 困难是想不出实际例子。北喀麦隆案件提出的情况可能是一个实例。²⁶⁸ 喀麦隆认为，将北喀麦隆并入尼日利亚殖民地行政联盟，并继而在北喀麦隆单独地举行公民投票，违反了托管协议。但是托管协议已经过大会批准正式废止，人民可以表达自己的愿望了。如果试图取缔这项决定，要求恢复原状，这样做本身可以就不尊重人民的愿望。喀麦隆无疑意识到这些和其它困难，所以仅要求国际法院发表宣示性救助，但法院没有这样做，理由是这样的裁定对被告国联合王国没有任何法律效果。因此，没有提出或审议强制规范问题。²⁶⁹ 特别报告员认为，第 43 条(b)款所涉的情况已包含在第 29

²⁶⁴ 见上文，第 129 段。

²⁶⁵ P. C. I. J. 判例集 A, 第 17 号, (1928), 第 47 页, (“如果不可能”); 见以上, 第 24 段。

²⁶⁶ U. N. R. I. A. A., 第三卷, 第 1405 页, (1933 年 3 月 29 日); 见以上, 第 128 段。

²⁶⁷ 上文, 第 129 段。

²⁶⁸ 国际法院报告, 1963 年, 第 16 页。

²⁶⁹ 从历史上看, 关于扣押贩奴船和镇压贩奴业的其它行动的案件, 提出了国际合法性的问题(见 The Le Louis (1817) 2. Dods 210; Buron V. Denman (1848) 2 Ex. 167; A. P. Rubin, Ethics and Authority in international Law (Cambridge, CUP, 1997) pp.97 ff.)。但是自 1985 年柏林国会以来, 便无法考虑通过恢复原状遣返这些曾为奴隶的人的问题。在 Eichmann 案中, 阿根廷撤回归还被判犯有战争罪和妨害人类罪的 Eichmann 的要求: 见 S. C. Res. 138(1960), 1960 年 6 月 23 日; 阿根廷——以色列诉 Adolf Eichmann, 地区法院, 1961 年 12 月 12 日, 36 I. L. R. 5, 59(第 40 段)。

条之二中。如已经指出的，排除不法性的任何情况(其中之一是与一般国际法强制规范相冲突)同样适用于第二部分所述次要义务，包括恢复原状的义务。²⁷⁰ 因此，第 43 条(b)款是不必要的，应该删除。²⁷¹

- (c) 恢复原状造成的负担过重。根据第 43 条(c)款，如果受害国从恢复原状(有别于补偿)中得到的利益使被告国承受了过重的负担，则不需要恢复原状。在芬兰提出通行权问题之前若大贝耳特海峡的桥梁已经建成，那么大贝耳特海峡案件可能就是这种情况。²⁷² 被告国拆除大桥的费用与受害国从中获得的利益完全不成比例，那么就不应要求恢复原状。美国虽然不反对(c)款，但要求进一步澄清“受害国…得到的利益与所引起的负担完全不成比例”一句。关于成比例原则的其它表述，案文本本身已经很清楚了。²⁷³ 澄清后，可以强调成比例的概念在这里不仅指成本和费用，而且还必须考虑不法行为的轻重以及恢复原状的困难。在评注中对此加以说明可能就足够了。
- (d) 不致严重危害实行了国际不法行为之国家的政治独立或经济稳定。一些国家强烈批评第四个例外，而且这个例外也没有好的实例。上文已经讨论过赔偿可能使一国人民丧失生计的问题(一读通过的第 42 条第 3 款)，²⁷⁴ 人们认为一般意义上的恢复原状是指归还被非法夺取或扣押的领土、人员或财产，或者说是回到不法行为

²⁷⁰ 见以上第 7(1)段。关于第 29 条之二，见《国际法委员会第五十一届会议报告》(大会正式记录，第 54 届会议，增编 10, 1999 年)第 306 - 318 段。

²⁷¹ 更重要的情况是违反强制规范的持续性不法行为(如持续性种族灭绝或其它妨害人类罪)。这类情况涉及停止和履行义务，不是恢复原状：见以下第 126 段。

²⁷² 见以上第 136 - 137 段。

²⁷³ 见 DW Greig, “Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties”(1994)44 Virginia JIL. 295, 第 398 页。

²⁷⁴ 见以上第 38 - 42 段。

前的状况：很难想象这样的归还对不法行为责任国的政治独立或经济稳定有任何影响。如果恢复原状真有可能严重地危害责任国的政治独立或经济稳定，那么当然一定达到第三个例外的要求(以上(c)段)。由于这些原因，(d)款同样没有必要。

(d) 第 43 条案文

145. 关于本条款文，法国对在第 44 条使用“恢复实物原状”一词提出批评，它认为恢复原状不限于归还被窃取的财产或领土。但是该句的意义得到了普遍的理解和接受，并提供了一个大致相当于“重建以前存在的状态”的定义。第二，在原始案文中，第 43 条(c)款对责任国承担的费用与受害国从恢复原状中得到的好处加以平衡。但是，同一行为可能使一些甚至许多国家(或其它实体)受害，它们的利益都应该在这个“等式”中给予考虑。因此应该相应地拟订(c)款案文。

146. 特别报告员提议第 43 条的案文如下：

“恢复原状

“实行了不法行为的国家有义务恢复实物原状，也就是重建实行不法行为以前存在的状态，但这种恢复原状应该具有以下条件和受以下限制；

- (a) 并非实际上做不到；
- (b) 受不法行为之受害者从恢复原状而非补偿中得到的利益与所引起的负担不致于不成比例。

3. 补 偿

(a) 现有第 44 条

147. 第 44 条规定：

“补 偿

1. 在受害国所受到的损失未以恢复原状方式得到补偿的条件和限制下，受害国有权从实行了国际不法行为的国家获得补偿；

2. 为了本条的目的，补偿包括受害国所蒙受的、可从经济上加以估价的任何损失，可包括利息，并在适当情形下包括利润损失。”

148. 尽管第 48 条赋予恢复原状以正式的优先地位，但第 44 条评注承认补偿是“在国际不法行为之后采取的主要的、核心的补救方法”。²⁷⁵ 货币形式的补偿不同于以满足方式支付或裁定的付款，因为它的作用是纯粹补偿性；目的是尽可能地对受害国因不法行为而遭受的损害进行赔偿。但是，尽管仲裁法庭裁定的众多案件都存在对补偿进行评估的问题，但第 44 条评注拒绝加以详细说明，只认为“补偿规则必然较为笼统和灵活”。²⁷⁶ 评注确实论述了因果关系问题，包括多重原因的影响，²⁷⁷ 但对评估补偿额这一核心问题仅限于以下一般性论述：“补偿是一种对可进行经济评估的损害，即可以从经济方面进行估价的损害，²⁷⁸ 包括道德和物质损害的适当补救”。²⁷⁹ 尽管补偿仅限于货币支付，²⁸⁰ 但是没有理由不采取议定的其它有价形式。

149. 评注接着讨论了裁定利息和利润损失问题，利息在另一类中单独提及，²⁸¹ 利润损失问题叙述得很详细，但也未有结论。评注指出：

“对利润损失的补偿与对遭受损害的赔偿相比，在文献和实践中人们较广泛地接受后者。如果对利润损失给予赔偿，那么似乎就不能在同一期间对获利资本支付利息，因为资本不能既赚取利息，又在同一期间被用于获得利润…。主要目的是在所有赔偿形式中避免‘双重索赔’”。²⁸²

对有关案例法(包括伊朗——美国索赔法庭对没收财产案的不同判决)加以审查后，评注最后说…

²⁷⁵ 第 44 条评注，第(1)段，1993 年《年鉴》第二卷，第 2 部分，第 67-76 段。

²⁷⁶ 出处同上，第(3)段。

²⁷⁷ 出处同上，第(6)至(11)段。讨论情况见以上第 27-29 段以及第 31-37 段。

²⁷⁸ 出处同上，第(16)段。

²⁷⁹ 出处同上，第(17)段。

²⁸⁰ 出处同上，第(18)段，引述 Grotius, *De Iure Belli ac Pacis* (1636), Bk.(i), Ch.

17, § 17: “money is the common measure of valuable things”.

²⁸¹ 见下文，第 195-214 段。

²⁸² 第 44 条评注，第(27)段。

“鉴于对利润损失的补偿问题存在着各种不同意见，委员会得出的结论是，在这方面制订得到大量支持的具体规则极其困难…。这一切问题的法律情况还没有充分解决，委员会认为在目前阶段无法对这些问题提出确切的答案或为它们拟订有关的具体规则。因此，委员会认为最好留待参与解决争端的有关国家或第三方在每一案件中决定是否应该对利润损失进行赔偿。”²⁸³

第 44 条第(2)款只是说，补偿“可以酌情包括利润损失”，这一许可看起来“不冷不热”。

150. 各国政府对第 44 条的评论提出了一些重要问题。第一个问题是是否需要较详细的规定。一些政府认为，鉴于所涉问题的复杂性和重要性，需要按习惯国际法对补偿标准提出进一步指导意见，特别是对“评估金钱损失”，包括评估利息和利润损失问题提出指导意见。²⁸⁴ 法国批评说，第 44 条的案文“过于简要”(特别是与第 45 条和第 46 条的详细叙述相比),主张回到以阿兰焦·鲁伊斯先生第二次报告(1989 年)的工作以及国际实践和案例法为基础的“更具分析性的案文”。²⁸⁵ 对比而言，其它国家强调在处理具体案件中需要有一些灵活性；它们认为在第 44 条中提出一般性原则就足够了。它们还指出，“如果详细、全面地考虑赔偿和补偿的法律，则需要很长的时间，将延误委员会的工作。”²⁸⁶

151. 关于一般性原则的内容，有些国家主张支付的补偿额原则上是受害国在恢复原状情况下理应得到的数额。美国认为，目前的第 1 款案文是“习惯国际法和众多双边和多边协议所体现的久已确立的原则。”它认为，提供补偿而非恢复原状这一事实表明应付的补偿额应等值于恢复原状的价值。²⁸⁷ 对比而言，日本关

²⁸³ 出处同上，第(39)段。

²⁸⁴ 丹麦代表北欧国家发言(A/CN.4/488,第 108 页);另见 A/CN.4/496,第 19 页,第 125 段(强调需要有更大的法律安全)和 A/CN.4/540,第 19 页,第 71 段。

²⁸⁵ A/CN.4/488,第 107 页,另见 A/CN.4/496,第 20 页,第 125 段和 A/CN.4/504,第 19 页,第 71 段(以“一国民遭受的损害亦是一国家遭受的损害这一原则”为例)。

²⁸⁶ A/CN.4/496,第 19 页,第 124 段。

²⁸⁷ A/CN.4/488,第 108 页;美国特别提到 Lusitania 和 Letelier 案,并指出该原则“也适用于非正当死亡的案件”。

心对第 1 款的可能解释，认为“不法行为国可以恢复实物原状不是完全不可能为理由，拒绝接受受害国提出的资金补偿请求”。对该款进行如此解读将“严重限制受害国选择它认为合适的充分赔偿形式”。²⁸⁸

152. 另一问题涉及第 2 款是否需要提及利息和利润损失以及对这类提及如何行文的问题。一些政府认为没有必要将支付利息和赔偿利润损失规定为一项法律义务。²⁸⁹ 法国政府显然持有这种观点，它提出重拟该款如下：

“为本条的目的，国际不法行为造成的可赔偿损失是因未间断的因果联系而与此种行为有关的任何损失。”²⁹⁰

另一方面，一些政府主张，“只要是索赔人遭受的损失，支付利息不是选择事项，而是义务”。²⁹¹ 因此，第 2 款应该规定赔偿“应该”(或者“可以”)包括利息。²⁹² 美国引述伊朗——美国索赔法庭和联合国赔偿委员会的裁决，来支持它的以下意见：目前第 2 款的行文不仅“违背关于这一问题的大多数案例法，而且损害‘充分赔偿’原则”。²⁹³

