

国际法委员会报告

第五十三届会议

(2001年4月23日至6月1日和
7月2日至8月10日)

大会

正式记录：第五十六届会议

补编第10号(A/56/10)



联合国，2001年，纽约

说 明

联合国文件都用大写英文字母附加编号.凡是提到这种编号,就是指联合国的某一个文件。

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

委员会报告的排版本将载入《2001年国际法年鉴》第二卷第二部分。

目 录

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
一、导 言.....	1 - 10	1
A. 成 员.....	2	1
B. 主席团成员和扩大的主席团.....	3 - 5	2
C. 起草委员会.....	6 - 7	3
D. 工 作 组.....	8	3
(a) 国家责任.....	8	3
(b) 外交保护.....	8	4
(c) 国家的单方面行为.....	8	4
E. 秘书处.....	9	4
F. 议 程.....	10	4
二、委员会第五十三届会议工作概况.....	11 - 18	5
三、委员会特别想听取意见的具体问题.....	19 - 29	7
A. 对条约的保留.....	20 - 26	7
B. 外交保护.....	27 - 28	9
C. 国家的单方面行为.....	29	9
四、国家责任.....	30 - 77	10
A. 导 言.....	30 - 40	10
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	41 - 71	13
1. 主要未决问题辩论概况.....	45 - 67	14
(a) 严重违背对整个国际社会的义务.....	45 - 49	14
(b) 反措施(第二部分之二第二章, 载于 A/CN.4/L.600*号文件).....	50 - 55	15
(c) 关于解决争端的规定(第三部分).....	56 - 60	17
(d) 条款草案的形式.....	61 - 67	17
2. 改变专题的标题.....	68	20
3. 通过条款草案和评注.....	69 - 71	20
C. 委员会的建议.....	72 - 73	21
D. 赞扬特别报告员詹姆斯·克劳福德先生.....	74 - 75	21
E. 国家对国际不法行为的责任条款草案案文.....	76	21
1. 条款草案案文.....	76	21
2. 条款草案案文及其评注.....	77	40

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
国家对国际不法行为的责任		40
第一部分		43
一国的国际不法行为		43
第一章 一般原则		43
第1条 一国对其国际不法行为的责任		43
评 注		43
第2条 一国国际不法行为的要素		48
评 注		48
第3条 把一国的行为定性为国际不法行为		53
评 注		53
第二章 把行为归于一国		58
第4条 国家机关的行为		61
评 注		61
第5条 行使政府权力要素的个人或实体的行为		68
评 注		68
第6条 由另一国交由一国支配的机关的行为		71
评 注		71
第7条 逾越权限或违背指示		74
评 注		74
第8条 受到国家指挥或控制的行为		78
评 注		78
第9条 正式当局不存在或缺席时实施的行为		82
评 注		82
第10条 叛乱运动或其他运动的行为		84
评 注		84
第11条 经一国确认并当作其本身行为的行为		89
评 注		89
第三章 违背国际义务		92
第12条 违背国际义务行为的发生		93
评 注		94

目 录(续)

<u>章 次</u>		<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第13条	对一国为有效的国际义务		100
	评 注		100
第14条	违背义务行为在时间上的延续		104
	评 注		105
第15条	一复合行为违背义务		111
	评 注		111
第四章	一国对另一国行为的责任		115
第16条	援助或协助实施一国际不法行为		118
	评 注		118
第17条	指挥或控制一国际不法行为的实施		122
	评 注		123
第18条	胁迫另一国		126
	评 注		126
第19条	本章的效力		128
	评 注		129
第五章	解除行为不法性的情况		129
第20条	同 意		133
	评 注		134
第21条	自 卫		137
	评 注		137
第22条	对一国际不法行为采取的反措施		139
	评 注		139
第23条	不可抗力		142
	评 注		142
第24条	危难		147
	评 注		147
第25条	危急情况		151
	评 注		152

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第26条 遵守强制性规范		162
评 注		162
第27条 援引解除行为不法性的情况的后果		165
评 注		165
第二部分		167
一国国际责任的内容		167
第一章 一般原则		168
第28条 国际不法行为的法律后果		168
评 注		168
第29条 继续有责任履行		169
评 注		169
第30条 停止和不重复		171
评 注		171
第31条 赔偿		176
评 注		176
第32条 与国内法无关		183
评 注		184
第33条 本部分所载国际义务的范围		185
评 注		185
第二章 赔偿损害		186
第34条 赔偿方式		187
评 注		187
第35条 恢复原状		189
评 注		189
第36条 补偿		193
评 注		194
第37条 抵偿		209
评 注		209

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第38条 利 息.....		214
评 注		214
第39条 促成损害		219
评 注		219
第三章 严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务...		221
第40条 本章的适用		224
评 注		225
第41条 严重违背依本章承担的一项义务的特定 后果.....		228
评 注		229
第三部分.....		233
一国的国际责任的履行		233
第一章 一国责任的援引		233
第42条 一受害国援引责任		235
评 注		235
第43条 一受害国通知其要求		240
评 注		241
第44条 可否提出要求.....		243
评 注		243
第45条 援引责任权利的丧失		245
评 注		245
第46条 数个受害国		249
评 注		249
第47条 数个责任国		251
评 注		251
第48条 一受害国以外的一国援引责任.....		255
评 注		255

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
第二章 反措施		259
第49条 反措施的目的和限制		263
评 注		263
第50条 不受反措施影响的义务		267
评 注		267
第51条 相 称		273
评 注		273
第52条 与采取反措施有关的条件		276
评 注		276
第53条 终止反措施		279
评 注		279
第54条 受害国以外的国家采取的反措施		280
评 注		280
第四部分		285
一般规定		285
第55条 特别法		285
评 注		285
第56条 本条款中没有明文规定的国家责任 问题		288
评 注		288
第57条 国际组织的责任		289
评 注		289
第58条 个人的责任		291
评 注		291
第59条 联合国宪章		293
评 注		293

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
五、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任(预防危险活动造成的越境损害)	78 - 98	294
A. 导 言	78 - 90	294
B. 本届会议审议这个专题的情况	91 - 93	297
C. 委员会的建议	94	297
D. 向特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥 先生致敬	95 - 96	297
E. 关于预防危险活动的越境损害的条款草案案文	97	298
1. 条款草案案文	97	298
2. 条款草案案文及其评注	98	305
预防危险活动的越境损害		305
一般性评注		305
序 言		307
评 注		308
第1条 范 围		308
评 注		308
第2条 用 语		313
评 注		313
第3条 预 防		316
评 注		316
第4条 合 作		321
评 注		321
第5条 履 行		323
评 注		323
第6条 核 准		324
评 注		324
第7条 危险的评估		326
评 注		326
第8条 通知和资料		329
评 注		329

目 录(续)

<u>章 次</u>		<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
	第9条 关于预防措施的协商		331
	评 注		332
	第10条 公平利益均衡所涉及的因素		334
	评 注		335
	第11条 没有通知时的程序		339
	评 注		339
	第12条 交换资料		341
	评 注		341
	第13条 向民众提供资料		342
	评 注		342
	第14条 国家安全和工业机密		345
	评 注		345
	第15条 不歧视		346
	评 注		346
	第16条 紧急备灾		348
	评 注		348
	第17条 通知紧急情况		350
	评 注		350
	第18条 同其他国际法规则的关系		351
	评 注		351
	第19条 争端的解决		352
	评 注		352
六、对条约的保留		99 - 157	354
A. 导言		99 - 111	354
B. 本届会议审议这个专题的情况		112 - 155	356
1. 第五次报告的第二部分		112 - 115	356
2. 第六次报告		116 - 117	357
(a) 特别报告员介绍他的第六次报告		118 - 133	357
(b) 辩论情况摘要		134 - 155	364

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
C. 到目前为止委员会临时通过对条约的保留之准则草案案文.....	156	367
1. 准则草案案文	156	367
2. 国际法委员会第五十三届会议通过的准则草案及评注	157	376
2.2 对签署时提具的保留的确认		376
2.2.1 正式确认在签署条约时提具的保留		376
评注		377
2.2.2[2.2.3] 在签署条约时提具的保留无须予以确认的情况.....		383
评注		383
2.2.3[2.2.4] 条约明文规定可在签署时提具的保留.....		384
评注		384
2.3 过时提具保留		386
2.3.1 过时提具保留		387
评注		387
2.3.2 接受过时提具保留		396
评注		397
2.3.3 反对过时提具保留		399
评注		400
2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力.....		401
评注		401
2.4.3 可以提具解释性声明的时刻		404
评注		404
2.4.4[2.4.5] 无须确认在签署条约时提具的解释性声明		406
评注		406

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2.4.5[2.4.4] 正式确认在签署条约时 提具有条件解释性声明		407
评注		407
2.4.6[2.4.7] 过时提具解释性声明		408
评注		408
2.4.7[2.4.8] 过时提具有条件解释性 声明		410
评注		410
七、外交保护	158 - 207	411
A. 导言	158 - 163	411
B. 本届会议审议这个专题的情况	164 - 207	412
1. 第9条	167 - 184	413
(a) 特别报告员的介绍	167 - 170	413
(b) 辩论概况	171 - 183	414
(c) 特别报告员的总结	184	417
2. 第10条	185 - 199	418
(a) 特别报告员的介绍	185 - 188	418
(b) 辩论概况	189 - 195	419
(c) 特别报告员的总结	196 - 199	420
3. 第11条	200 - 207	421
(a) 特别报告员的介绍	200 - 201	421
(b) 辩论概况	202 - 206	422
(c) 特别报告员的总结	207	423
八、国家的单方面行为	208 - 254	424
A. 导言	208 - 217	424
B. 本届会议审议本专题的情况	218 - 254	425
1. 特别报告员介绍其第四次报告	220 - 229	425
2. 辩论情况摘要	230 - 248	427
3. 特别报告员的结束语	249 - 253	430
4. 工作组	254	431