153. 这些评论对第 44 条提出许多问题，其中之一是利息问题，将在以下单独论述。²⁹⁴ 但是提出的主要问题是第 44 条是否应该详细论述普遍接受的赔偿评估原则以及可对充分评估提出哪些限制的问题，以避免对责任国施加过重的负担。

²⁸⁸ A/CN.4/492, 第 14 页。

²⁸⁹ A/CN.4/504, 第 19 页, 第 71 段。

²⁹⁰ A/CN.4/488, 第 190 页。

²⁹¹ 联合王国(出处同上, 第 108 页); 另见 A/CN.4/496, 第 20 页, 第 125 段(“支付利息应该是基本和一般的赔偿规则”)。

²⁹² 美国认为, 如不加修改, 第 44 条是“国际赔偿法的一个退步”(A/CN.4/488, 第 109 段)。另见 A/CN.4/504, 第 19 页, 第 71 段, 一个政府认为, 把“可以”改为“应该”可以“使不法行为国在支付赔款上少一些拖延”, 另一个政府则主张在确定利息支付之前可以“给予不法行为国“足够的支付赔款的宽限期”。提出这一改动的政府似乎赞成将“利息损失”之前的“酌情”一词删去。(见蒙古, A/CN.4/488, 第 108 页)。

²⁹³ 出处同上, 第 109 页。

²⁹⁴ 见以下, 第 195-214 段。

(b) 赔偿的评估：一般原则还是具体的标准？

154. 阿拉焦-鲁伊斯先生在他的第二次报告中比较详尽地讨论了“以等同物补偿”的问题，并提出了两个备选条款，一个简短，另一个较为详细。正如评注所显示的，委员会喜欢较短的一个，它变成了第 44 条。²⁹⁵ 因此，阿拉焦-鲁伊斯先生在他的第二次报告中所讨论的部分问题只在第 44 条及其评注中，如果提到，也只是作了简短的触及，其中包括对个人和对国家精神伤害之间的区别，合法与非法没收之间的区别，被没收的财产价值的评估方法，尤其是在“现行关切”情况下。

155. 在就赔偿订出更多的具体规则时，显然需要谨慎小心。虽然在某些领域有一些方针(明显的比如外交保护，尤其是涉及占有或损害财产时)，但近来很少有推理性的裁决书涉及国与国之间的物质损害(即外交保护领域之外的)。在提交给国际法院的案件中大约有三分之一要求作出损害赔偿，而迄今为止，国际法院只对一起案件——科孚海峡案作出了损害赔偿裁定(赔偿评估)。²⁹⁶ 的确有人说，与宣告式或其他法律补救方法相比，国际法院对裁定损害赔偿有某种反感。例如在核试验一案中(新西兰诉法国)，尽管新西兰的赔偿要求并未得到满足，但在法国承诺不再进行大气层试验之后，法院即认为该案有讨论的余地。²⁹⁷ 在关于 Gabcikovo-

²⁹⁵ 见阿拉焦-鲁伊斯的第二次报告，1989 年……年鉴，第二卷第一部分，3-22 页，其建议的原文见同上，第 60 页。关于起草委员会的报告，见 1992 年……年鉴，第一卷，219-220 页。自 1989 年以来，在司法管辖和实践中出现了进一步的发展，它们特别由以下人士作了概述：M Iovane, La Riparazione nella Teoria e Nella Prassi dell'Illecito Internazionale (Milan, Guiffre, 1990); E. Decaux. “Responsabilité et réparation”, in La responsabilité dans le système international: colloque du Mans, (Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1991) pp. 47-190, 以及以下述来源。一般比较法经验则由 H. Stoll, 在以下文章中作了归纳：“Consequences of Liability: Remedies”, in A. Tunc (ed.), International Encyclopaedia of Comparative Law, vol. XII, ch 8.

²⁹⁶ 国际法委员会报告，1949 年，第 249 页。若愿读一下以怀疑眼光看待这一实践的文章见 C. Gray, Judicial Remedies in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1987) pp.77-95 for a somewhat sceptical account of the practice.

²⁹⁷ 国际法委员会报告，1974 年，第 457 页，第 475-476 页(第 55-58 段)。参见“请求对形势作出研究……”，国际法委员会报告，1995 年，第 288 页，见 305 页(第 59 段)。

Nagymaros 项目一案中，双方均向对方索取大笔赔偿金，法院首先确认了补偿和赔偿的典范规则，随后建议对损害赔偿额采取“零数协议”(以区别于为继续从事该项目作出财政贡献)较为妥当。有关段落如下：

“受害国有权获得犯有国际不法行为并造成损害的国家的赔偿，这也是国际法的一项既定规则。在本判决书中，国际法院得出结论，双方均犯有国际不法行为，并指出这些行为造成了当事方所蒙受的损害；因此匈牙利和斯洛伐克均有义务支付赔偿并且双方有权获得赔偿。斯洛伐克因而有权获得对捷克斯洛伐克以及其本身所受损害的赔偿，这是因为匈牙利决定停止并且随后放弃了在 Nagymaros 和 Dunakiliti 的工程项目，这类行动造成 Gabčíkovo 发电厂投产的推迟和在供电之后其运作方式的改变。匈牙利有权就因多瑙河改道而蒙受的损失获得赔偿，因为捷克斯洛伐克将变形体 C 投入运作，而斯洛伐克维持其运行时，剥夺了匈牙利在共享水资源方面的正当权益，并完全为了自身的好处而利用了这些水源。

然而，鉴于双方错误交叉，国际法院指出，如果每一当事方能够放弃或撤回所有财政索赔和反索赔，赔偿问题就能够在一个总的了结框架内得到满意的解决。”²⁹⁸

在这两起案件中，可以推定，国际法院并不认为赔偿问题(有别于恢复合法性或停止所称不法行为)属于案件的核心问题。但在 Gabčíkovo-Nagymaros 一案中，它特别重申了国与国案件中关于补偿的既定法律，其中包括赔偿。此外，不对国际法院未作出赔偿裁决作过分解释。在某些案件中，国家愿意(在无偏见基础上)以支付损害方式了结索赔，而不愿意将案件拿去公断，²⁹⁹ 或作出司法管辖。³⁰⁰ 在其

²⁹⁸ 国际法委员会报告，1997 年，英文本第 7 页，第 81 页起(第 152-153 段)。又见第 169-170 页(奥达法官)。

²⁹⁹ 如“瑙鲁的某些磷酸盐土地”，国际法委员会报告，1992 年，英文本第 240 页，和国际法院继和解之后的中止诉讼令，国际法委员会报告，1993 年，英文本第 322 页；关于大海峡通行一案，国际法委员会报告，1992 年，英文本第 348 页(和解之后的中止诉讼令)。

³⁰⁰ 如 1988 年 7 月 3 日的航空事故，国际法委员会报告，1996 年，英文本第 9 页(和解之后的中止诉讼令)。

他情况下，双方谋求在就责任问题作出裁决或判决之后了结问题，或者因其他原因而停诉该案。³⁰¹ 若干悬而未决的案例涉及或包含补偿索赔以及要求补偿的反索赔。³⁰²

156. 除了国际法院外，还有其他既定法院和法庭处理包括赔偿在内的补偿问题。

- 伊朗——美国索赔法庭就评估损害赔偿和被没收财产的价值问题已发展出了相当大的司法管辖权。存在大量悬而未决的国与国补偿索赔。³⁰³
- 人权法院和其他机构，尤其是欧洲和美洲间人权法院，已研究出了一整套涉及《欧洲人权公约》第 41 条(前 50 条)所指的“正当的补过”

³⁰¹ 在尼加拉瓜提交了书面赔偿请求之后，“关于在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动一案”被撤销：国际法委员会报告，1991 年，英文本第 47 页(中止诉讼令)。

³⁰² 在下列案件中受理了反索赔要求：“关于适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)的反索赔”，国际法委员会报告，1997 年，英文本第 243 页；“关于石油平台一案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)的反索赔”，国际法委员会报告，1998 年，英文本第 190 页；“关于喀麦隆与尼日利亚的陆地和海上边界一案(喀麦隆诉尼日利亚)”，1999 年 6 月 30 日的命令。

³⁰³ 关于该法庭对估价和赔偿司法管辖权的评论尤其见脚注中 G. Aldrich, The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal (Oxford, Clarendon Press, 1996) chs.5, 6, 12; C.N. Brower & J. D. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal (Nijhoff, The Hague, 1998), chs, 14-18; M. Pellonpää, “Compensable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims”, in R.B. Lillich & D.B. McGraw (eds.), The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility (Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, 1998) pp. 185-266; D.P. Stewart, “Compensation and Valuation Issues”, *ibid.*, pp. 325-385.

司法管辖。³⁰⁴ 因此，虽然正在研究这种实践，但由这类机构裁定或建议的赔偿或损害赔偿通常数额较小。³⁰⁵

- 根据 1965 年《华盛顿公约》设立的解决投资争端中心对缔约国之间和不同国家国民之间投资方面的争端具有司法管辖权，可以裁定损害赔偿或其他补救办法。其中一部分索赔可直接援引国际法。³⁰⁶
- 国际海洋法法庭在其就事实真象作出判定的第一起案例中即裁定了数额很大的针对不同种类的损害赔偿，外加利息。³⁰⁷
- 联合国赔偿委员会是由安理会设立的一个非司法机构，负责处理就伊拉克 1990 年入侵科威特“直接”引起的赔偿索赔。³⁰⁸ 委员会的职权

³⁰⁴ 第 41 条(1994 年重新编为第二号议定书)规定：

“如果法院认定违反了《公约》或其中的议定书，如果有关的缔约方国内法允许作出部分补偿，视必要，法院只向受损害的一方提供正当的补过。”

在法院的实践中，“补过”即包含赔偿的内容，也包含条款草案含义内的补过。

³⁰⁵ 见 D. Shelton Remedies in International Human Rights Law (Oxford, Clarendon Press, 1999) chs. 8, 9 中所作的有益的评论。又见以下第 157 段。

³⁰⁶ 见例如“亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡共和国”(1990 年) 4, 解决投资争端中心报告，英文本第 245 页。

³⁰⁷ The M. V. Saiga (No. 2), judgment of 1 July 1999, paras. 170-177; reprinted at 38 I.L.M. 1323 (1999)。

³⁰⁸ 见以上第 28 段。除了其中所引述的文章外，见 S. Boelaert-Suominen, "Iraqi War Reparations and the Laws of War: a Discussion of the Current Work of the United Nations Compensation Commission with Specific Reference to Environmental Damage During Warfare", Austrian Journal of Public and International Law, vol. 50, 1996, pp. 225-316; G. Christenson, "State Responsibility and the UN Compensation Commission: Compensating Victims of Crimes of State", in R. Lillich (ed.), The United Nations Compensation Commission (Irvington, Transnational Publishers, New York, 1995), pp. 311-364; A. Gattini, "La riparazione dei danni di guerra causati dall'Iraq", Rivista di diritto internazionale, vol. 76, 1993, pp. 1000-1046; B. Graefrath, "Iraqi Reparations and the Security Council", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 55, 1995, pp. 1-68; C. Romano, "Woe to the Vanquished? A Comparison of the Reparation Process after World War I (1914-18) and the Gulf War (1990-1)", Austrian Review of International and European Law, vol. 2, 1997, pp. 61-190.