目 录(续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
九、委员会的其他决定和结论	255 - 281	432
A. 委员会的方案、程序和工作方法及委员会的文件....	255 - 260	432
B. 第五十四届会议的日期和地点	261	433
C. 与其他机构的合作	262 - 266	433
D. 出席大会第五十六届会议的代表.....	267 - 268	433
E. 国际法讲习会	269 - 281	434



第一章

导言

1. 国际法委员会于2001年4月23日至6月1日和7月2日至8月10日在联合国日内瓦办事处的会址举行了第五十三届会议第一和第二期会议。

A. 成 员

2. 委员会由下列委员组成：

- 埃曼努尔·阿克韦·阿多先生(加纳)
- 侯赛因·巴哈纳先生(巴林)
- 若奥·克莱门特·巴埃纳·苏亚雷斯先生(巴西)
- 伊恩·布朗利先生(联合王国)
- 恩里克·坎迪奥蒂先生(阿根廷)
- 詹姆斯·理查德·克劳福德先生(澳大利亚)
- 克里斯托弗·约翰·罗伯特·杜加尔德先生(南非)
- 康斯坦丁·伊科诺米季斯先生(希腊)
- 纳比勒·埃拉拉比先生(埃及)
- 乔治·加亚先生(意大利)
- 兹齐斯拉夫·加利茨基先生(波兰)
- 劳尔·伊卢斯特雷·戈科先生(菲律宾)
- 格哈德·哈夫纳先生(奥地利)
- 贺其治先生(中国)
- 毛里西奥·埃多西亚·萨卡萨先生(尼加拉瓜)
- 卡米勒·伊德里斯先生(苏丹)
- 豪尔赫·伊留埃卡先生(巴拿马)
- 彼得·卡巴齐先生(乌干达)
- 莫里斯·坎托先生(喀麦隆)
- 詹姆斯·卢塔班齐布瓦·卡特卡先生(坦桑尼亚联合共和国)
- 莫克塔尔·库苏马-阿特马贾先生(印度尼西亚)
- 伊戈尔·伊万诺维奇·卢卡舒克先生(俄罗斯联邦)
- 特奥多尔·维奥雷尔·梅莱斯卡努先生(罗马尼亚)

贾姆奇德·莫姆塔兹先生(伊朗伊斯兰共和国)
迪迪耶·奥佩蒂-巴丹先生(乌拉圭)
纪尧姆·庞布-齐文达先生(加蓬)
阿兰·佩莱先生(法国)
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度)
维克托·罗德里格斯·塞德尼奥先生(委内瑞拉)
罗伯特·罗森斯托克先生(美国)
贝尔纳多·塞普尔维达先生(墨西哥)
布鲁诺·辛马先生(德国)
彼得·托姆卡先生(斯洛伐克)
山田中正先生(日本)

B. 主席团成员和扩大的主席团

3. 委员会 2001 年 4 月 23 日第 2665 次会议选出下列主席团成员：

主 席： 彼得·卡巴齐先生
第一副主席： 格哈德·哈夫纳先生
第二副主席： 恩里克·坎迪奥蒂先生
起草委员会主席： 彼得·托姆卡先生
报告员： 贺其治先生

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

5. 根据扩大的主席团建议，委员会设立了由下列委员组成的规划小组：格哈德·哈夫纳先生(主席)、阿多先生、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、伊德里斯先生、加利茨基先生、坎托先生、库苏马-阿特马贾先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、山田中正先生、贺其治先生(当然成员)。

¹ 巴埃纳·苏亚雷斯先生、加利茨基先生、佩莱先生、拉奥先生和山田先生。

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

C. 起草委员会

6. 委员会分别于 2001 年 4 月 24 日、4 月 27 日和 5 月 23 日第 2666、2669 和 2679 次会议就下列专题设立了由下列委员组成的起草委员会：

- (a) 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的越境损害)：彼得·托姆卡先生(主席)、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(特别报告员)、巴埃纳·苏亚雷斯先生、布朗利先生、加利茨基先生、加亚先生、哈夫纳先生、埃多西亚·萨卡萨先生、卡特卡先生、梅莱斯卡努先生、奥佩蒂—巴丹先生、罗德里格斯—塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、山田中正先生和贺其治先生(当然成员)。
- (b) 国家责任：托姆卡先生(主席)、克劳福德先生(特别报告员)、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、加利茨基先生、卢卡舒克先生、莫姆塔兹先生、庞布—齐文达先生、佩莱先生、罗森斯托克先生、辛马先生、山田中正先生和贺其治先生(当然成员)。
- (c) 对条约的保留：托姆卡先生(主席)、佩莱先生(特别报告员)、巴哈纳先生、坎迪奥蒂先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、哈夫纳先生、坎托先生、梅莱斯卡努先生、罗德里格斯—塞德尼奥先生、罗森斯托克先生、辛马先生和贺其治先生(当然成员)。

7. 起草委员会就上列三个专题，一共举行了 34 次会议。

D. 工作组

8. 委员会分别于 2001 年 5 月 4 日第 2673 次会议、7 月 12 日第 2688 次会议和 7 月 25 日第 2695 次会议设立了由下列委员组成的工作组：

(a) 国家责任：

- 评注：梅莱斯卡努先生(主席)、布朗利先生、坎迪奥蒂先生、克劳福德先生、杜加尔德先生、伊科诺米季斯先生、加亚先生、莫姆塔兹先生、庞布—齐文达先生、赛普尔维达先生、托姆卡先生和贺其治先生(当然成员)。

- 未决问题：由特别报告员主持不限成员名额的非正式磋商。
- (b) 外交保护：由特别报告员杜加尔德先生主持不限成员名额的非正式磋商。
- (c) 国家的单方面行为：由特别报告员罗德里格斯—塞德尼奥先生主持不限成员名额的工作组。

E. 秘书处

9. 负责法律事务的副秘书长、法律顾问、汉斯·科雷尔先生宣布会议开幕并担任秘书长的代表；法律事务厅编纂司司长瓦茨拉夫·米库尔卡先生担任委员会秘书并在法律顾问缺席时担任秘书长的代表；编纂司副司长马努什·阿桑贾尼女士担任委员会副秘书；法律干事乔治·科伦济斯先生、雷南·维拉西斯先生和协理法律干事阿诺德·普龙托先生及露丝·卡拉斯奇女士担任委员会助理秘书。

F. 议 程

10. 委员会 2001 年 4 月 23 日第 2665 次会议通过了第五十三届会议议程，其项目如下：

1. 本届会议的工作安排。
2. 国家责任。
3. 外交保护。
4. 国家的单方面行为。
5. 对条约的保留。
6. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的越境损害)。
7. 委员会的方案、程序、工作方法和文件。
8. 同其他机构的合作。
9. 第五十四届会议的日期和地点。
10. 其他事项。

第二章

委员会第五十三届会议工作概况

11. 关于“国家责任”专题，委员会审议了特别报告员的第四次报告³。委员会也完成了对该专题的二读(第四章)。委员会根据其《章程》第 23 条决定建议大会在了一项决议中注意到《国家对国际不法行为的责任条款草案》并将该《条款草案》列为该决议的附件。委员会还决定建议大会鉴于该专题的重要性考虑能否于稍后阶段召开一次全权代表会议，审查《国家对国际不法行为的责任条款草案》，以期通过一项关于这个专题的公约。

12. 关于“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任(预防危险活动的越境损害)”专题，委员会完成了对这一专题的二读(第五章)。委员会根据其《章程》第 23 条决定建议大会以《预防危险活动的越境损害条款草案》为基础拟订一项《公约》。

13. 关于“对条约的保留”专题，委员会审议了特别报告员第五次报告⁴中去年未审部分及其第六次报告。⁵ 委员会通过了关于提具保留和解释性声明的 12 项准则草案。委员会还向起草委员会提交了关于保留和解释性声明的形式和通知的 13 项准则草案(第六章)。

14. 关于“外交保护”专题，委员会审议了特别报告员第一次报告⁶中去年未审的关于持续国籍和权利要求可转让性问题的部分及其关于用尽当地补救措施问题的第二次报告。⁷ 委员会向起草委员会提交了关于持续性国籍及权利要求可转让性和用尽当地补救措施的第 9 条、第 10 条和第 11 条草案。委员会还设立了一个不限成员名额的非正式磋商会议，来审议持续国籍和权利要求可转让性问题(第七章)。

³ A/CN.4/517 和 Add.1。

⁴ A/CN.4/508/Add.3 和 4。

⁵ A/CN.4/518 和 Add.1-3。

⁶ A/CN.4/506/Add.1。

⁷ A/CN.4/514 和 Corr.1。

15. 关于“国家的单方面行为”专题，委员会审查了特别报告员的第四次报告。⁸ 特别报告员提出了关于单方面行为解释规则的(a)和(b)条草案。委员会审议了这一专题工作组主席罗德里格斯-塞德尼奥先生的口头报告，支持请各国就单方面行为的做法提供进一步资料的提议(第八章)。

16. 委员会继续与国际法院、亚非法律协商组织、泛美司法委员会和欧洲理事会国际公法法律顾问委员会进行传统的资料交流(第九章，C节)。

17. 由联合国日内瓦办事处举办了一次讲习会，有24名不同国籍的学员参加研习，委员会的一些委员到讲习会授课(第九章，E节)。

18. 委员会决定，下一届会议将于2002年5月6日至6月7日和7月8日至8月9日分两期在联合国日内瓦办事处举行。

⁸ A/CN.4/519。

第三章

委员会特别想听取意见的具体问题

19. 委员会响应大会 2000 年 12 月 12 日第 55/152 号决议第 14 段，乐意指明委员会特别希望各国政府就下列每一专题中的具体问题在第六委员会中，或者以书面形式，提出有效指导委员会今后工作的意见。

A. 对条约的保留

(a) 有条件的解释性声明

20. 1997 年，委员会决定将对解释性声明的研究纳入其关于对条约的保留的专题工作之中。⁹ 1999 年，委员会在“单纯的”解释性声明和有条件的解释性声明两者之间作出了区分，后者的定义载于准则草案 1.2.1。¹⁰ 委员会在进行其工作的过程中认为，后一种声明应与保留本身一样比照遵守同样的法律制度。如果分别在保留和有条件的解释性声明的作用方面的这种同化得到确认，委员会将考虑能否不将具体涉及有条件的解释性声明的准则草案列入其《实践指南》草案之中。

21. 委员会特别想收到各国对这方面的评论，欢迎提供有关国家和国际组织在有条件的解释性声明的提具和作用方面所采用的做法的任何资料。

(b) 过时提具的保留

22. 在本届会议通过的准则草案方面，¹¹ 委员会想收到各国政府对准则草案

⁹ 《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 113-115 段。

¹⁰ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 178 页。

¹¹ 见上述文件第六章。

2.3.1 “过时提具的保留”¹² 提出的更加具体的评论。

23. 这一准则采用的措辞使人们认识到，虽然偏离了载于1969年《维也纳条约法公约》第2条(d)款中并且转录在准则草案1.1¹³ 中的关于保留的实际定义，但鉴于保存人尤其是联合国秘书长采用的做法，这依然应属例外。¹⁴ 但委员会一些成员认为，将这一准则列入《实践指南》的做法通常会助长过时提具保留。委员会乐意听取各国政府对这一问题的意见。

24. 此外，在这一准则草案方面，委员会也希望各国对使用“反对”一词是否恰当一事表示意见，该词不属于1969年《维也纳条约法公约》第20条所述的一国声明反对一项保留内容的含义范围，而是对过时提具该保留表示异议。¹⁵

(c) 保存人的作用

25. 对条约的保留问题特别报告员在其第六次报告中用了一部分篇幅¹⁶ 阐述保存人在通知保留方面的作用。他建议对1969年《维也纳公约》第77和第78条的规定作出修改以适应保留的具体情况，然后将其转录于《实践指南》之中。但产生的问题是，保存人是否有权拒绝将显然不可接受的一项保留通知有关国家或国际组织，尤其是能否在条约禁止此种保留的情况下这样做。

26. 委员会希望在通过这方面的准则草案之前听取各国对于这一点的意见。

¹² “除非条约另有规定，一国或一国际组织不得在表示同意受条约拘束后提具保留，除非其他缔约方不反对过时提具保留。”

¹³ 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第10号》(A/53/10)，pp. 196-199。

¹⁴ 联合国法律顾问的信，LA 41TR/221(23-1)。

¹⁵ 有人提议以诸如“拒绝”或“表示异议”等词作为可能的替代。

¹⁶ A/CN.4/518/Add.2，第156-170段。

B. 外交保护

27. 委员会欢迎评论持续国籍规则的例外规定，包括适用这些例外规定的条件。具体而言，委员会欢迎针对因国家继承或婚姻或收养而引起非自愿变更国籍的情况，评论这一规则的例外规定。

28. 委员会也欢迎评论与对法人实行外交保护有关的下列问题：

- (a) 在实践中，如果某一公司在一国注册/组建，该国是否可对该公司(无论其股东国籍为何)实行外交保护？国家是否需要在公司的大多数或主要股东拥有保护国国籍的情况下才实行外交保护？
- (b) 股东国籍国可否由于在另一国注册/组建的公司因该国的行为受损害而对股东实行外交保护？

C. 国家的单方面行为

29. 委员会提请注意特别报告员编制的准备发给各国政府的问题单。委员会鼓励各国政府尽快对该问题单提出答复。

第四章

国家责任

A. 导言

30. 委员会 1949 年第一届会议选定国家责任为其认为适合编纂的一个专题。大会 1953 年 12 月 7 日第 799(VIII)号决议要求委员会一俟认为时机成熟，即着手编纂有关国家责任的国际法原则。因此，委员会 1955 年第七届会议决定开始对国家责任进行研究，并指定加西亚·阿马多先生担任该专题特别报告员。自 1956 年至 1961 年，特别报告员连续向委员会的六届会议提交六份报告，全面论述对外国人人身及其财产造成损害的责任问题。¹⁷

31. 委员会 1962 年第十四届会议设立了一个小组委员会，其任务是编写一份初步报告，载列有关今后研究工作范围和方法的建议。¹⁸

32. 委员会于 1963 年第十五届会议以一致意见核可小组委员会的报告，并指定罗伯特·阿戈先生担任该专题特别报告员。

¹⁷ 特别报告员的六份报告见：《1956年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/96号文件，pp.173-231；《1957年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/106号，pp.104-130；《1958年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/111号文件，pp.47-73；《1959年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/119号文件，pp.1-36；《1960年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/125号文件，pp.41-68；和《1961年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/134号文件，pp.1-54。

¹⁸ 同上，p.229起各页。

33. 委员会自1969年第二十一届会议至1979年第三十一届会议收到特别报告员的八份报告。¹⁹ 委员会1975年第二十七届会议通过了关于“国家责任”专题条款草案的大纲，设想条款草案的结构如下：第一部分涉及国际责任的起源；第二部分涉及国家责任的内容、形式和程度；委员会可能决定列入的第三部分涉及争端的解决和国际责任的履行。²⁰

34. 委员会1980年第三十二届会议一读时通过有关“国际责任的起源”的条款草案第一部分。²¹

35. 由于阿戈先生当选为国际法院法官，委员会于1979年第三十一届会议任命威廉·里普哈根先生担任该专题特别报告员。委员会自1980年第三十二届会议至1986年第三十八届会议收到威廉·里普哈根先生提交的七份报告，²² 内容涉及该专题的第二和第三部分。

¹⁹ 特别报告员的八份报告见：

《1969年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/217和Add.1号文件，pp.125-156；

《1970年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/233号文件，pp.177-198；

《1971年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/246和Add.1-3号文件，p.199；

《1972年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/246和Add.1号文件，p.71；

《1976年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/291和Add.1和2号文件，p.3-55；

《1977年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/302和Add.1-3号文件；

《1978年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/318和Add.1-4号文件及1980年《国际法委员会年鉴》，A/CN.4/318和Add.5-7号文件。

²⁰ 《1975年国际法委员会年鉴》，第二卷，pp.55-59，A/10010/Rev.1号文件，第38至51段。

²¹ 《1980年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，pp.26-63，A/35/10号文件，第三章。

²² 特别报告员的八份报告见：《1988年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.6，A/CN.4/416号文件和Corr.1和2以及Add.1和Add.1/Corr.1和2；《1981年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.79，A/CN.4/334号文件；《1982年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.22，A/CN.4/354号文件；《1983年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.3，A/CN.4/366和Add.1号文件；《1984年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.1，A/CN.4/380号文件；《1985年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.3，A/CN.4/389号文件；及《1986年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.1，A/CN.4/397和Add.1号文件。

36. 委员会 1987 年第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生担任特别报告员，接替任期于 1986 年 12 月 31 日届满的威廉·里普哈根先生。委员会自 1988 年第四十届会议至 1996 年第四十八届会议收到加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生提交的八份报告。²³

37. 委员会 1996 年第四十八届会议完成了国家责任条款草案第二和第三部分的一读工作，决定根据其《章程》第 16 条和第 21 条，经由秘书长将委员会一读暂时通过的条款草案²⁴ 转交各国政府征求评论和意见，并要求在 1998 年 1 月 1 日之前将这些评论意见提交秘书长。

38. 委员会 1997 年第四十九届会议设立了国家责任问题工作组，处理有关该专题二读的事项。²⁵ 委员会还任命詹姆斯·克劳福德先生担任特别报告员。

39. 委员会从 1998 年的第五十届会议至 2000 年的第五十二届会议收到了特别

²³ 特别报告员的八份报告见：

《1988 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.6, A/CN.4/416 和 Add.1 号文件；

《1989 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.1, A/CN.4/425 和 Corr.1 和 Add.1 和 Add.1/Corr.1 号文件；

《1991 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.1, A/CN.4/440 和 Add.1 号文件；

1992 年国际法委员会年鉴，第二卷(第一部分)，p.1, A/CN.4/A/CN.4/444 和 Add.1 和 Corr.1 和 Add.2-3 号文件；

《1993 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)，p.1, A/CN.4/453 和 Add.1 和 Corr.1-3 和 Add.2-3 号文件；A/CN.4/461 和 Add.1-2 号和 Add.2 和 Add.2/Corr.1 和 Add.3 号文件；A/CN.4/469 和 Corr.1(只更正英文本)和 Add.1-2 号文件；A/CN.4/476 和 Corr.1(只更正英文本)和 Add.1 号文件。

²⁴ 委员会第四十八届会议工作报告，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 95 至 122 页。第 42 条第 3 款和第 47、第 48 和第 51 至第 53 条及其评注见同上，第 122 页起。

²⁵ 委员会根据工作组建议通过的二读审议该专题的指导方针，见同上，第 161 段。

报告员詹姆斯·克劳福德先生的三份报告。²⁶ 这几份报告介绍条款草案案文的审议情况，以参照各国政府的评论²⁷ 以及国家实践情况、司法裁决和文献进行二读。

40. 委员会 2000 年第五十二届会议注意到了起草委员会关于它对暂时通过的整个条款草案进行二读的报告(A/CN.4/L.600*)。²⁸ 委员会决定在 2001 年的第五十三届会议上完成对条款草案的二读，以便各国政府对 A/CN.4/L.600 号文件 * 所载的条款草案提出进一步评论。