范围在于确定伊拉克“根据国际法”的责任，³⁰⁹ 该委员会制定了裁定赔偿的准则，而这一准则还需经理事会批准(由安理会理事国组成)。

这些准则在处理大批索赔案中得到采用。³¹⁰

157. 凡设立一个有管辖权可处理国家责任的索赔并能裁定赔偿的特别法庭或其他机构时，便会产生如下问题:其决定是否构成一种补偿“特别制度”的一部分，进而相当于一项特别法。毫无疑问，程度或大或小，在上述机构中起作用的是一项特别法的内容(以及与世界贸易组织争端解决机制的关系,其着眼点放在中止

³⁰⁹ 安理会第 687 号决议，1991 年 4 月 3 日，第 16 段。

³¹⁰ 委员会的准则和决定见 <http://www.unog.ch/uncc/decision.htm>。下列内容与此特别有关:

第 3 号决定: S/AC.26/1991/3; 1991 年 10 月 23 日: 人身伤害和精神创伤和痛苦

第 7 号决定: S/AC.26/1991/7/Rev.1; 1992 年 3 月 17 日: 新增加类索赔的标准

第 8 号决定: S/AC.26/1992/8; 1992 年 1 月 27 日: 精神创伤和痛苦赔偿金最高数额的确定

第 9 号决定: S/AC.26/1992/9; 1992 年 3 月 6 日: 关于商业损失赔偿问题的提议和结论: 损害类别及其价值的确定

第 11 号决定: S/AC.26/1992/11; 1992 年 6 月 26 日: 盟军联合部队人员获得赔偿的资格

第 13 号决定: S/AC.26/1992/13; 1992 年 9 月 25 日: 避免索赔人重复索赔的进一步措施

第 15 号决定: S/AC.26/1992/15; 1993 年 1 月 4 日: 在贸易禁运和有关措施亦属于商业损失原因之一情况下赔偿伊拉克非法入侵和占领科威特所造成的商业损失

第 16 号决定: S/AC.26/1992/16; 1993 年 1 月 4 日: 利息的裁定

第 19 号决定: S/AC.26/Dec.19 (1994); 1994 年 3 月 24 日: 军费开支

第 40 号决定: S/AC.26/Dec.40 (1996); 1996 年 12 月 18 日; 关于井喷控制索赔的决定。

而非补偿上³¹¹)。从原则上说,国家可以自由地设立解决争端的机制,它只着眼于责任后果的某些方面,免触其他方面或将其他方面留给对方。但存在一种假设反对在补偿方面建立一种完全自持式的制度,而且的确前一段中提到的每个机构均或多或少地受到一般国际法下的补偿标准的影响。此外,这个领域中的实践变化多端引人注目,的确不同凡响的是仍有人对 *chorzów* 工厂原则以及本委员会的工作提出质疑。例如美洲间人权法院就补偿问题作出的重要决定包含以下一段:

“对因违反一项国际义务造成的损害赔偿包含全面恢复原状,其中包括恢复到以前的状况,对违反的后果作出补偿和对承袭或非承袭损害,其中包括感情伤害作出赔偿。至于感情伤害,法院认为,可根据国际法,尤其是对侵犯人权案可作出损害赔偿裁定。损害赔偿必须基于平等原则……[《美洲公约》第 63 条(1)]并没有提到或仅限于负有侵犯责任的缔约国根据国内法和拥有的手段确保补救有效的能力,因此[法院]不受国内法存在缺陷、不完善或欠缺的限制,而是独立运作。这意味着,为了确定相应的损害赔偿,法院必须依据《美洲公约》和国际法的适用原则。”³¹²

同样在 *Papamichaelopoulos* 一案中,欧洲人权法院指出:

“这一抢占的违法性不可避免地影响到确定被告国应作出补偿的适用标准,因为以合法没收的金额后果是不能与一项非法抢占的后果相题并论的。在这方面,法院或仲裁法庭的国际案例法为法院提供了一个宝贵的启发思路的源泉;尽管案例法更多地涉及到对工商企业的没收,但该领域中

³¹¹ 《建立世界贸易组织协议》,1994年4月15日,附件二《关于解决争端的规则和程序的谅解》,威尼斯是第3条(7)款规定,“唯有立即撤消措施不现实并且作为撤消一不符合有关协议的措施之间的临时措施”才予以赔偿。就世贸组织而言,“赔偿”指的是今后的行为,而非过去的行为……见同上第22条。关于世贸组织所用中止和补偿的区别,见例如 *Australia-Subsidies Provide to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Panel Report, 21 January 2000, WT/DS 126/RW, para. 6.49。

³¹² *Velásquez Rodríguez case*, I.A.C.H.R. Ser. C No.7 (1989) at pp. 26-27, 30-1。

确定的原则对于本案中这类情况也适用。”³¹³

158. 专门性的国际法庭就赔偿作出的决定有可能涉及特别法的内容并不能成为委员会从第 44 条所集中体现的充分赔偿原则上退怯的理由。而另一方面，由于它继续而且有可能继续由不同的机构在不同的条件下以不同方式采用，在是否更具体地阐述这一原则的内容上迟疑不决应算是一个原因。小心谨慎还有另外两条理由：

- 首先，在损害赔偿量化问题上出现的大部分争执产生于没收的财产，其中(除向 *Chorzów* 工厂本身或 *Papamichaelopoulos* 这样的特别案例外)，问题在于初级赔偿义务的内容。就目前委员会相对于划分条款草案的职能来说合法和非法占有的实际区别或具体规定任何初级义务的内容并非其责任。³¹⁴

³¹³ *Papamiclopouls 诉希腊*(第 50 条)，欧洲人权法院，A 编，第 330-B 号(1995)第 36 段。法院接下去引用了 *Chorzów* 工厂一案中法官的意见：同上。一般关于人权领域赔偿标准的发展见 Shelton (1999); A Randelzhofer & C. Tomuschat (eds.), State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights (Nijhoff, The Hague, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, "La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea", La Comunità Internazionale, vol. 53 (1998) p.215.

³¹⁴ 关于没收问题和产生收入的财产的价值问题,见例如 G.M. Erasmus, Compensation for Expropriation: A Comparative Study (Reese & UK National Committee of Comparative Law, Oxford, 1990); P.M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", American Journal of International Law, vol. 85, 1991, pp. 474-505; E. Penrose, G. Joffe & G. Stevens, "Nationalisation of Foreign-Owned Property for a Public Purpose: An Economic Perspective on Appropriate Compensation", Modern Law Review, vol. 55, 1992, pp. 351-367; W.C. Lieblich, "Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises", Journal of International Arbitration, vol. 7, 1990, pp. 37-67; W.C. Lieblich, "Determining the Economic Value of Expropriated Income-Producing Property International Arbitrations", Journal of International Arbitration, vol. 8, 1991, pp. 59-80; P. Friedland, & E. Wong, "Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies", ICSID Review, vol. 6, 1991, pp. 400-430; S.K. Seyed Khalil, "The Place of Discounted Cash Flow in International Commercial Arbitrations: Awards by Iran-United States

- 其次，现在委员会已决定作为一个单独专题处理外交保护(尽管该专题属于总的责任范畴)，在由给外国人造成的损害产生的定性问题作为那个专题的一部分处理更妥当。

159. 尽管有这些考虑，但仍可以争辩说，如果确实存在能够阐述的明确和更为详细的赔偿评估原则——无论是作为纯粹的编撰还是作为逐渐发展——都均可加以阐明。困难在于是否存在有别于第 42 条和第 44 条所阐述的一般原则的规则。³¹⁵ 决定反映了范围极广的各种实际情况、具体触及义务的影响、³¹⁶ 对当事方各自行为的评价(既包括违反的严重程度也包括其后的行为)和更笼统地说对得到一种公平和可以接受的结局的关切。恰如艾尔德里奇所说，“当[国际大法官]作出一项负责的判决时，例如关于剥夺权力的赔偿额问题……无论承认与否，必然会将公平问题纳入考虑”。³¹⁷ 这方面和在其他方面的经验显示，虽然可以举例说明公平考虑和比例恰当在国际法中是如何运用的，但如试图作详细论述则有可能白费气力。

160. 出于这些理由，特别报告员同意委员会 1992 年关于以一般性和灵活的措辞拟订第 44 条的决定。可以说明关于充分赔偿原则的若干具体限制——尤其是关于禁止重复追索的规则和也许 non ultra petita 规则——虽然这些涉及更多的是引述责任而非确定原则方面的量。将根据情况在以下内容中对它们以及减少责任问题作出审议。³¹⁸

Claims Tribunal", Journal of International Arbitration, vol. 8, 1991, pp. 31-50; C. Chatterjee, "The Use of the Discounted Cash Flow Method in the Assessment of Compensation", Journal of International Arbitration, vol. 10, 1993, pp. 19-24; H. Dagan, Unjust Enrichment (Cambridge, CUP, 1997) ch. 6.

³¹⁵ 恰如阿兰焦-鲁伊斯先生也得出的结论那样；第二次报告(1989)，英文本，第 28 段。

³¹⁶ 这个问题由布朗利先生作了特别的强调：State Responsibility Part I (Oxford, Clarendon Press, 1983) pp. 223-227。

³¹⁷ 阿兰焦-鲁伊斯先生(1996) p. 242。引述的一段提到的是对“采油和销售石油产品权利”赔偿的估价问题，但它有更广的适用范围。

³¹⁸ 以下第 215-222 段。

(c) 赔偿的限制

161. 然而，有一个问题的确需要考虑，这就是为赔偿设限。各法系通常注意避免为某一不确定的类产生的不确定数额设定赔偿责任，而国与国之间关系的特殊内涵更会加重这种关切。不象在这方面的国内法那样，在国际法中没有对行动设限或责任设限的一般对等物。国家并非责任有限公司，不存在处理国家无力清偿问题的正式机制。鉴于国家有能力干预民众生活和经济关系，以及影响到这两方面的实质性国际法的增长，即便在实践中并非经常出现，无法确定责任的潜在可能无疑仍是存在的。³¹⁹

162. 在以前的第 42 条(3)款范围内曾经讨论过限制超出承受能力的赔偿索赔问题，它规定补偿不应造成剥夺人口本身的维持生计能力。³²⁰ 出于上述理由，就恢复原状和清偿而言，这一规定并无必要，但在赔偿范围却值得审议，因为涉及损害直接性或相近性的规则并不能保证在某些案例中不作出大笔数额的赔偿裁定。

163. 对于这类关切一个经得起检验的答复是：关切被夸大了，只有实际蒙受的损失是由一国的国际不法行为造成的(直接、接近、不太远)时才能作出赔偿，而在这种情况下，要求受害者承担损失毫无道理。此外，若国家希望对危害性极大的特定活动领域(例如石油污染、核事故)的责任体制加以限定，它们一向可以作出这种限定。具体说，有序索赔程序的一贯结果(无论它们涉及的是一次性总付协议还是混合索赔委员会或法庭)与索赔额相比，均大幅度减少了总的赔偿。³²¹ 根据这一看法，没有理由对这个问题作出一项总的规定。

164. 特别报告员倾向于同意这一看法。然而，委员会要考虑是否将第 42 条(3)款或类似的条款插入第 44 条以处理灾难和无法预见的赔偿责任案件。不论怎么

³¹⁹ 见例如切尔诺贝利事件，它并未导致任何对责任的实际诉讼：见 J. Woodliffe, “Chernobyl: Four Years On”, *International & Comparative Law Quarterly*, 39 (1990) 461 at pp. 466-468.