B. 本届会议审议这个专题的情况

41. 委员会本届会议收到了各国政府对起草委员会在上届会议暂时通过的条款草案的评论和意见²⁹ 以及特别报告员詹姆斯·克劳福德先生的第四次报告。³⁰ 该报告根据各国政府提出的评论和意见处理了条款草案方面的主要问题。委员会分别在 2001 年 4 月 23、25 和 26 日以及 5 月 1 至 4 日和 8 日举行的第 2665、2667、2668 和 2670 至 2674 次会议上审议了该报告。辩论主要着重于条款草案方面的四个主要的未决问题，即：严重违背对整个国际社会的义务(第二部分，第三章)；反措施(第二部分之二，第二章)；关于争端解决的规定(第三部分)；条款草案的形式。

42. 委员会决定在 2001 年 5 月 3 日和 8 日的第 2672 和 2674 次会议上将条款草案提交起草委员会。

²⁶ A/CN.4/490 和 Add.1、Add.2、Add.2/Rev.1(法文本)和 Add.2/Corr.1(阿拉伯文、中文、英文、俄文和西班牙文本)和 Add.3、Add.4、Add.4/Corr.1、Add.5 和(法文本)、Add.2、Add.2/Corr.1-2、Add.3、Add.3/Corr.1 和 Add.4。

²⁷ A/CN.4/488 和 Add.1-3 和 A/CN.4/483； A/CN.4/492 和 A/CN.4/496； A/CN.4/504 和 Add.1。

²⁸ 委员会第五十二届会议工作报告，《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 101-119 页。

²⁹ A/CN.4/515 和 Corr.1(只更正阿拉伯文本)，Add.1-3。

³⁰ A/CN.4/517 和 Add.1。

43. 委员会还决定在 2001 年 5 月 4 日的第 2673 次会议上就这个专题设立两个工作组：一个不限成员名额工作组处理该专题的一些主要未决问题；另一个工作组审议对条款草案的评注。³¹

44. 根据讨论主要未决问题不限成员名额工作组的建议，委员会同意作为对它在二读通过条款草案方面一贯做法的一个例外，按专题的重要性的问题的复杂性列入对四个问题的辩论概况。主要未决问题不限成员名额工作组的建议载于下文第 49、55、60 和 67 段。

1. 主要未决问题辩论概况

(a) 严重违背对整个国际社会的义务(第二部分，第三章，载于 A/CN.4/L.600 号文件 *)

45. 对于第二部分第三章所载和特别报告员第四次报告所讨论的关于严重违约的规定，有各种不同的意见。

46. 有些委员赞成保留该章。他们认为，考虑到关于不提及原来的第 19 条中“国家的国际罪行”概念的决定，它能对案文作必要的平衡，因而对案文的全面平衡至关重要。此外，删除该章，就是倒退，削弱委员会从事的工作，并表明委员会在解决难题和有争议的问题方面没有能力找到办法。

47. 但是，赞成保留该章的许多委员认为，可通过各种修正案予以改进。尤其是，严重违背义务概念需要作进一步澄清；严重违背义务的后果必须更确切地界定和扩大，以便除其他事项外澄清各国援引一国因严重违约而承担责任的权力(所谓的“共同行动”)；必须进一步表明一种严重违约行为何时引起惩罚性赔偿或明示赔偿；尤其必须更清楚地界定这种赔偿，以区别于当前的国际法中尚缺的惩罚性损害赔偿；必须澄清和发展第 42 条第 2 款所载的合作和不得承认的义务；应该更加明确地规定，上述义务并未一一列举，也不相互排斥。

48. 另一些委员赞成删除该章，理由如下：它涉及初级规则；对严重违背义务行为与普通违背义务行为作出定性的区分，在现行国际法中没有根据，而且鉴于可

³¹ 评注工作组的组成，见上文第一章第 8 段。

能发生的违背义务范围广大，因此也不宜作为一项方针予以区分；条款中的有些内容问题很大，如严重违背义务行为的界定、加重的损失赔偿概念、所有国家必须履行的义务、允许各国采取的反措施等。他们认为，为避免影响“严重违背义务行为”方面的规则的发展，应在第四部分或别处列入一条“不影响”条款，而不是另列一章。

49. 应不限成员名额工作组的建议，委员会达成谅解，即保留该章，删除反映违背义务行为严重性的损害赔偿的第 42 条第 1 款。作为上述谅解的一部分，以前关于严重违背对整个国际社会承担的、对保护其基本利益至关重要的义务的提法主要涉及国际刑事法院在《巴塞罗那电车案》中所表示的援引问题，因此将代之以强制性规范类。使用这一类较为可取，因为它与次级义务的范围有关，而不属于援引这种义务。这样做的另一个好处是，到目前为止，强制性规范的概念已在《维也纳条约法公约》中得到了公认。新的案文不应处理无关紧要或次要的违反强制性规范的行为，而只处理严重违背强制性规范的行为。委员会还要求起草委员会进一步审议严重违背义务行为的后果方面的各种问题，以便予以简化，避免过于模糊不清的案文，并将适用范围缩小到适当地属于该章范围的情况。

(b) 反措施(第二部分之二第二章，载于 A/CN.4/L.600 *)

50. 对载于第二部分之二第二章并在特别报告员第四次报告中谈到的关于反措施的规定，也有不同意见。

51. 有些委员赞成保留该章，原因如下：反措施的存在不容否认，而且被承认为国际法的一部分，这正如国际法院在《加布奇科沃—大毛罗斯项目案》中所证实的那样；与解除不法性的其他情况不同的是，反措施在履行责任方面起决定性作用，因为反措施的目的是引导不法行为国不仅在停止，而且在赔偿方面履行它的义务；第 50 条至 53 条和第 55 条所载的反措施制度为避免滥用而在采取反措施方面规定了严格的准绳，在反措施方面规定了比模糊而不明确的习惯国际法规则更为明确的界线，它是一种脆弱平衡，其基本结构应予维护；将这些规定列入第 23 条，既不合逻辑，也不符合实际，因为它的目的和功能不同，添加进去的规定篇幅也较长。

52. 赞成保留该章的有些委员提出了各种修正案，他们认为，这样的修正能够在采取反措施的权利与制止误用反措施的必要性之间起平衡作用。这些建议有：强

化第 53 条中提到的争端解决；为解决反措施方面的争议规定了一个灵活迅速的争端解决机制。

53. 另一些委员认为应删除该章，理由如下：这些规定没有必要，而且在重要的方面没有反映法律状况或者反措施的作用逻辑。习惯法的反措施制度只发展了一部分，该章涉及的是没有明确界定的概念的几种方式。此外，这些规定在以下几个方面不能解决问题：它们未能处理反措施的多重目的，它们规定的程序条件太严格，不符合国际裁判规程和仲裁裁决。他们建议在删除该章的同时可以如若干国家的政府提议的那样强化和扩大第 23 条案文的范围。

54. 除了关于第二章的上述一般性问题外，对第 54 条规定的受害国以外的国家采取的反措施问题有不同意见。有一些委员支持这项规定，说它对处理第 41 条的严重违背义务行为是有用而且有必要的；它是严重违背义务行为的一种基本后果，如果没有这种后果，国家在处理这种违背义务行为方面将无能为力，它对草案的平衡是至关重要的。他们认为，这项规定至少是逐渐编纂国际法的一种合理形式；实际上，在有些方面至少得到国家实践的支持。另一些委员反对这项规定，理由如下：第 54 条没有作为法律或将来逐渐编纂的现有基础，因为各种实践不一致，也没有共同的法律见解；第 54 条有若干方面的缺陷，如为欺压小国规定了表面的合法性；创造了一种“自己动手的”制裁制度，威胁以《联合国宪章》为基础的安全制度；增加了一种解除“集体”反措施的不法性的新情况，而这种集体反措施与“普通”反措施无关，而且最后可能会扩大到使用武力。他们建议删除第 54 条，代之以一项保留条款。

55. 委员会根据不限成员名额工作组的建议达成谅解，认为不宜将反措施方面的全部条款或者大部分的条款塞进第 23 条，因为该条只处理问题的一个方面。要是这样做，会使第 23 条过分沉重，甚至会使它难以理解。作为谅解的一部分，第一部分第五章保留第 23 条。第三部分保留关于反措施的一章，而删除关于受害国以外的国家采取的反措施的第 54 条，代之以一项保留条款，使各方对这个问题的立场不受影响。此外，关于与本措施有关的条件的第 53 条将予重新审议，反措施与临时反措施之间的区别将予删除。该条应简化，使之大体上与仲裁法庭在《航空服务案》和国际法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中的裁决保持一致。关于不受反措施影响的义务的第 51 条和关于相称的第 52 条也将作必要的重新审议。

(c) 关于解决争端的规定(第三部分)

56. 一读通过的条款草案包括了关于争端解决的第三部分。³² 在大部分关于争端解决的规定方面有不同的意见。

57. 有些委员赞成将一般性的争端解决方面的规定列入，特别是如果委员会要建议拟订一项公约的话，因为该专题意义重大而且较复杂，案文涉及具体的条约规则所不适用的许多国际法重要问题；此外，将争端解决方面的规定列入，能提高法院和法庭通过它们的裁决编纂法律的能力。还有的委员认为，至少在反措施方面，因其易于受到滥用，必须要制定强制性的争端解决机制。

58. 另一些委员认为没有必要列入争端解决方面的规定。日益扩大的协约国际法的主要部分已经充分包括了争端解决方面的规定，其基础是《宪章》第三十三条所载示的原则。他们认为，鉴于国家责任的初级义务和次级义务与国家责任法是整个国际法结构的不可分割的一部分这一事实之间有着密切的联系，国家责任框架内关于解决争端的特殊机制可能会造成与现行争端解决机制的重叠，造成这种机制不成体系和大量增多。实际上，国家责任领域的强制性争端解决方面的一般性规定无异于颠倒《宪章》第三十三条的规则，这种举措是出乎预料的，即使是现在也还是令人觉得不切实际。

59. 还有一些委员认为，完全没有争端解决机制也是不合适的，他们建议象某国政府提议的那样列入类似于《联合国宪章》第三十三条的一般性争端解决规定。

60. 委员会按不限成员名额工作组的建议达成了谅解，即不列入争端解决机制方面的规定，而将提请注意委员会一读草案拟订的机制，将其作为国家责任方面争端解决的一种可资利用的手段；并将让大会考虑当它决定拟订一项公约时是否列入争端解决方面的规定和列入何种形式的争端解决方面的规定的问题。

(d) 条款草案的形式

61. 关于向大会提议的条款草案的最终形式的问题，委员们根据《国际法委员会章程》第 23 条对可资利用的各种形式是否适宜的问题发表了不同的意见，许多委

³² 关于解决争端条款的案文，见委员会第四十八届会议工作报告，《大会正式记录，第 51 届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 118 页至 125 页。

员支持列入一项公约，或者举行一次缔结公约的会议。但是另一些委员较赞成大会以决议的方式注意到或者通过报告。还有一种意见是，如同 1999 年在涉及国家继承的国籍条款草案方面提议的那样，委员会建议以宣言的形式通过条款草案。

62. 支持通过国际公约的委员主要认为，委员会的任务是陈述法律，这只能通过公约来做；委员会具有将它所有的主要草案作为国际公约通过的传统；对条款草案采取这种做法，能与《维也纳条约法公约》一起确保它们作为国际公法基本支柱之一的地位。此外，鉴于其重要性，责任制度所特有的义务和权利需要有一套规则，而这套规则只能设置在有约束力的权威性文书中。以条约的形式陈述国际法习惯规则，能使这些规则更有确定性，更可靠，约束力更大，从而使法律的重要篇章得以巩固。此外，若不以条约的形式编纂国家责任法，国际法律秩序中就会出现不平衡，而初级规则比次级规则的编纂更加全面所凭借的正是这种国际法律秩序。如果不批准，也许未必会产生“反向编纂”的问题。习惯规则编入一项公约，如果该公约得不到批准，其本身也不意味着这些规则不再享有这种地位。实际上，未得到批准的公约仍能发挥重要作用。他们指出，参加外交会议的所有国家都会平等地参与条约的拟订工作。1969 年《维也纳公约》花了超过 10 年的时间才生效，甚至到现在世界上才有不到一半的国家批准了该公约；这两种情况均没有对它陈述条约法的权威产生明显影响。认为国家有必要打破案文平衡的说法，意味着它们的行为违背自己的利益，实际情况是，国家在原则上以负责任的态度采取行动，能够进行政治谈判，即使在一般性编纂的框架内，也能够产生令人满意的结果。此外，编纂会议对委员会编写的协商一致案文几乎没有作更改。

63. 反对通过一项公约的委员指出，公约难以陈述国际法的基本内容；与国家豁免法和其他法规不同的是，国际责任法不需要在国家立法中执行；此外，未经批准的公约含有大量的习惯国际法内容，这可能会造成“反向编纂”。同样，无论对公约缔约国或对非缔约国来说，均不知道将会产生什么影响。国家可能会提出保留或者采取不合作的态度，这又是一种危险。《维也纳条约法公约》主要处理形式问题，而国家责任专题涉及国际法的实质内容，并且预先假定有关缔约国之间会有争议或争端有别于缔结条约之类的契约活动，因此将它作类比，是不确切的。同样，由于二读通过的条款草案肯定会产生影响，现有案文已被国际法院和其他法庭广泛引用和依靠，因此并不一定非有公约的形式不可。此外，举行全权大使会议，过程将旷

日持久，结果也难以预测，而且会对辛辛苦苦费时 40 多年才达成的案文平衡产生异议。

64. 有些委员支持非条约的形式，他们认为，尽管在理想的条件下公约可能较合适，但鉴于必然会产生所有困难，这种作法并不现实。此外，不应让大会在“要不公约要不什么都没有”之间作出刻板的选择。大会一致通过的决议或宣言将比多年的编写工作后通过并由少数国家批准的公约更加有效。实际上，如果委员会的报告经过大会决议的通过或受到注意，它将会被看作是对国家在它们的权利和责任方面提供指导的现行规则、国家实践和学说的权威性研究，从而促进国际关系中的法律稳定和可预测性。以宣言的形式通过，将有效地使对立国承担宣言不具约束力的举证责任。他们认为，这种“软法律”文书，如同国际法院的判决录所证明的那样，确实对国际关系和国家行为产生决定性影响。

65. 有些委员反对采取不具约束力的文书形式，认为这种着手方式会贬损国际法中国家责任问题的重要性，使人们对案文价值产生怀疑。大会决议不可能像条约那样具有同等的规范价值。它将偏离原有打算和目的，不能形成一种一般性的法律规则制度，也无从对习惯国际法中的不足之处作弥补。它也无法考虑从一开始就被列入委员会议程的项目的历史因素。指望大会以宣言的形式去通过案文，而不首先对条款草案作大量修正，这是不现实的。不能保证有些国家不会对该文书附上解释性声明。因此，宣言引起与公约一样的问题，而且毫无长处之处。

66. 关于将逐渐发展的要素列入草案的意义问题，有一种意见认为，条款草案的最终形式取决于它们的内容：如果一个实质性的立法内容被列入，适当的形式便是多边公约，但如果条款草案只编纂现行规则，则没有必要通过公约。还有一种意见认为，正是因为案文含有逐渐编纂的要素，就必须要小心谨慎，不应建议通过案文。实践表明，国家通常不赞成将这种要素列入具有国际约束力的文书。有些委员对此提出反驳，他们指出，各种公约，如海洋法和领事关系等方面的公约列入了编纂和逐渐发展国际法的要素。如委员会以前的案文那样，条款草案兼收两类要素，但并不总是能确定某一规定属于哪一类，从长远来看，如果一项规定被认为是切合实际并且平衡的，也许就不成问题。此外，一些公约中已经明确了国际法的实质要素。例如，《条约法公约》中载述了强制性规范的基本概念。

67. 根据不限成员名额工作组的建议，委员会达成谅解，即它首先应建议大会在决议中注意到条款草案并将条款案文附于决议之后。这个程序类似于大会在第 55/153 号决议中就“涉及国家继承的自然人国籍”条款所遵循的程序。这项建议还提议，鉴于该专题的重要性，大会在第二阶段和随后阶段中应考虑通过关于这一专题的公约。在这第二阶段自然会产生争端解决问题(见上文第 60 段)。

2. 更改专题的标题

68. 委员会关注的是，标题“国家责任”不十分明确，不能将该专题同国内法中的国家责任区分开来。它考虑了各种标题，如“国际法中的国家责任”、“国家的国际责任”和“国家对国际不法行为的国际责任”等等。最后一个提案的优点之一是，较宜于将案文翻译成其他语言，因为它明确将专题区别于对国际法不加禁止行为的国际“责任”概念。最后，委员会决定采用“国家对国际不法行为的责任”这一标题，去掉了“责任”前的“国际”这一限定词，以免同一标题中两次出现“国际”一词。由于条款草案只涉及国际不法行为，而不是任何其他不法行为，因此认为应保留“不法行为”前的“国际”一词。

3. 通过条款草案和评注

69. 起草委员会主席在 2001 年 5 月 29 日至 31 日和 8 月 3 日举行的委员会第 2681 次至第 2683 次和第 2701 次会议上提交了他的报告(A/CN.4/L.602 和 Corr.1 和后来编为 A/CN.4/L.602/Rev.1 号文件的修正案文)。委员会在这些会议上审议了起草委员会的报告，并在第 2683 次和第 2701 次会议上通过了关于一国对其国际不法行为的责任的全部条款草案。

70. 在 2001 年 8 月 6 日至 9 日的第 2702 至第 2709 次会议上，委员会通过了对上述条款草案的评注。

71. 委员会现根据《章程》向大会提交这些条款草案以及下列建议。

C. 委员会的建议

72. 委员会 2001 年 8 月 9 日第 2709 次会议按照其《章程》第 23 条，决定建议大会在一项决议中注意到国家对国际不法行为的责任条款草案，并将其列为该项决议的附件。

73. 委员会还决定建议大会鉴于这个专题的重要性，在稍后阶段审议能否召开一次全权代表会议，审查国家对国际不法行为的责任条款草案，以期缔结一项关于这一专题的公约。委员会认为，如果它认定应该连同条款草案建立一个解决争端的法律机制，则解决争端问题可以在上述国际会议中获得解决。

D. 赞扬特别报告员詹姆斯·克劳福德先生

74. 委员会 2001 年 8 月 9 日第 2709 次会议在通过《国家对国际不法行为的责任条款草案》案文以后，鼓掌通过下列决议：

“国际法委员会，

通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》，

对特别报告员詹姆斯·克劳福德先生通过不懈的努力和专心致志的工作作为编写条款草案作出卓越贡献从而在拟订《国家对国际不法行为的责任条款草案》方面取得成果，表示深为赞赏和热诚感谢。”

75. 委员会也对前任特别报告员弗朗西斯科·加西亚—阿马多先生、罗伯托·阿戈先生、威廉·里普哈根先生和加埃塔诺·阿兰焦—鲁伊斯先生对本专题的工作作出卓越贡献表示深为赞赏。