³²⁰ 见以上第 38-42 段。

³²¹ 见以上第 41 段，脚注 77。观察以前的混合法庭也能看到类似的结果。

说以提及受害国行为的方式减轻责任和减轻损害赔偿额在草案中的确有一席之地并在下文中作了讨论。³²²

(d) 结 论

165. 出于上述理由，特别报告员建议第 44 条的案文应如下：

“ 赔 偿 ”

犯有国际不法行为的国家必须对由此而产生的可作出经济估价的损害作出赔偿，而这种损害的程度已无法作到恢复原状。”

与一读时通过的案文比较，在措辞上作了某些修改，但性质基本上属于较小的变动。首先，第 44 条与这一部分中的其他条款一致，表明了责任国的一种义务。将在第二部分之二中处理受害国援引这一责任的问题。显然，每个国家有权只能就其本身受到的损害援引赔偿义务，或者就其国民受到的损害提出索赔。³²³ 其次，原第 44 条的两款被合并成一款，涵盖了所有可作出经济估价的损害。无须将利润损失作为损害的单独一条，尤其是因为对这种提法必然要作出界定(造成一些国家政府在以前的案文中所抱怨的“逆编纂”效应³²⁴)。在某些条件下可就利润损失作出赔偿，而在其他情况下却不存在这种情况，力图对此加以评述与将第 44 条作为一项一般原则阐述的蕴含策略相矛盾。评注则可以更充实的方式处理不同的可获赔损害类别(其中包括利润损失)。利息问题则可以在一单独的一条中处理。³²⁵

166. 由委员会决定第 44 条的案文中是否需要详细阐述赔偿原则，为此将在本报告的另一部分中提出建议。然而，特别报告员愿在评注中以一种较轻松的漫谈方式处理与损害赔偿措施有关的全套获国际承认的赔偿规则和原则。除其他外，有可能以必要的灵活性做到这一点。

³²² 见以下第 195-214 段。

³²³ 将在外交保护这一专题内详细处理国家代表受到一国国际不法行为伤害的个人或公司提出索赔的程度。

³²⁴ 见以上第 149、152 段。

³²⁵ 见以下第 195-214 段。

4. 补 过

(a) 目前的第 45 条

167. 第 45 条规定：

“补 过

1. 出于提供充分补偿之必要，受害国有权获得国际不法行为的从事国对损害，尤其是对这一行为造成的精神损害作出补过。
2. 补过可采取下列一种或多种方式：
 - (a) 赔理道歉；
 - (b) 名义性损害赔偿；
 - (c) 遇有严重侵犯受害国权利的情况，损害赔偿应反映损害之严重程度；
 - (d) 遇有国际不法行为由官员的严重渎职或由官员或私人当事方的罪行引起的情况，应对责任者予以纪律处分或处罚。
3. 受害国获得补过的权利不证明可有理由提出损害国际不法行为从事国尊严的要求。”

168. 根据评注，补过意在只包含“对国家的非物质损害”，换言之“精神伤害”。³²⁶ 以前的文献作者们是用例如“荣誉”或“尊严”这类词表达这一意思的：这些词现在具有一种相当过时的性质，尽管“尊严”在第 45 条(3)款仍然保留了下来。第(1)款提到“对损害，尤其是由这一行为造成的精神损害的补过”，目的在于指明由一国际不法行为造成了一国所蒙受的任何非物质损害”。这正是补过的主题事项。³²⁷

169. 评注指出，补过是一种“相当例外的”补救，并不是每一案例中都有的。为表达这层意思使用了措词“出于提供充分补偿之必要”。³²⁸ 第(2)款提供了

³²⁶ 第 45 条的评注，第(4)段，1993 年年鉴，英文版，第二卷(第二部分)第 76-81 页。

³²⁷ 同上，第(5)段。

³²⁸ 同上，第(6)段。

一份补过措施清单。因此，赔理道歉，其中“包括表示遗憾，请求原谅，向旗帜敬礼等，在国际法理学中占有重要的位置”：尽管某些形式(例如向旗帜敬礼)似乎已从最近的实践中消失”，要求认错则越来越频繁和变得重要³²⁹ 第(2)段中没有提到的另一种形式是“由国际法庭承认责任国行为的不法性”。³³⁰

170. 损害赔偿“应反映损害的严重程度”具有“特殊性质……当不法行为因不法行为方的暴力、压迫、恶意、欺诈或邪恶行为等条件而更加严重时，使得受害方可获得超出实际损失的补偿”。³³¹ 因此在彩虹勇士号一案中，联合国秘书长决定法国应当就其违法行为向新西兰作出正式道歉并赔偿 700 万美元；这远远超出了蒙受的实际损害而纯粹是一种补过式裁决。³³² 评注并未表示，这种补过方式仅限于以前第 19 条所界定的“国际罪行”。即便是对于“轻罪”，补过所发挥的作用无论是否“令人受苦”，表达了案件和所受伤害的严重性，从这个意义上说，它属于充分补偿的一个方面。³³³

171. 惩办负责官员也常常是提出并得到允许的要求，但其“广泛应用……可能会造成对它国内部事务的不必要干涉。因此，[委员会]将(d)款的应用范围限定为官员或私人当事方的罪行和官员的严重渎职”。³³⁴

172. 总的来说，鉴于以往与各国平等原则不符的滥用的教训，必须对可以寻求的补过措施加以某些限制。³³⁵ 而这正是第(3)款的要旨。³³⁶

173. 就第 45 条发表意见的所有政府均未对它的贴切性和必要性提出疑问：所有政府均支持补过是国际法中一种重要和理由充分的形式的看法。³³⁷ 然而，对

³²⁹ 同上，第(9)段。

³³⁰ 同上，第(10)段。

³³¹ 同上，第(12)段。

³³² 同上，第(13)段。

³³³ 同上，第(21-24)段。

³³⁴ 同上，第(15)段(强调为原文)。

³³⁵ 评注并未举出这种滥用的例子，但阿兰焦-鲁伊斯先生在他的第二次报告中举出了两个例子：1990 年义和团起义之后提交给中国政府的联合照会，和使节会议对 1923 年特立尼事件向希腊政府提出的要求：第二次报告(1989)，第 124 段。这两个例子均包含集体要求。

³³⁶ 第 45 条的评注，第(25)段。

这一条中的 3 款无论对其内容还是对形式都发表了许多看法。至于第 1 款，重要的关切涉及到精神损害这一概念。日本提出看法，“尤其是精神损害”一词太不清楚，应当删除。³³⁸ 另一方面，德国和美国均同意对精神损害的补偿是国家实践中的既定事实。但这两国政府都认为“精神损害相当于所受到的精神打击和痛苦的伤害，补偿通常包含现金赔偿”：因此，在它们看来，应当将精神损害的规定放到第 44 条中。³³⁹

174. 关于第 2 款，政府们提出的第一个问题涉及到“惩罚性损害赔偿”，意指第 2 款(c)。一些政府争论说，补偿的惩罚性职能未得到国家实践或国际法理学的支持，因此建议删掉第 45 条中的有关规定。³⁴⁰ 另一方面，捷克共和国认为，委员会可在“罪行方面审议惩罚性损害赔偿问题”。³⁴¹ 鉴于国际责任的特殊性质，某些国家法系中缺乏惩罚性损害赔偿的概念在捷克共和国看来并不是一个无法克服的问题。除了惩罚性损害赔偿在若干国际案例中曾作出裁定外，“通常难以区分超出单纯赔偿范围的真正惩罚性损害赔偿和为了补偿广义评估精神损害而“慷慨”赋予的赔偿”。³⁴² 除此之外，“在条款草案中引进惩罚性损害赔偿的概念，可以使关于“罪行”的责任制度具有极有用处的威慑作用”。³⁴³

³³⁷ 蒙古将第 45 条形容为“非常重要”(A/CN.4/488, 第 109 页)。

³³⁸ A/CN.4/492, 第 14 页(又见 A/CN.4/504, 第 19 页, 第 72 段, 其中建议, 对“精神损害”加以界定)。

³³⁹ A/CN.4/488, 英文本第 110 页。德国政府对一国国民所受到的精神损害和直接由国家受到的精神损害作出了区分: 虽然“不那么具强制性”, 后一种情况仍有理由将现金赔偿作为“对侵害一国尊严补过的一种形式”(同上, 英文第 110 页)。

³⁴⁰ 德国(同上), 奥地利(鉴于某些国家法系已经存在这一概念, 要求委员会进一步研究这个问题; 同上, 第 111 页), 美国(同上, 第 112 页), 日本(A/CN.4/492, 第 15 页)。瑞士建议删掉第 2 款(c)项, 理由是, 它处理的是赔偿问题, 它已包含在第 44 条中了(A/CN.4/488, 第 112 页)。

³⁴¹ A/CN.4/488, 英文本第 111 页。

³⁴² 同上, 英文本第 111 页(捷克政府怀疑迦太基案和卢西塔尼亚案在现代国际法中是否还能说明问题; 又见 A/CN.4/504, 英文本第 20 页, 第 72 段)。

³⁴³ A/CN.4/488, 英文本第 111 页。

175. 国家还对第 45 条第 2 款中的其他规定发表了意见。例如，有的建议应当在这一款中包含彩虹勇士号一案中所承认的“建设性补偿”的新的形式。³⁴⁴ 法国提出了若干修改建议。³⁴⁵ 在法国看来，可增列一新的项“提及由一个法庭认定国际不法行为的存在”；内容如下：

“独立于当事国的主管国际机构宣布该行为是不法行为”。

法国还认为应当在(a)项“赔礼道歉”之前增添“表示遗憾和”等字，³⁴⁶ 应当用“纪律或刑事措施”取代(d)项中的“纪律措施或惩罚”。就最后这一项，出现了意见分歧：有的国家认为它“涉及对官员的纪律处分的国内问题，不应列入条款草案”，³⁴⁷ 奥地利则认为，它最好能反映最近的国家实践，尤其是“现在有越来越多的多边文书强调各国有责任起诉或引渡对这些文书所规定的不法行为负责的个人”。³⁴⁸

176. 最后，美国建议删除第 3 款，理由是“对‘尊严’一词未作界定(而且有可能很难作为一项法律原则加以界定)，因此，这一规定有可能受到力图逃避提供其中任何形式的补过国家的滥用”。³⁴⁹

177. 由此看来，第 45 条引出了三个问题，恰好与其中的 3 款相对应：第一，补过的一般性质以及它与“精神损害”的关系；第二，第(2)款中所列的补过方式是否穷尽以及与清单内容有关的某些问题；第三，第 3 款的必要性和措辞。

(b) 补过作为一种补救的特征

178. 毫无疑问，一国对另一国造成的非物质伤害的补过是受到国际法承认的。例如，法庭在彩虹勇士号一案的裁决书中即阐明了这一点：

³⁴⁴ A/CN.4/504, 英文本第 20 页, 第 72 段。

³⁴⁵ A/CN.4/488, 英文本第 112 页。

³⁴⁶ 乌兹别克斯坦建议一种类似的补充以及将“对受害国有着一种特殊的尊敬”一词列入(同上, 第 113 页)。

³⁴⁷ A/CN.4/504, 英文本第 20 页, 第 72 段。

³⁴⁸ A/CN.4/488, 英文本第 111 页。

³⁴⁹ 同上, 英文本第 113 页; 又见 A/CN.4/504, 英文本第 20 页, 第 72 段。

“国家和国际法院以及法庭采用补过作为对违反国际义务的一种补救或补偿形式(从广义上说)早已成为一种既定惯例。这一实践尤其涉及直接对国家造成的精神或法律损害的案件，它尤与涉及国际责任对个人造成损害的案件不同。整个问题已由阿兰焦—鲁伊斯教授在他的第二次报告(1989年)中作了有价值 and 广泛的讨论……他显示在文献以及司法实践和国家实践中将补过作为‘对国家尊严、荣誉和威望伤害的一种特殊补救’(第106段)获得了广泛的支持。从这个意义上说补过可采取并且已经采取了各种形式。阿兰焦—鲁伊斯先生提到了表示遗憾，惩罚负责的个人，防止再度发生，支付象征性或名义损害赔偿金或在广泛基础上作出赔偿，由国际法庭作出决定宣布国家行为的不法性……本法庭现在要启用的正是对国际不法行为补过的最后一种形式。本案当事双方同意，原则上可以作出这种违反的宣布——尽管法国否认它违反了义务，而新西兰则谋求作出这一宣布和送返的命令。毫无疑问，存在这一权利而且它将被视为一种严重的惩罚。”³⁵⁰