E. 国家对国际不法行为的责任条款草案案文

1. 条款草案案文

76. 委员会第五十三届会议通过的条款草案案文载录如下：

国家对国际不法行为的责任

第一部分

一国的国际不法行为

第一章

一般原则

第 1 条

一国对其国际不法行为的责任

一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任。

第 2 条

一国国际不法行为的要素

一国国际不法行为在下列情况下发生：

- (a) 由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国；并且
- (b) 该行为构成对该国国际义务的违背。

第 3 条

把一国的行为定性为国际不法行为

在把一国的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。

第二章

把行为归于一国

第 4 条

一国的机关的行为

1. 任何国家机关，不论行使立法、行政、司法职能，还是任何其他职能，不论在国家组织中具有何种地位，也不论作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性，其行为应视为国际法所指的国家行为。

2. 机关包括依该国国内法具有此种地位的任何个人或实体。

第 5 条

行使政府权力要素的个人或实体的行为

虽非第 4 条所指的国家机关但经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体，其行为应视为国际法所指的国家行为，但以该个人或实体在特定情况下以此种资格行事者为限。

第 6 条

由另一国交由一国支配的机关的行为

由另一国交由一国支配的机关，若为行使支配该机关的国家权力要素而行事，其行为依国际法应视为支配该机关的国家的行为。

第 7 条

逾越权限或违背指示

国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。

第 8 条

受到国家指挥或控制的行为

如果一人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的一国的行为。

第 9 条

正式当局不存在或缺席时实施的行为

如果一人或一群人在正式当局不存在或缺席和在需要行使上述权力要素的情况下实际上正在行使政府权力要素，其行为应视为国际法所指的一国的行为。

第 10 条

叛乱运动或其他运动的行为

1. 成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为国际法所指的该国的行为。
2. 在一个先已存在的国家的一部分领土或其管理下的某一领土内组成一个新的国家的叛乱运动或其他运动的行为，依国际法应视为该新国家的行为。
3. 本条不妨碍把不论以何种方式涉及有关运动的、按照第 4 条至第 9 条的规定应视为该国行为的任何行为归于该国。

第 11 条

经一国确认并当作其本身行为的行为

按照前述各条款不归于一国的行为，在并且只在该国承认和当作其本身行为的行为的情况下，依国际法应视为该国的行为。

第 三 章

违背国际义务

第 12 条

违背国际义务行为的发生

一国的行为如不符合国际义务对它的要求，即为违背国际义务，而不论该义务的起源或特性为何。

第 13 条

对一国为有效的国际义务

一国的行为不构成对一国际义务的违背，除非该行为是在该义务对该国有约束力的时期发生。

第 14 条

违背义务行为在时间上的延续

1. 没有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使其影响继续存在。

2. 有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为延续的时间为该行为持续、并且一直不遵守该国际义务的整个期间。

3. 一国违背要求它防止某一特定事件之国际义务的行为开始于该事件发生的时刻，该行为延续的时间为该事件持续、并且一直不遵守该义务的整个期间。

第 15 条

一复合行为违背义务

1. 一国通过被一并定义为不法行为的一系列作为和不作为违背国际义务的情事，发生于一作为和不作为发生的时刻，该作为和不作为连同其他的作为和不作为看待，足以构成不法行为。

2. 在上述情况下，该违背义务行为持续的时间为一系列作为和不作为中的的第一个开始发生到此类行为再次发生并且一直不遵守该国国际义务的整个期间。

第 四 章

一国对另一国行为的责任

第 16 条

援助或协助实施一国际不法行为

援助或协助另一国实施其国际不法行为的国家应该对此种行为负国际责任，如果：

- (a) 该国在知道该国际不法行为的情况下这样做，而且
- (b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

第 17 条

指挥或控制一国际不法行为的实施

指挥或控制另一国实施其国际不法行为的国家应该对该行为负国际责任，如果：

- (a) 该国在知道该国际不法行为的情况下这样做；而且

(b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

第 18 条

胁迫另一国

胁迫另一国实施一行为的国家应该对该行为负国际责任，如果：

- (a) 在没有胁迫的情况下，该行为仍会是受胁迫国的国际不法行为；而且
- (b) 胁迫国在知道该胁迫行为的情况下这样做。

第 19 条

本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国家或任何其他国家根据这些条款的其他规定应该承担的国际责任。

第 五 章

解除行为不法性的情况

第 20 条

同 意

一国以有效方式表示同意另一国实施某项特定行为时，该特定行为的不法性在与该国家的不关系上即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

第 21 条

自 卫

一国的行为如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施，该行为的不法性即告解除。

第 22 条

对一国际不法行为采取的反措施

一国不遵守其对另一国国际义务的行为，在并且只在该行为构成按照第三部分第二章针对该另一国采取的一项反措施的情况下，其不法性才可解除。

第 23 条

不可抗力

1. 一国不遵守其对另一国国际义务的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力量或该国无力控制、无法预料的事件发生，以至该国在这种情况下实际上不可能履行义务，该行为的不法性即告解除。

2. 在下列情况下第 1 款不适用：

- (a) 不可抗力的情况是由援引此种情况的国家的行为单独导致或与其它因素一并导致；或
- (b) 该国已承担发生这种情况的风险。

第 24 条

危 难

1. 就一国不遵守该国国际义务的行为而言，如有关行为人在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，别无其他合理方法，该行为的不法性即告解除。

2. 在下列情况下第 1 款不适用：

- (a) 危难情况是由援引此种情况的国家的行为单独导致或与其它因素一并导致；或
- (b) 有关行为可能造成类似的或更大的灾难。

第 25 条

危急情况

1. 一国不得援引危急情况作为理由解除不遵守该国某项国际义务的行为的不法性，除非：

- (a) 该行为是该国保护基本利益，对抗某项严重迫切危险的唯一办法；而且
- (b) 该行为并不严重损害作为所负义务对象的一国或数国或整个国际社会的基本利益。

2. 一国不得在以下情况下援引危急情况作为解除其行为不法性的理由：

- (a) 有关国际义务排除援引危急情况的可能性；或
- (b) 该国促成了该危急情况。

第 26 条

对强制性规范的遵守

违反一般国际法某一强制性规范所产生的义务的一国，不得以本章中的任何规定作为解除其任何行为之不法性的理由。

第 27 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) 在并且只在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；
- (b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

第 二 部 分

一 国 国 际 责 任 的 内 容

第 一 章

一 般 原 则

第 28 条

国际不法行为的法律后果

一国依照第一部分的规定对一国国际不法行为的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

第 29 条

继续履行的责任

本部分所规定的一国际不法行为的法律后果不影响责任国继续履行所违背义务的责任。

第 30 条

停止和不重复

国际不法行为的责任国有义务：

- (a) 在从事一项持续性的不法行为时，停止该行为；
- (b) 在必要情况下，提供不重复该行为的适当承诺和保证。

第 31 条

赔偿

1. 责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿；
2. 损害包括一国国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害还是精神损害。

第 32 条

与国内法无关

责任国不得以其国内法的规定作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。

第 33 条

本部分所列国际义务的范围

1. 本部分规定的责任国义务可能是对另一国、若干国家、或对整个国际社会承担的义务，具体取决于该国际义务的特性和内容及违反义务的情况。

2. 本部分不妨碍任何人或国家以外的实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。

第 二 章

赔偿损害

第 34 条

赔偿方式

对国际不法行为造成的损害充分赔偿，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

第 35 条

恢复原状

在并且只在下列情况下，一国际不法行为的责任国有义务恢复原状，即恢复到实施不法行为以前所存在的状况：

- (a) 恢复原状并非实际上办不到的；
- (b) 从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。

第 36 条

补 偿

1. 一国际不法行为的责任国有义务补偿该行为造成的任何损害，如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿；
2. 这种补偿应该弥补在经济上可以评估的任何损害，包括可以确定的利润损失。

第 37 条

抵 偿

1. 一国际不法行为的责任国有义务抵偿该行为造成的损失，如果这种损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿；
2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉，或另一种合适的方式。
3. 抵偿不应与损失不成比例，而且不得采取羞辱责任国的方式。

第 38 条

利 息

1. 为确保充分赔偿，必要时，应支付根据本章所应支付的任何本金金额的利息。应为取得这一结果规定利率和计算方法。
2. 利息应从支付本金金额之日起算，至履行了支付义务之日为止。

第 39 条

促成损害

在确定赔偿时，应考虑到提出索赔的受害国或任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为促成损害的情况。

第三章

严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务

第 40 条

本章的适用

1. 本章适用于一国严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务所产生的国际责任。
2. 如果这种违约情况是由于责任国严重或系统性违约所引起的，则为严重违约行为。

第 41 条

严重违背依本章承担的一项义务的特定后果

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第 40 条含义范围内的任何严重违背义务行为。
2. 任何国家均不得承认第 40 条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情况为合法，也不得协助或援助保持该状况。
3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的此类后果。

第三部分

一国国际责任的履行

第一章

一国责任的援引

第 42 条

一受害国援引责任

一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任：

- (a) 被违背的义务是个别地对它承担的义务；
- (b) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团或对整个国际社会承担的义务；而
 - (一) 对此义务的违背特别影响该国；或
 - (二) 彻底改变了由于该项义务被违背而受到影响的所有其他国家为进一步履行该项义务的立场。

第 43 条

一受害国通知其要求

1. 援引另一国责任的受害国应将其要求通知该国。
2. 受害国可具体指明：
 - (a) 从事一项持续性不法行为的责任国应如何停止该行为；
 - (b) 应根据第二部分的规定采取哪种赔偿形式。