179. 按照第45条评注的说法，补过“并不是仅仅基于它作为一种特殊补救而发挥作用的伤害类型界定的，它的特征还表现为它所具有的特殊形式……”³⁵¹的确是这样，但有一个问题，第一款根本没有对补过作出界定：它使用了“补过”一词，随后依一种笼统方式提到受害国所蒙受的“损害，尤其是精神损害”。这引发了若干问题。

180. 首先是“精神损害”这个词，一些国家认为它作为赔偿的对象，尤其是当它影响到个人时，是恰当的。³⁵²在阿兰焦—鲁伊斯先生原来的方案中，个人所受到的精神损害是放在条款草案第8条中的，而国家蒙受的精神损害则是放在关于补过的第10条中的。³⁵³虽然未遭到委员会的拒绝，但这一区别在实际通过条款时被删掉了。

³⁵⁰ U. N. R. I. A. A.，第20卷(1990)，英文版217页，第272-273页(122-123段)。

³⁵¹ 第45条的评注，第(9)段。

³⁵² 见以上第173段。

³⁵³ 尤其见第8条备选案文B，它提到“任何可作经济估价的损害……其中包括由受害国民蒙受的任何精神损害”：第二次报告(1989)英文本第56页(第191段)。

181. 就其涉及个人而言，“精神损害”一词(这个词本身不为任何法系所知)通常被理解为包含非物质损害，例如痛苦和苦难、亲人的丧失以及伴随侵犯个人、家庭或私生活时出现的对个人感情的冒犯。这些属于明确的个人遭受损失的形式，它(如果造成损失的行为由有关法系承认为不法)可以现金形式得到赔偿，尽管其评估向来属于一种习俗性和粗略估计的事情。与之相反，“精神损害”的概念就其涉及到国家而言，迄今为止并不那么明确。无疑，确实有些案件属于本身对国家的伤害，其中并未受到实际物质损失——例如，属于另一国的飞机或船只短暂侵犯了领土完整。但大部分归在对国家的“精神损害”一词下实际包含的可被形容为非物质性法律伤害，这种伤害涉及的是对一种义务的违反，而不论它对所涉及到的国家造成的物质后果如何。为避免与涉及到个人的精神损害概念相混淆，建议在第 45 条中回避使用“精神损害”一词，代之而采用“非物质伤害”(“*préjudice immatériel*”)一词。³⁵⁴ 在这一基础上似乎就不需要对补过作出详细的界定了。

(c) 满足的具体形式

182. 谈到第 2 款所列的满足的具体形式，首先要注意的一点，是评注在所列的满足的形式是否详尽无余这一问题上自相矛盾。第 9 段说清单并非详尽，而第 16 段说，“第 2 款开头的措词清楚地说明，该款提出了一个满足形式的详尽清单，可以结合使用。”³⁵⁵ 这个问题很重要，因为清单中忽略了现代司法实践中最重要的满足形式——宣布。实际上，第 2 段的导言部分使用了“可能”一词，看来

³⁵⁴ 这个词具有这一含义是由下列人士建议的 C. Dominicé. “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État”. in L’Ordre Juridique International entre Tradition et Innovation. Recueil d’Etudes (PUF, Paris, 1997)p. 349 at p. 354.

³⁵⁵ 在介绍第 45 条时，起草委员会主席还表示认为，第 2 款“提供了一个详尽的满足形式清单”：《1992 年……年鉴》，第一卷，第 221 页(第 57 段)。

暗指一个非详尽的清单。按照现任特别报告员的观点，它确实应当为非详尽的。适当的满足形式应当取决于有关情节，不可能事先规定。³⁵⁶

宣 布

183. 如果第 2 款的清单为详尽的，很显然，它就必须包括提到一个法院或法庭的宣布。在阿兰焦—鲁伊斯先生首次提议的第 45 条的案文³⁵⁷ 和法国提议的相应案文中确实有这种提法。³⁵⁸ 它们都提到国际法院在科孚海峡案(胜诉)中的经典说法，在裁定英国海军在爆炸之后进行的扫雷活动(Operation Retail)非法之后，法院说：

“为确保尊重国际法——本法院为国际法的机关，法院必须宣布，英国海军的行为构成对阿尔巴尼亚主权的侵犯。这一宣布系根据阿尔巴尼亚通过其律师提出的要求作出，宣布本身为适当的满足。”³⁵⁹

184. 此后许多案件都采取了这一立场，包括彩虹勇士号仲裁案，³⁶⁰ 以至于可以说宣布式补偿已经成为了对国家非物质伤害案中的正常的，肯定是第一的满

³⁵⁶ 在彩虹勇士号仲裁案中，法庭驳回了新西兰关于恢复原状和/或停止的主张，并拒绝判给赔偿金，但同时以满足的方式作出了各种宣布，还建议“协助[当事方]结束这桩不快的事件”。见《联合国国际仲裁裁决书汇编》，第 20 卷(1990)，第 217 和第 274 页(第 126-127 段)除了仲裁超出诉讼请求这一事实之外，采取建议的形式是适当的，因为它只有通过协议的形式实施。参见 L. Migliorino, “Sur la déclaration d’illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l’affaire du Rainbow warrior”, 《Revue générale de droit international public》，第 96 卷，1992 年，第 61 页。

³⁵⁷ 原提案载有下列段落：

“3. 一个主管国际法庭宣布有关行为的不法性本身可以构成一种适当的满足形式。”

第二次报告(1989 年)，第 56 页(第 191 段)。

³⁵⁸ 同上，第 175 段。

³⁵⁹ 《1949 年国际法院报告书》，第 4 页至第 35 页，在第 36 页判决主文中复述。这是法院意见一致的唯一一点。

³⁶⁰ 见上文，第 178 段。

足形式。³⁶¹ 说它是第一种，特别报告员并非暗指它是首要的一种，也不排除有正当理由采取的更为严格的满足形式。但是，宣布式补偿第一有两个意义：(a) 在有些案件中，它可能是一种充分的满足形式(如有关科浮海峡案的 *Operation Retail*)；(b) 甚至在其不是充分形式的情况下，它也是在特定情况中可能需要采取的其他满足形式的必要基础。宣布式补偿作为一种满足形式的这种普遍适用性以及适当的案件中加上赔理道歉，应当在条款草案中得到承认，它可以有用地区分于目前在第 2 款中所列的赔偿的更为具体的形式。

185. 但是，这样做的困难在于，条款草案是以国家法律关系——特别是责任国——的术语表述的，而不是以法庭的权利或管辖的术语表述的。可以说，国家不能就其自身同意或作出一种宣布；宣布只能由一个恰当的第三方作出。受害国所作关于违犯国际义务的声明是一项主张；而责任国所作的声明则是一项承认。条款草案应当具体说明，由于一项国际不法行为，责任国应当做什么(例如其次级义务)；如果它没有做，则主管法院就有权作出赔偿判决。因此，第 45 条首先应当具体规定承认违犯事项，作为一种满足的形式，并酌情规定道歉或表示遗憾。

名义性、惩戒性和惩罚性损害赔偿

186. 谈到那种可被称为“第二级”的满足形式，由于已经提出的理由，应当以一种非穷尽的方式拟定。有许多种其他的可能性，例如，对造成伤害的事件原因进行适当调查，由信托基金来为受益人管理赔偿付款等等。但必须讲一讲第 45 条提到的两个类别，即损害赔偿金和纪律处分或刑事处罚。

187. 当然，损害赔偿金一般以补偿所受伤害的方式支付，属第 44 条的范围。第 45 条第(2)款目前提到两类其他的损害赔偿金，即名义赔偿金和“反映”侵害“之严重性”的损害赔偿金。它们提出了完全不同的问题。

188. 在有些制度中，判给名义赔偿金是为了反映存在未表明给受害方造成了任何损失的侵犯事项。尽管如此，存在一项侵犯事项，名义赔偿金旨在反映：它们是象征性的，而非补偿性的。在费用判决随事件的法律制度中，名义赔偿金的

³⁶¹ 关于宣布式补偿作为非物质伤害满足的首要作用问题，参见 C. Gray, 《国际法上的司法补救》(牛津 Clarendon 出版社, 1987), 第 17-18 页(仲裁法庭), 96-107(国际法院), 127-131(欧洲法院), 155-156(人权法院)。

判决可以允许费用判决，但在国际仲裁和司法实践中却不这样做，因为费用几乎总是由每一当事方承担，无论如何，不会取决于是否作出了一美元(1.0734 欧元)的判决。还有一点是，名义赔偿金的裁定有时是旨在对索赔人的一种反面反映，暗示索赔没有法律依据，而纯粹是技术性的。³⁶² 尽管偶尔也有国际法庭裁定名义赔偿金的案例，但在现代实践中这类案例很少。³⁶³ 本特别报告员怀疑名义赔偿金作为一种满足形式在现代国际法中的价值：特别是并不清楚它们能够实现哪些无法通过适当的宣布式补偿实现的东西。假定将列入提议的额外款项，他怀疑是否需要具体提到名义赔偿金。

189. 以满足方式判给实质性损害赔偿是另一个问题，即使没有任何物质损失的证据，适于采用这种形式的情节很容易设想。³⁶⁴ “实质性损害”指并非纯粹为名义或象征性的任何损害，即使损害不大。第 45 条第 2 款(c)项设想“在严重侵犯受害国权利的情形下，[支付]反映侵害之严重性的赔偿金”。看来其并未设想在不

³⁶² 见 D.M.沃克，《牛津法律大词典》(牛津 Clarendon 出版社，1980)，第 883 页。就 24 小时监禁裁定 500 美元的赔偿金，或就短暂扣留船舶判给 100 美元的赔偿金并不构成这一意义上的名义赔偿金，特别是考虑到当时的币值。分别见 1871 年 8 月 16 日 Moke 案的裁决，Moore，《国际仲裁》，第四卷，第 3411 页；Arends 案，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 729 页和第 729-730 页(1956 年)，如阿兰焦-鲁伊斯先生在第二次报告(1989 年)，第 35 页(第 115 段)所引证。

³⁶³ 见 Gray(1987)，第 28-29 页和参考文献。看来，自法庭在灯塔仲裁案中判决法国一个法郎赔偿金之后，在国家对国家的案件中没有一个国际法庭判给名义赔偿金的案件：《国际仲裁裁决汇编》第十二卷，第 155, 第 216 页(1956)、《解决投资争端中心法庭在 AGIP Spa 诉刚果人民共和国案(1979)，《解决投资争端中心报告书》第 306 和第 329 页(就 *lucrum cessans* 判给 3FF，这一术语看来有矛盾)；欧洲人权法院在 Engel 案(第 50 条)，《欧洲人权法院报告书》，A 系列，第 22 卷，第 69 页(1976)(DFI 100 的“名义赔偿”)都判给了名义赔偿在这两桩案例中，法院都在其他名目之下判给了大量金额。在其他案件中，法院均否认判给名义金额对宣布存在侵犯事项有任何增益：The Carthage 案，《国际仲裁裁决汇编》第十一卷，第 449 页，第 460-461 页(1913)；The Manouba 案，《国际仲裁裁决汇编》第十一卷，第 463 页、第 475 页(1913)。

³⁶⁴ 在 The I'm Alone 案中，《国际仲裁裁决汇编》第三卷，第 1609 页(1935)，判给了加拿大此种赔偿金，在秘书长就彩虹勇士号案，《国际仲裁裁决汇编》第二十卷，第 224 页(1986)中判给了新西兰此类赔偿金。

涉及严重侵权的情况下，支付除满足方式名义赔偿金之外的任何其他付款：换句话说，要么在满足项下判给少量的赔偿金，或判给极其大量的赔偿金，但没有在这两者中间的数量。这一限定是否适当，至少部分取决于第 2 款(c)项是真正关注名符其实的惩罚性赔偿金，还是集中于某些国家法律制度所称的“加重”或“惩戒性”赔偿金。

190. 阿兰焦一鲁伊斯先生的第二次报告在这一点上很清楚。他提议的第 10 条提到“名义性或惩罚性赔偿金”，尽管报告本身提到“折磨性赔偿金”。³⁶⁵ 本特别报告员认为，如果要作为名符其实的惩罚性赔偿金，它们就应当被称为惩罚性赔偿金，如果适用，它们应当仅适用于明显和异乎寻常的侵犯事项的极个别案件。也许(c)项的措词在这方面有歧义，但其意图是清楚的。起草委员会主席认为，该项旨在处理……

“普通法所称的‘惩戒性赔偿’，换句话说，在所受到伤害因加害方的暴力、压制、恶意、欺诈或恶劣行为等情节而加重的情况下，判给受害方超出实际损失的赔偿金。这类补救的目的是树立一个样板。起草委员会没有使用‘惩戒性赔偿金’一词，因为这一措词看来在其他语文中没有一个对等词。委员会决定讲清这一概念的内容……‘在严重侵犯……的情形下’一语是打算为适用这类满足确定一个高的阈值。”³⁶⁶

通过明确的推论，起草委员会(国际法委员会赞同其办法)为第 45 条的目的拒绝了惩罚性赔偿金的概念。³⁶⁷ 本特别报告员完全同意 1992 年所采取的立场。在国家责任的案件中，在没有某种专门制度予以实施的情况下，没有任何权利、也没有什么理由判决名符其实的惩罚性赔偿金。³⁶⁸ 是否能够和是否应当建立这样一种制

³⁶⁵ 第二次报告(1989)，第 56 页(第 191 段)。参见第 40-41 页。

³⁶⁶ 《1992 年……年鉴》，第 221 页(第 57 段)。

³⁶⁷ 正如本特别报告员所指出，适用惩罚性赔偿金并非第二部分第四章“国际罪行”的特别后果之一：克劳福德，第一次报告(A/CN.4/490/Add.1, 1998)，第 51 段。

³⁶⁸ 见第一次报告(1998)所引案例，第 63 段。参见 S. Wittich, “对上帝的畏惧和对神父的恐惧：国家责任法中的惩罚性损害赔偿”，《奥地利国际法和欧洲法评论》，第三卷，1998，第 31 页；N. Jorgensen, “对国际法中损害赔偿的重新估计”，《英国国际法年鉴》，第 68 卷，1997，第 247 页。

度是在讨论第 19 和第 51-53 条中要考虑的一个问题。

191. 因此，问题是，在不涉及“严重侵犯”的案件中，是否应当以满足形式就对国家的非金钱伤害支付赔偿金。过去的法庭判决中当然有协商解决的案例，就非金钱伤害支付了少量的、但并非名义上的金额，特别报告员看不出有任何理由武断地排除此类案件。因此，他提议删除目前(c)款中“在严重侵犯……权利的情形下”这些措词。

对个人的纪律或其他处分

192. 纪律处分或刑事处罚是第 2 款提到的进一步的具体满足形式，在特定案件中可能是适当的。尽管起草委员会在通过该款时认为，这种情况“很少”，³⁶⁹但实际上出现了这种情况，尽管并非总是很清楚，起诉犯罪行为是通过满足的方式还是作为履行某种初级义务的一个方面。在严重的案件中列入这一类别是符合确立的满足概念的，但特别报告员同意法国政府的建议，更倾向于“纪律处分或刑事处罚”，而不是“纪律处分……或惩罚……”。根据分权的原则，负责行政的国家政府承担将严重的案件适当地提交国家检察当局以便调查和起诉，不能超过此限，再多就不适当了；它当然不能够处罚尚未被判定有任何罪行的人。

(d) 对满足的限制：第 45 条第 3 款

193. 有一国政府提议删除第 3 款，³⁷⁰ 其理由包括，“尊严”的概念太模糊，不能据以实行法律限制。作为一个表述问题，反对有一些道理；另一方面，历来就有许多以“满足”为借口的过分要求，³⁷¹ 看来需要有一些限制。有人提议，关于满足的要求应当限于“相应于有关伤害”的措施；此外，这些措施不应当采取羞辱有关国家的形式。

³⁶⁹ 《1992 年……年鉴》，第 221 页(第 59 段)。

³⁷⁰ 见上文，第 176 段。

³⁷¹ 参见上文第 172 段，注 124。这些过分的要求本身使用了令人不满和主观的关于受害国“尊严”的措词。

(e) 关于第 45 条的结论

194. 出于这些理由，特别报告员提议第 45 条的下列文本：

“满 足

1. 实行了国际不法行为的国家必须为该行为造成的任何非物质损害提供满足。

2. 首先，满足应当采取承认违犯事项的形式，并酌情辅之以表示遗憾或正式道歉。

3. 此外，如果情况需要，满足可采取适当的额外形式以确保充分赔偿，除其他外包括：

[(a) 名义赔偿金；]

(b) 反映侵犯之严重性的赔偿金；

(c) 在有关违犯事项由官员严重失职或任何人的犯罪行为引起的情况下，对责任人处以纪律处分或刑事处罚。

4. 满足必须与有关伤害成比例，不应采取羞辱责任国的形式。

5. 利 息

(a) 条款草案中的利息问题

195. 第 44 条第 2 款提到了一下利息问题。仅仅提到“补偿……可包括利息……。”对第 42 条第 2 款的评注稍微展开了一点，反映了阿兰焦—鲁伊斯先生在第二次报告中对这一问题的更为实质性的处理办法。³⁷² 他在第二次报告中支持有权获得利息的一般规则，时期从引起索赔之时起至实际付款之时止，对已清偿金额的索赔没有时限。而且，他认为，“凡是能证明为了确保充分赔偿受害国所受的损害复利是必不可少的时就应该裁决支付”复利。³⁷³ 另一方面，他提议的关于利息的第 9 条没有规定有权获得单利(区别于复利)的任何一般规则，而限于具体

³⁷² 第二次报告(1989)，第 23-20 页(第 77-105 段)。

³⁷³ 同上，第 30 页(第 105 段)。

规定就“一笔款额……丧失的利润”的利息所涉时期。³⁷⁴这就意味着利息的支付限于清偿索赔，或许甚至限于利润损失索赔(尽管这可能仅仅是一个表述问题)。但是，如果基本原则是，受害国有权在确保充分赔偿所必须的范围内就索赔获得利息，那么就不清楚如何能够先验地证明此种限制合理。

196. 在一读辩论中，有人指出了报告中和提议的第9条中主张利息的论据之间的差异，并对是否能够接受详细处理有关问题表示关注。³⁷⁵起草委员会删除了该条，理由是，“就此类问题作出具体规定极其困难，需要大量的支持”。起草委员会认为，“以相当灵活的措词阐述一般原则，而由解决争端的第三方的法官在每一案件中裁定是否应当判给利息”就足够了。³⁷⁶

197. 第44条第2款当然是以“相当灵活”的措词起草的；困难在于它没有提出任何类型的“一般原则”，而仅仅是提到一种可能性。评注中说，措词旨在澄清“没有自动获赔利息的权利，也没有对受害国的有利推定”。³⁷⁷尽管它注意到，国家实践“看来支持在判给赔偿本金之外判给利息”。³⁷⁸起草委员会显然谋求在第2款的措词中区分判给利息和利润损失赔偿金。因为后者仅在“适当”时

³⁷⁴ 同上，第56页。他提议的条款为：

“1. 如果对丧失的利润应付的赔偿系对一笔款额的利息，该利息：

- (a) 应自在为赔偿的目的计算应付本金数额时未考虑的第一天起开始计算；
- (b) 应计算至实际支付之日为止。

2. 凡属为确保充分赔偿有必要的情况应支付复利，利率应按照最适应于实现该结果的利率”。

³⁷⁵ 《1990年……年鉴》，第一卷，第149-50、153、156、161、166-7、169、172、175、177、178-9、183、184、187、188-9、190、190-1、193、199页。从辩论看来，委员会本来会愿意接受一项以得到为提供充分赔偿所必需的利息的一般权利的提议，但却担心提议的第9条“仅涉及一个次要问题”，在这一问题上实践有有差异：同上，第156页(第10段)(托穆沙特先生)；同上，第158页(第10段)(小木曾本雄先生：“在诸如利率和复利等问题上太详细的规则，在这些问题上国际法并不清楚”)。

³⁷⁶ 《1992年……年鉴》，第一卷，第220页(第48段)。

³⁷⁷ 对第44条的评注，第24段。

³⁷⁸ 同上，第25段。

适用，推论是，利息应当更普遍地适用。³⁷⁹ 但这一推论既不强也没有说服力；该条整个说的是补偿“可以”包括利息。但评注在下列意见上理由更充分：“确定计算利息的起算日期和截止日期，选择利率和判给复利都是需要逐案解决的问题。”³⁸⁰

198. 如上文第 152 段所述，有些国家政府支持第 44 条第 2 款对利息问题相当有节制的处理办法；另一些政府则持强烈的批评态度，说这种办法会破坏确立原则的稳定，确立的原则是，在必须补偿受害方因国际不法行为所受损失之时，应当判给利息。在这方面，应当注意到，特别报告员和委员会的任何委员在一读辩论中都没有否认这一原则；而就这一问题发言的几乎所有人都具体地支持这一原则。

(b) 利息在赔偿方面的作用³⁸¹

199. 关于各国政府的评论和对条款草案的其他批评意见，有两个问题。第一是判给利息作为赔偿国际不法行为一个方面的实际作用；第二是在条款草案中列入一个关于利息的条款是否可取。

一项一般原则？

200. 关于第一个问题，阿兰焦—鲁伊斯先生的第二次报告对判例和学说作了有用的回顾。至少存在一项主张判给为实现充分赔偿所必须的利息的普遍原则这一点还得到最近判例法的支持。

³⁷⁹ 《1992 年……年鉴》，第一卷，第 220 页(第 49 段)(杨科夫先生，起草委员会主席)。

³⁸⁰ 对第 44 条的评注，第 26 段。

³⁸¹ 关于作为一个一般国际法问题的利息问题，参见 I Brownlie, 《国家责任》第一部分(牛津 Clarendon 出版社, 1983), 第 227-229 页; J.Barker“国际法上关于产生收入财产的估价”(剑桥大学博士论文 1998), 第七章及索引著作。关于比较法和国际私法方面的经验, 参见 M. Hunter & V. Triebel, “国际仲裁中利息的的裁定”(1989)《国际仲裁》第六期, 第 7 页; J. Y. Gotanda, “国际仲裁中利息的裁定”(1996)90 AJIL 40; J. Y. Gotanda 《国际司法中的附加损害》(Kluwer, 1998,海牙), 第二至三章。

201. 应当指出，在常设法院第一次(最后证明也是唯一的一次)实际定量判定就国际不法行为应付赔偿的案件中，常设法院判给了利息。在 *Wimbledon* 案中，法院判给了 6% 的单利，从判决之日起起算，显然其根据是，利息仅仅“从应付款额的数量和支付的义务确立之时起”才应支付。³⁸² 尽管赔偿金数量的确定是参照该法国船只改线的实际费用确定的，但这是一桩公法上的违犯条约的索赔案。³⁸³ 在另一桩国家对国家的索赔案——科孚海峡案(赔偿评估)中，³⁸⁴ 没有提出利息问题。

202. 其他法庭在有关索赔涉及对私人当事方的损害的案件中、以及在名副其实的国家间索赔案中，经常遇到索赔裁定的问题。³⁸⁵ 在这方面，伊朗——美国索赔法庭的经验值得注意。³⁸⁶ 在伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案(A-19 号案)中，整个法庭认为，其处理索赔的一般管辖权包括裁定利息的权利，但法庭拒绝就利息的裁定规定统一的标准，理由是这属于每一个法庭的管辖范围，涉及“行使赋予它们的在裁决每一桩特定案件中进行斟酌裁量的权利”。³⁸⁷ 在本金问题上，该法庭说：