第 44 条

可否提出要求

在下列情况下不得援引另一国的责任：

- (a) 不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出要求；
- (b) 该项要求适用用尽当地补救办法规则，却未用尽可利用的有效当地补救办法。

第 45 条

援引责任权利的丧失

在下列情况下不得援引另一国的责任：

- (a) 受害国已以有效方式放弃要求；或
- (b) 受害国基于其行为应被视为已以有效方式默许其要求失效。

第 46 条

数个受害国

在数个国家由于同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国可分别援引实施了该国际不法行为的国家的责任。

第 47 条

数个责任国

1. 在数个国家应为同一国际不法行为负责任的情况下，可对每一国家援引涉及该行为的责任：

2. 第 1 款：

- (a) 不允许任何受害国取回多于所受损失的补偿；

- (b) 不妨碍对其他责任国的任何追索权利。

第 48 条

受害国以外的国家援引责任

1. 受害国以外的任何国家有权按照第 2 款在下列情况下对另一国援引责任：
 - (a) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务；或
 - (b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。
2. 有权按照第 1 款援引责任的任何国家可要求责任国：
 - (a) 按照第 30 条的规定，停止国际不法行为，并提供不重复的承诺和保证；
和
 - (b) 按照前几条中的规定履行向受害国或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。
3. 受害国根据第 43 条、第 44 条和第 45 条援引责任的必要条件，适用于有权根据第 1 款对另一国援引责任的国家援引责任的情况。

第 二 章

反 措 施

第 49 条

反措施的目的和限制

1. 一受害国只在为促使一国际不法行为的责任国依第二部分履行其义务时，才可对该国采取反措施。
2. 反措施限于暂不履行对责任国采取措施的一国的国际义务。
3. 反措施应尽可能容许恢复履行有关义务。

第 50 条

不受反措施影响的义务

1. 反措施不得影响下列义务：
 - (a) 《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务；
 - (b) 保护基本人权的义务；
 - (c) 禁止报复的人道主义性质的义务；
 - (d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。
2. 采取反措施的国家仍应履行其下列义务：
 - (a) 实行它与责任国之间任何可适用的现行解决争端程序；
 - (b) 尊重外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性。

第 51 条

相 称

反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。

第 52 条

与采取反措施有关的条件

1. 一受害国在采取反措施以前应：
 - (a) 根据第 43 条要求责任国按照第二部分的规定履行其义务；
 - (b) 将采取反措施的任何决定通知责任国并提议与该国进行谈判。
2. 虽有第 1 款(b)项的规定，受害国可采取必要的紧急反措施以维护其权利。
3. 在下列情况下不得采取反措施，如已采取，务必停止，不得无理拖延：
 - (a) 国际不法行为已经停止，并且
 - (b) 已将争端提交有权作出对当事国具有约束力之决定的法院或法庭。

4. 若责任国不秉诚履行解决争端程序，第 3 款即不适用。

第 53 条

终止反措施

一旦责任国按照第二部分履行其与国际不法行为有关的义务，即应尽快终止反措施。

第 54 条

受害国以外的国家采取的反措施

本章不妨碍依第 48 条第 1 款有权援引另一国责任的任何国家，对该另一国采取合法措施以确保停止该违背义务行为和使受害国和被违背之该义务的受益人得到赔偿。

第 四 部 分

一 般 规 定

第 55 条

特 别 法

在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。

第 56 条

本条款中没有明文规定的国家责任问题

在本条款中没有明文规定的情况下，关于一国对一国际不法行为的责任问题，仍应遵守可适用的国际法规则。

第 57 条

国际组织的责任

本条款不影响一国际组织依国际法承担的，或任何国家对一国际组织的行为责任的任何问题。

第 58 条

个人的责任

本条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。

第 59 条

《联合国宪章》

本条款不妨碍《联合国宪章》的规定。

2. 条款草案案文及其评注

77. 委员会第五十三届会议通过的条款草案案文及其评记载录如下：

国家对国际不法行为的责任

(1) 本条款试图以编纂和逐渐发展方式拟订关于国家对国际不法行为的责任的国际法基本规则。重点是在国家责任的次级规则上：也就是说，根据国际法认定国家应对其违法的作为或不作为负责的一般条件，以及这种责任所引起的法律后果。本条款并不试图界定一旦被违背便会引起责任的国际义务的内容。这种界定是初级规则的职能，编纂初级规则时需要重申大多数实质性的习惯国际法和协约国际法。

(2) 负责确定本草案基本结构和方针的罗伯特·阿戈先生认为本条款应该详细说明……

“据以确定国家对其国际不法行为的责任的原则，在确定原则和确定规则之间保持严格的区分，规则规定的是国家必须予以遵守否则就会引起责任

的义务……规定某项规则和必须遵守的义务的内容是一回事，确定该项义务是否已经被违背、如果违背了应该承担哪些后果，又是另一回事。”³³

(3) 在有了初级规则以规定一国根据国际法应该承担的义务之后，假定已经发生该国是否遵守了该项义务的问题，还会产生若干一般性问题，其中包括：

- (a) 在将行为定性为非法方面国际法有别于当事国国内法的作用；
- (b) 确定在什么情况下应将行为归于作为国际法主体的国家；
- (c) 指明一国在什么时候和多长时间期间违背了某项国际义务；
- (d) 确定一国在什么情况下须为另一国实行的违背某项国际义务的行为负责；
- (e) 规定可以根据国际法排除行为不法性的情况；
- (f) 从停止不法行为和赔偿造成的任何损失方面详述国家责任的后果，即详述由一国犯下国际不法行为所引起的新的法律关系；
- (g) 确定一国援引另一国的责任的任何程序性或实质性先决条件，以及确定可能丧失援引责任之权利的情况；
- (h) 规定一国有权在哪些条件下针对违背国际义务的行为采取旨在确保责任国履行这些条款所规定之义务的反措施。

这属于国家责任次级规则的领域。

(4) 以下若干事项不属于本条款所处理的国家责任的范围：

第一，正如已经指出的那样，本条款的作用不是要详细说明某些初级规则所规定的义务的内容，或对初级规则详细加以解释。也不处理某些初级规则是否对一国生效或在多长的期间内生效的问题。一国是否一条约的缔约国、该条约是否对该国有效以及其中哪些条款对该国有效、如何解释该条约等事项须由条约法加以确定。国际义务的其他“来源”，例如习惯国际法，也基本上是如此。本条款接受国际法初级规则在有关时间点上的现有状况和内容；这些初级规则提供了确定每一国家随之承担的义务是否已经被违背和对另一些国家有何法律后果的框架。

第二，本条款所处理的后果是由本条款所述的国际不法行为的实施所

³³ 《1970年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 306，第66(c)段。

引起的后果。³⁴ 本条款不拟处理一违约行为对初级规则是否继续有效或具有约束力所产生的影响(例如《维也纳条约法公约》第 60 条规定:受害国有援引重大违约情事而终止或暂停施行某一条约的权利),也不拟包括国际组织可能对不法行为作出的反应等间接的或另外的后果。国际组织为了履行其职能,可能需要对一国是否违背了某项国际义务的问题采取一项立场。但即使是这样,后果将由该国际组织确定或属于其组成文书的范围,这些事项并不属于本条款的范围。对于联合国根据《宪章》采取行动的情况来说,尤其这样,第 59 条对此种情况作出了明确的保留。

第三,本条款仅处理了国际不法行为的责任问题。可能会有这样的情形:对于不受国际法禁止甚至是国际法明确容许的行为的有害后果,国家有义务给予补偿(例如补偿出于公益目的而以适当方式拿走的财产)。另外还会有这样的情形:一国在完成了一些合法的活动之后有义务恢复原状。这些给予补偿或恢复原状的要求涉及初级义务。因此为了本条款的目的,国际责任仅产生于违背国际法的不法行为。这一点也反映在本条款的标题上。

第四,本条款仅涉及国家对国际不法行为的责任,将国际组织或国家以外的其他实体的责任问题搁置一边(见第 57 和第 58 条)。

(5) 但是,本条款又涉及国家责任的全部领域。因此其范围并不限于违背双边性质的义务,例如与另一国签订的双边条约所产生的义务。它们适用于国家的国际义务的全部领域,包括对一国或数国、对个别国家或国家集团、或对整个国际社会的义务。条款既是一般性的,也多半是备用性的。原则上,国家在制定或同意遵守某一规则时,可以指明:遇有违规情事,将只引起特定后果,从而把普通责任规则排除在外。第 56 条对此作出了明确规定。

(6) 本条款分为四部分。第一部分是:“一国的国际不法行为”,载述引起一国国际责任的必要条件。第二部分是:“一国国际责任的内容”,载述对其国际不法行为负责的国家应承担的法律后果,特别是涉及停止不法行为和给予赔偿的后果。第三部分是“一国国际责任的履行”。它确定了可以对国际不法行为作出反应的一国或数国,并且限定了作出反应的方式,包括在若干情况下采取必要的反措施以确保停止不法行为和为其后果提供赔偿。第四部分载述适用于整个条款草案的若干一般性规定。

³⁴ 为了本条款的目的,“国际不法行为”包括不作为,并且扩大适用于由若干作为或不作为一起构成国际不法行为的行为。见第 1 条的评注第(1)段。

第一部分

一国的国际不法行为

第一部分规定了引起国家责任的一般必要条件。第一章规定了引起责任的三个基本原则，作为实行本条款的出发点。第二章规定了将行为归于国家的情况。第三章概要地说明当事国的某一行为违背其国际义务的情况。第四章载述了一国可能为另一国违背其国际义务的行为负责的一些例外情况。第五章规定了在哪些情况下可以将违背一国国际义务的行为的不法性排除。