“利息索赔是寻求赔偿的一部分，并不构成需要独立司法许可的单独诉因。按照索赔解决声明第 5 条，本法庭被要求‘在尊重法律的基础上’

³⁸² 常设国际法院汇辑 A., No.1(1923), 第 32 页。考虑到“世界目前的金融条件，以及流行的公共贷款条件”，法院接受法国关于 6% 利率的索赔为公正的。

³⁸³ 常设法院在 *Chorzów 工厂索赔案*(胜诉)中还设想利息应予赔偿，常设国际法院汇辑 A. No.17 (1928), 第 17 页(“相当于年率 5% 的利息的数额，从判决之日起至付款之日止”)。实际上没有作出裁决，因为随后双方商定了赔偿额。

³⁸⁴ 《1949 年国际法院报告书》，第 24 页。

³⁸⁵ 国际海事法庭在第一桩评估赔偿的案件中就各类不同的损失按不同利率判给了利息：见 *M. V. Saiga*(No.2), 1999 年 7 月 1 日判决，第 173 段；38 I.L.M. 1323(1999)重印。

³⁸⁶ 见 G. H. Aldrich, 《伊朗——美国索赔法庭的判例》(牛津 Clarendon 出版社, 1996), 第 474-479 页；C. N. Brower 和 J. D. Brueschke, 《伊朗——美国索赔法庭》(Nijhoff, 海牙, 1998), 第 18 章。

³⁸⁷ (1987)伊朗——美国索赔法庭报告书 16, 第 285 至 290 页。如 Aldrich (1996), 第 475-6 页指出，三个分庭的做法是完全一致的。

裁决索赔。在裁决中，本法庭历来将有关利息作为本法庭有责任裁定的‘索赔’不可分割的一部分处理。本法庭注意到，有关分庭历来判给利息，作为‘对因拖延付款而受损害的赔偿’……。确实，仲裁法庭判给利息，作为损害赔偿金的一部分，这已成惯例，尽管在仲裁协定中没有明确提到利息。鉴于判给利息的权利为法庭裁定索赔的权限中所固有，只有在索赔解决声明中明确规定才能排除此种权利。本案中没有这样的规定。因此，本法庭的结论是，裁定利息，作为对所受损害的补偿显然在其权限之内。”³⁸⁸

该法庭按另一种略低的利率判给了政府间索赔利息。³⁸⁹ 有些案件没有判给利息，如在认为一笔总付赔偿金反映了充分赔偿的情况时，或在有其他适合的特殊情况时。³⁹⁰

203. 联合国赔偿委员会理事会第 16 号决定涉及利息问题。该决定规定：

“1. 利息的裁定将从所受损失之日起至付款之日止计算，利率应足以赔偿成功的索赔人因未能使用判决的本金所受的损失。

2. 理事会将在适当时候审议利息的计算和支付方法。

3. 利息将在本金判决后支付。”³⁹¹

我们再次看到了原则上赞成必要时判给利息以赔偿索赔人的原则的一项决定与适用该原则条件方面的灵活性的结合；同时，尽管为一种赔偿的形式，但利息被视为一种次要的因素，从属于索赔的本金。

204. 人权法院和法庭有时也判给、或至少设想判给利息，尽管这些机构的赔偿做法比较保守，索赔几乎总是得不到清偿。例如判给利息以保护应在一段时期内支付的损失赔偿金的价值，如采取延期偿付利息的形式。³⁹²

³⁸⁸ (1986)16, 伊朗——美国索赔法庭报告 285, 第 289-90 页。

³⁸⁹ 见 Brower 和 Brueschke (1998), 第 626-7 页, 及参考案例。采用的利率为 10%, 而商业索赔为 12%。

³⁹⁰ 见 Aldrich(1996), 第 476-77 页。见第三分庭(Virally、Brower、Ansaari)在 McCollough & Co.Inc.v.Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others 中的详细分析, (1986) 11 伊朗——美国索赔法庭报告 3, 第 26-31 页。

³⁹¹ S/AC.26/1992/16, “利息的裁定”, 1993 年 1 月 4 日。

205. 国家赔偿委员会和法庭最近的做法一般也是在评估赔偿中考虑到利息。但在某些部分一笔总付解决的案件中，索赔明确限于本金损失额，理由是可供发放的资金有限，本金索赔应当优先。³⁹³

206. 尽管有关趋势是更多地判给利息，作为充分赔偿的一个方面，但甚至支持判给利息者也承认，在国际上，对实际判给利息的数额的定量和评估问题没有统一的办法。³⁹⁴ 因此，Gotanda 说：

“在国际法庭中，没有统一的判给利息的办法。因此，利息的判定差异极大。关于什么情况应当支付利息人们没有一致意见，判给利息的利率从 3% 至 20% 不等。”³⁹⁵

复利问题

207. 利息问题的一个方面是可能判给复利的问题。至少作为逐步发展的一个问题，阿拉焦·鲁伊斯先生赞同“凡是能证明为了确保充分赔偿受害国所受的损害复利是必不可少的时”就应该裁决支付复利。³⁹⁶ 但是，委员会并未保留他的这种提议，评注中仅仅说，复利问题“要在个案的基础上解决”。³⁹⁷

³⁹² 参见 Velásquez Rodríguez (赔偿)案，美洲人权委员会 Series C, No.71(1989)，第 57 段。欧洲人权法院现在采用了一种类似的办法：参见 Papamichaelopoulos 诉希腊(第 50 条)，欧洲人权委员会，Ser A, 330-B 卷(1995)，第 39 段。在该案中，仅应当就判给的金钱赔偿支付利息。又见 Shelton(1999)，第 270-2 页。

³⁹³ Barker (1998)，第 209、237-8 页。参见涉外赔偿(中华人民共和国)令，1987(联合王国)，S.10，执行 1987 年 6 月 5 日的解决协议：U. K. K. S.No.37(1987)。

³⁹⁴ 应当注意到，一些伊斯兰国家，在伊斯兰教法的影响下，依照其法律，甚至根据其宪法禁止支付利息，但是，它们在商务和国际方面搞出了有关利息的替代办法。例如，根据伊朗宪法第 43、49 条禁止支付利息，但监护委员会认为，这一禁令不适用于“外国政府、机构、公司和个人，根据其自己的信仰原则，他们并不认为[利息]在所禁之列……”，见 Gotanda(1998)，第 39-40 页，及参考资料。

³⁹⁵ Gotanda(1998)13(参考略)。

³⁹⁶ 第二次报告，《1989 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 30 页(第 105 段)。

³⁹⁷ 对第 44 条的评注，第 26 段。

208. 实际上，法院和法庭的一般意见都是反对判给复利，甚至那些认为索赔人通常有权得到补偿性利息的法庭也是如此。例如，伊朗——美国索赔法庭历来拒绝就复利的索赔，包括索赔人由于与索赔有关债务收取的复利而蒙受损失的案件。在 *J.R. Reynolds* 烟草公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案中，法庭未能找到……

“任何具体的理由，偏离通常不允许判给复利的国际先例。正如一位权威人士所说，‘在国际法上的损害赔偿这一主题的范围内，没有几条规定比不允许判给复利的规则更好的了’……尽管‘所有款额’这一措词可以被理解为包括利息，并从而可允许判给复利，但由于措词的模糊性，法庭根据刚才所述的国际规则解释这一条款，因而排除了复利。”³⁹⁸

与这一办法相一致，法庭从头至尾地细读了看来规定了复利的合同条款，以防止索赔人获得“与未拥有本应归其使用的款额而可能发生的损失完全不成比例的”好处。³⁹⁹

209. 因此绝大多数权威意见都继续支持仲裁员 Huber 在摩洛哥的西班牙区一案中表示的意见：

“涉及一国国民在另一国领土内所受损害的国与国之间赔偿的仲裁案例法——必定是一类特别丰富的案例法——在不允许复利方面……是一致的。在这些情况中，判给此种利息将需要十分有力和相当具体的论据……。”⁴⁰⁰

关于国家对国家的索赔，复利的情况也同样如此。

³⁹⁸ (1984) 7, 伊朗——美国索赔法庭记录 181, 第 191-2 页, 引证 M. 怀特曼, 《国际法上的损害赔偿》(华盛顿, 1943), 第 3 卷, 第 1997 页。

³⁹⁹ *Anaconda-Iran, Inc.* 诉伊朗伊斯兰共和国政府案(1986) 13, 伊朗——美国仲裁法庭报告 199, 第 235 页。参见 Aldrich(1996), 第 477-478 页。

⁴⁰⁰ 《国际仲裁裁决书汇编》, 第 2 卷, 第 615 页和 650 页(1924), 阿兰焦-鲁伊斯先生引证, 第二次报告(1989), 第 101 段。该报告引述了稍后几桩判给了复利、或至少没有原则上排除复利的案件。更近一些的一个案例是 *Aminoil* 裁决案, 该案判给了一段时期的复利, 没有提出任何理由。这一部分占最终裁决总额的 15%: Barker(1998), 第 233 页, n. 119。见科威特政府诉美国独立石油公司案(1982), 66, I.L.R. 519, 第 613 页(Reuter, Sultan, Fitzmaurice)。

210. 尽管有些法学家(尤其是 F.A. Mann)主张重新考虑这一原则,理由是,“受害方合理发生的复利应当作为一个损失项追回”。⁴⁰¹ 解决投资争端中心法庭在最近的 *Compañía des Desarrollo de Santa Elena SA* 诉哥斯达黎加共和国案中支持这一观点。⁴⁰²

“尽管单利往往比复利判得更为经常,但复利在国际法上当然并非不为人所知或被排除。在国际仲裁事件中,就任何特定案件确定复利还是单利更为适合这方面没有统一的法律规则。相反,利息的确定是实施裁决的结果,考虑到有关案件的所有情节,特别是考虑到必须作为本法庭适用法律一部分的公正性。

特别是,若财产拥有者在先前某个时候丧失了其资产的价值,但却没有得到其因而应得的相应金钱,赔偿额应当反映、至少部分反映,其金钱如果按每年普遍流行的利率再投资本应挣得的额外款额及其所产生的收入。复利的目的并非就推迟向被剥夺了的所有者付款规责于或处罚任何人,它是一种机制,确保在有关情况下判给索赔人的赔偿金是适当的。

在本案中,鉴于[索赔人]将近 22 年既不能将该财产用于其购买 *Santa Elena* 时所考虑的旅游开发、又无法出售该财产,判给单利是不合理的。另一方面,由于本案的事实,完全的复利也不对,因为[索赔人]尽管承担了维护该财产的负担,但一直拥有该财产,并且能够有限地利用和开发该财产。”⁴⁰³

实际上,法庭判给了一笔总付赔偿金,赔偿受到 23 年前措施影响的财产。按单利判给了延期支付的利息,在一段短的宽缓期之后支付。

⁴⁰¹ F.A. Mann“作为国际法上一个损害赔偿项的复利”,《对国际法的进一步研究》(牛津 Clarendon 出版社,1990),第 377-383 页。Mann 用其典型的热情争辩说,这一主张“不应当仅仅是英国法,而且应当在所有允许损害赔偿之处被接受,因此,应当作为一项一般法律原则对待”:同上。

⁴⁰² ICSID Case No. ARB/96/1, 2000 年 2 月 1 日最后裁决(Fortier, Lauterpacht, Weil)。

⁴⁰³ 未公布的裁决,第 103-105 段。

211. 总的来说，尽管国际法或国际法庭一般不判给复利，但可能出现特殊的情况，证明作为充分赔偿的一个方面判给复利的一些要素有理。但是，必需小心，因为准许复利可能导致膨胀的或不成比例的判决，使利息额大大超过应付的本金额。

利率和计息期问题

212. 第三个问题涉及利率的实际计算：这引起了一些复杂的问题，涉及起算日期(违反事项的日期、本来应当付款的日期、索赔或要求的日期)、截止日期(解决协议或裁决日期、实际付款日期)以及适用利率(被告国为现行利率、申请国为国际借贷利率)。如已经指出的那样，目前处理这些问题没有一致的办法。在实践中，每一案件的情节和有关各方的行为对结果有着强烈的影响。尽管阿兰焦—鲁伊斯先生提议的第 9 条将违反事项的发生日作为计算利息的起算日期，但在确定这一日期方面可能有一些困难，许多法律制度需要索赔人在利息起计之前要求付款。⁴⁰⁴ 无论如何，是否及时要求付款在决定是否允许判给利息方面十分重要。至于延期支付(裁决后)的利息，有些案件允许一个支付的宽缓期(从 6 周至 3 个月)，利息才开始计算，另一些案件则不允许。伊朗——美国索赔法庭的意见很有见地，认为如果有关方面不能解决，此类问题必须留待“[单个法庭]在确定每一特定案件中行使自行裁量权”解决。⁴⁰⁵ 另一方面，目前各种决定和做法杂乱无章的状况表明，作出一种推定，除非有关各方另有协议或有具体考虑指出其他方式，则适用这种推定，这种办法可能是有用的。

(c) 一项关于利息的规定？

213. 特别报告员同意下列批评，即目前拟定的第 44 条第 2 款在补偿性利息方面并未反映当前的国际法。原则上，受害国有权就代表其损失的本金数额获得利息，如果定量确定这一数额的日期早于索赔解决、或判决或裁定的日期，并在

⁴⁰⁴ 在俄罗斯赔偿案中，正式要求的日期被常设仲裁法院作为有关日期，《国际仲裁裁决书汇编》，第 11 卷，第 421-442 页(1912)，比照欧洲国内法制度的一般立场。

⁴⁰⁵ (1987) 16, 伊朗——美国仲裁法庭报告 285, 第 290 页；上文第 202 段。

确保充分赔偿所必须的范围之内。⁴⁰⁶ 这种权利尽管是赔偿的一个方面，但实际上是作为损害赔偿的一个单独要素处理，仅此一点就表明，这一问题应在第二章中作为一个单独的条款反映。该条不应当限于就有关利润损失判给的金额(阿兰焦—鲁伊斯先生的提议显然限于这一数额)。但是，就目前的权威学说来看，建议有任何获得复利的权利则太过了。评注应当指出，在特殊情况下，在提供充分赔偿所必要的程度范围内，可以判给复利。评注还应当澄清，提议的条款仅涉及补偿性利息。法院或法庭判给延期偿付(判决后)利息的权利最好被视为其程序问题，因此是在本条款草案的范围之外。

214. 因此，特别报告员提议下列第 45 条之二：

利 息

1. 在为确定充分赔偿必要之时，也应支付根据本条款草案任何应付本金的利息。利率和计算方法应为取得这一结果之最合适的利率和方法。
2. 除非另外商定或决定，利息从本应支付赔偿之时起计，至履行了赔偿义务之时止。

6. 减轻责任

215. 从责任范围问题转到减轻责任问题，出现了两个问题。一个问题——一读通过的第 42 条第(2)款所涉的问题——涉及援引责任规定的国家本身实际上在有关损失中有份的案件。第二个问题涉及援引责任规定的国家未能采取合理可用的措施以减轻损失，尽管有关损失可归因于责任国。

⁴⁰⁶ 因此，若损失在判决之日按现值估价，则不允许判给利息。见灯塔案仲裁，(1950)，23, I.L.R. 第 659-676 页。

(a) 共同过错

216. 现在的第 42 条第 2 款涉及共同过错和减轻问题。⁴⁰⁷ 将其作为第一章中的一条一般原则与第 42 条第 1 款放在一起是不恰当的，但是作为第二章赔偿形式的一种限定，这一问题确实需要处理。

217. 第 42 条第 2 款规定如下：

“2. 在确定赔偿时，应该考虑到：

(a) 受害国；或

(b) 以其名义提出索赔的该国国民的；

起到损害作用的过失、或故意的行为或不行为。”

218. 现在的第 42 条第 2 款最初是由阿兰焦-鲁伊斯先生在等值赔偿、即补偿的范围内提出的。他的备选办法之一载有一条规定，在共同原因“可能包括受害国的共同过失”的案件中允许减少赔偿。⁴⁰⁸ 起草委员会拒绝了他的共同原因理论，但保留了有关共同过错的具体规定，理由是在确定赔偿义务的形式和范围时考虑到这一点是公平的。⁴⁰⁹

219. 对第 42 条第 2 款的评注指出，共同过错“在理论和实践中都被普遍承认为对赔偿的确定十分重要”。⁴¹⁰ 在补偿的情况下尤其如此，但它对其他的赔偿形式、甚至可能对各种形式之间的选择也很重要。⁴¹¹ 评注指出，“起到损害作用

⁴⁰⁷ 文献中没有多少关于这一问题的讨论，但可见 D.J. Bederman, “共同过错和国家责任”，《弗吉利亚国际法期刊》，第 30 卷，1990，第 335-369 页；J. Salmon, “La Place de la Faute de la victime dans le droit de la responsabilite internationale”，《编纂时期的国际法 纪念罗伯托·阿戈散文集》(Giurrr, 米兰，1987)，第 3 卷，第 371-397 页。

⁴⁰⁸ 见阿兰焦-鲁伊斯，第二次报告(1989)，第 56 页，关于其讨论，见同上，第 15-16 页。

⁴⁰⁹ 见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 217 页(第 20-26 段)。

⁴¹⁰ 第 42 条评注，第 7 段，参考法律权威意见；案文见《1993 年……年鉴》，第二卷(第 2 部分)，第 59 页。

⁴¹¹ 同上。

的过失、或故意的行为或不行为”一语取自《空间实体造成损失的国际责任公约》第六条第(1)款。⁴¹²

220. 对第 42 条第 2 款作出具体评论的各国政府⁴¹³ 并未明确要求删除该条，但普遍对这一规定的起草及其背后的概念表示关注。联合王国同意第 42 条第 2 款考虑的因素“本身没有争论性”，然而，却很难理解为什么专门特别提到过失和故意的不法行为；诸如“受到违犯的规则的的性质和意图保护的利益的性质”等其他因素也同样值得特别指出。鉴于该条适用于赔偿，而不仅仅适用于补偿，联合王国政府“担心这项表面上是共同过失原则的条文企图将实质上是国际法的特殊实质规则一方面的问题作为一项国家责任一般原则处理”。⁴¹⁴ 美国还对第 42 条第 2 款的意图提出疑问。它认为，不清楚该款是否体现了“一个共同过失概念——如以习惯法处理，这可能完全抵消了不法行为者的责任，还是预见到在某种程度上会局部偏离‘充分赔偿’标准”。⁴¹⁵ 对美国而言，前一项概念是不能接受的。关于采用一种“比较过失原则”，美国认为它会在条款草案中引入一个关于国家责任的国际法中未予确立的、却“可能会被不法行为滥用”的不确切的观念。⁴¹⁶ 同时，该国政府“体会到受害国或国民对其损害赔偿程度负有一定责任的情节，所引起的种种困难”⁴¹⁷，应承认“比照合同法规则”，受害国“在某些情况下可

⁴¹² 同上。关于 1972 年 3 月 29 日的公约，见《联合国条约集》，第 961 卷，第 188 页。根据第六条第(1)款，“发射国若证明，全部或部分是因为要求赔偿国，或其所代表的自然人或法人的重大疏忽，或因为它(他)采取行动或不采取行动蓄意造成损害时，该发射国对损害的绝对责任，应依证明的程度予以免除”除了举证责任之外，这是一条比第 42 条第 2 款更加严格的免除标准，尽管是在一个极端危险活动的严格赔偿制度范围之内。

⁴¹³ 各国政府关于第 42 条的评论摘要，见上文第 22 段。

⁴¹⁴ A/CN.4/488, 第 92 页。

⁴¹⁵ 同上，第 93 页。

⁴¹⁶ 同上，第 93 页。参见 A/CN.4/496, 第 19 页，第 125 段和日本的评论，日本认为，第 42 条第 2 款应明确规定，“不法行为国作出充分补偿的义务，并不因为……起到损害作用的行为而自动免除”(A/CN.4/492, 第 14 页)。

⁴¹⁷ A/CN.4/488, 第 105 页(斜体为原文所有)。

能有义务要减少其损害赔偿额”。⁴¹⁸ 法国建议，第 42 条第 2 款应当限于外交保护案，因此案文应为“实施外交保护国家的国民”。⁴¹⁹

221. 也许要承认，第 42 条第 2 款中有一些逐渐发展的要素，特别是在国家对国家的义务方面(不同于外交保护)。另一方面，在评估应作赔偿的形式和程度时考虑到受害国的行为是合理的，在实践中这一点也以各种方式予以了考虑。特别报告员提议，将这一段作为一个处理减轻责任的单独条款予以保留。这一标题将有助于减轻一国政府表示的担心：因受害者的行为而可能完全否定肇事者的责任。出现这种情形的唯一情况将是有关损失完全无法归因于责任国的行为，而是完全由于“受害者”或第三方的干涉行为所致的情况。这种情况有可能出现，但这种情况包括在直接原因的一般要求、而非本规定之内。

(b) 减轻损害

222. 已经简短讨论过的一个相关问题⁴²⁰ 是所谓受害国减轻损害的责任问题。正如国际法院在有关 the *Gabcikovo-Nagymaros* 项目案中所指出，这不是一项独立的义务，而是对受害国有可能索赔的损害赔偿的限制。⁴²¹ 尽管与“共同过失”或“比较过错”概念相关，它在逻辑上依然是一个独特的概念：并非受害方助成了损害，而是没有采取本可减轻损害的合理可用的措施。特别是鉴于有关将赔偿负担限于一个合理程度的关注，⁴²² 这样一个原则也应当列入提议的条款。

7. 关于第二部分第二章的结论概要

223. 因此，第二部分第二章应拟定如下。

⁴¹⁸ 同上(注 70)。

⁴¹⁹ 同上，第 103 页。

⁴²⁰ 上文第 30 段。

⁴²¹ 《国际法院报告书》，1997，第 7-55 页(第 80 段)，上文第 30 段引证。

⁴²² 见上文第 161 段。

第二章 赔偿的形式

第 43 条

恢复原状

实行了国际不法行为的国家有义务恢复原状，即恢复实行不法行为以前所存在的状况，但这种恢复原状具有以下条件和限制：

- (a) 并非实际做不到的，……
- (c) 受害国从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益不至与所引起的负担完全不成比例。

第 44 条

补 偿

实行了国际不法行为的国家有义务补偿由此造成的任何经济上可以评估的损害，如果此种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿。

第 45 条

满 足

1. 实行了国际不法行为的国家必须就该行为造成的任何非物质损害提供满足。

2. 首先，满足应当采取承认违反事项的形式，并酌情辅之以表示遗憾或正式道欠。

3. 此外，如果情况需要，满足可采取适当的额外形式以确保充分赔偿，除其他外包括：

- [(a) 名义赔偿金；]
- (b) 反映侵犯之严重性的赔偿金；
- (c) 在有关违犯事项由官员严重渎职或任何人的犯罪行为引起的情况下，对责任人处以纪律处分或刑事处罚。

4. 满足必须与有关伤害成比例，不应采取羞辱责任国的形式。

第 45 条之二

利 息

1. 在为确保充分赔偿必要之时，也应支付根据本条款草案任何应付本金的利息。利率和计算方法应为取得这一结果之最适合的利率和方法。

2. 除非另外商定或决定，利息从本应支付赔偿之时起计，至履行了赔偿义务之时止。

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、个人或实体助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。

-- -- -- -- --