第一章

一般原则

第 1 条

一国对其国际不法行为的责任

一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任。

评 注

(1) 第 1 条规定整个条款的根本原则，即：一国违反国际法的行为引起其国际责任。一国的一国际不法行为可以包括一项或多项作为或不作为或两者兼而有之。是否有国际不法行为取决于：一、据说已被违背的义务的要求；二、第一部分中所规定的此种行为的框架条件。“国际责任”一词包括按照国际法由于一国的国际不法行为而产生的所有新的法律新关系。这些新的法律关系的内容载于第二部分。

(2) 国际常设法院在若干案件中适用了第 1 条中所载述的原则。例如，常设法院在摩洛哥磷酸盐案中申明：当一国对另一国实行一国际不法行为时，“两国之间立即”确定了国际责任。³⁵ 国际常设法院在若干情况下适用了该原则，例如科孚海峡

³⁵ 摩洛哥磷酸盐案，初步反对意见 1938，常设国际法院，汇编 A 辑/B 辑，No. 74，p. 10，at p. 28。并参看 S.S. 温布尔登案，1923，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 1，p. 15，at p. 30；霍茹夫工厂案，管辖权，1927，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 9，p. 21；霍茹夫工厂案，法律依据，1928，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 17，p. 29。

案、³⁶ 军事及警备活动案³⁷ 和加布奇科沃—大毛罗斯项目案。³⁸ 常设法院也在其关于受伤人员赔偿³⁹ 和对与和平条约的解释(第二阶段)⁴⁰ 的咨询意见中提到这一原则, 指出: “拒不履行条约义务情事引起国际责任”。⁴¹ 仲裁法庭屡次在下列案件中申明这项原则, 例如侨居秘鲁的意大利子民权利要求案、⁴² 迪克森车轮公司案、⁴³ 国际渔业公司案、⁴⁴ 英国在摩洛哥西班牙区权利要求案、⁴⁵ 阿姆斯特朗软木塞公司案。⁴⁶ 在彩虹勇士号案(新西兰诉法国)中,⁴⁷ 仲裁法庭着重指出: “一国任何违背任何义务的行为, 无论其起因为何, 都引起国家责任”。⁴⁸

³⁶ 科孚海峡案: 法律依据, 《1949年国际法院报告书》, p. 4, at p. 23.

³⁷ 尼加拉瓜境内和外来的军事及警备活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国), 法律依据, 《1986年国际法院报告书》, p. 14 at pp. 142, 第 283、149 段, 第 292 段。

³⁸ 加布奇科沃—大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克), 《1997年国际法院报告书》, p. 7, at p. 38, 第 47 段。

³⁹ 联合国勤务中受伤人员的赔偿, 《1949年国际法院报告书》, p. 174, at p. 184.

⁴⁰ 对与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚签订的和平条约的解释, 第二阶段, 《1950年国际法院报告书》, p. 221.

⁴¹ 同上, at p. 228.

⁴² 1901年作出的这些裁决中有7件重申, “国际法中一项普遍公认的原则指出: 国家应为其代理犯下的违反国际法行为负责……”: 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第十五卷, pp. 399, 401, 404, 407, 408, 409, 411(1901)。

⁴³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第四卷(1931), p. 669, at p. 678.

⁴⁴ 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第四卷(1931), p. 691, at p. 701.

⁴⁵ 仲裁人马克斯·胡贝尔指出, “责任是权利的必然结果。所有国际权利均引起国际责任……”是一项无可争议的原则: 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第二卷(1925), p. 615, at p. 641.

⁴⁶ 意大利—美国调解委员会指出, 没有一个国家“可以逃避由于犯下从国际法一般原则的观点看来是违法的行为所引起的责任”: 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第十四卷(1953), p. 159, at p. 163.

⁴⁷ 彩虹勇士号案(新西兰/法国), 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第二十卷, p. 217(1990)。

⁴⁸ 同上, at p. 251, 第 75 段。

(3) 一国的每一国际不法行为均引起该国的国际责任，并因此除了实行该行为以前的国际法律关系以外，又产生了新的国际法律关系，这一点在委员会首次拟定第 1 条以前⁴⁹和以后⁵⁰，都已经得到广泛的承认。诚然，早先人们对一国际不法行为所产生的法律关系的定义有意见分歧。与安齐洛蒂联系在一起的一种处理方式是完全从违法国和受害国之间因国际不法行为而确立的具有约束力的双边关系的角度来描述一国际不法行为引起的后果。在这种关系中，违法国有赔偿的义务，受害国则有要求赔偿的“主观”权利。与凯尔森联系在一起的另一意见首先认为法律秩序是一种强制性秩序，并认为作为由不法行为直接引起的主要法律后果，受害国有权对责任国实行强制性制裁。⁵¹ 这种意见认为：一般国际法授权受害国对不法之事作出反应；赔偿的义务被当作次要事项处理，这是责任国可因此避免受到强制制裁的方式。盛行的第三种看法认为：国际不法行为的后果不能只限于赔偿或“制裁”。⁵² 在国际法中，同在任何法律系统中一样，不法行为可能产生各种各样的法律关系，视情况而定。

⁴⁹ 参见 D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*(第四版, Padua, CEDAM, 1955) 第一卷, p. 385. W. Wengler, *Volkerrecht* (Berlin, Springer, 1964) 第一卷, p. 499; G. I. Tunkin, *Teoria mezhdunarodnogo prava, Mezhdunarovnie oshoshenia* (Moscow, 1970), p. 470; E. Jimenez de Arechaga, “国际责任”载于 M. 索伦森所编著,《国际公法手册》(伦敦, 麦克米兰出版社, 1968), p. 533.

⁵⁰ 参见 I. 布朗利,《国际公法原则》(第五版, 牛津, 克拉伦登出版社, 1988), p. 435; B. 孔福尔蒂,《国际法》(第四版, 米兰, 科学出版社, 1955), p. 332; P. 戴利埃尔和 A. 佩莱,《国际公法》(Nguyen Quoc Dinh)(第六版, 巴黎, L.G.D.J./蒙特克雷斯蒂安法律与政治科学出版社, 1999), p. 742; P. M. 迪皮伊,《国际公法》(第三版, 巴黎, 普雷斯·达洛兹出版社, 1998), p. 414; R. 沃尔夫鲁姆,“国际不法行为”,载于 R.本哈尔特所编著,《国际公法百科全书》(阿姆斯特丹, 北荷兰出版社, 1995), 第二卷, p. 1398.

⁵¹ 参见 H.凯尔森(R.W.塔克所编著),《国际法原则》(纽约, 霍尔特、莱茵哈特和温斯顿出版社, 1966年), P.22.

⁵² 参看 R.AGO,“国际不法行为”,课程讲义汇编,第 68 卷(1939/II), 417 at pp.430; H.劳特帕赫特、奥本海姆所著国际法(第八版)(伦敦, 朗曼斯出版社, 1955年), 第一卷, pp. 352-354.

(4) 一国际不法行为的发生所引起的法律关系是否基本上是双边的，即它是否只涉及责任国和受害国彼此之间的关系，对于这一问题也有意见分歧。日益得到确认的观点认为，某些不法行为使得当事国必须对数国或许多国家、甚至对整个国际社会承担责任。国际法院在巴塞罗那电车案中朝着这个方向迈出了重要的一步，指出：

“一国对整个国际社会的义务和在外交保护领域产生的与另一国相对的义务，两者之间应该作出实质性的区分。从义务的性质看来，对整个国际社会的义务是所有国家所关心的。鉴于所涉权利的重要性，所有国家都对权利的保护具有合法权益；这些义务是普遍性义务。”⁵³

每个国家根据其作为国际社会成员资格，对若干基本权利的保护和若干基本义务的履行具有合法利益。在这些事项中，国际法院援引了“宣布侵略行为和灭绝种族行为为不合法的行为，也是……关于人的基本权利，包括受到保护以免遭受奴役和种族歧视的原则和规则”的例证。⁵⁴ 在后面几个案件中，国际法院重申了这个概念。⁵⁵ 国际责任概念范围扩大的结果必须在本条款中得到反映，本条款包括责任的标准双边情况，但并不限于那些情况。

(5) 因此，第1条中的“国际责任”涵盖国际法中由一国的国际不法行为产生的各种关系，无论这些关系是否限于违法国和一受害国或者也扩大到包括其他国家或甚至扩大到其他国际法主体，是否侧重恢复原状或补偿的义务或者也给予受害国以反措施作出反应的可能性。

(6) 第1条规定一国的每一国际不法行为均引起该国的国际责任这一事实并不意味着另一些国家就不必为该行为或为由此造成的损害承担责任。第二章规定，同样的行为可以同时归于数个国家。第四章规定，一国可能需为另一国的国际不法行

⁵³ 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案，第二阶段，《1970年国际法院报告书》，p. 3, at p. 32, 第33段。

⁵⁴ 同上，at p. 32, 第34段。

⁵⁵ 参看东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995年国际法院报告书》，p. 90, at p. 102, 第29段；威胁使用或使用核武器的合法性，《1996年国际法院报告书》，p. 226, at p. 258, 第83段；《预防和惩治种族灭绝罪行公约》的请议案，初步反对意见，《1996年国际法院报告书》，pp. 615-616, 第31-32段。

为承担责任，例如：另一国的行为是在一国指挥或控制下实行的。虽然如此，国际法的基本原则是：每一国在它自己的国际义务上需为它自己的行为负责。

(7) 本条款只载述国家责任。当然，国际法院在处理受伤人员赔偿案时确认，联合国“是一个国际法主体，能够拥有国际权利和义务……它有能力通过提出国际要求来维护其权利”。⁵⁶ 国际法院也曾促请注意联合国对其机关或代理之行为的责任。⁵⁷ 或许可以这样认为：对不法行为的责任概念是拥有国际法律人格方面的一个基本因素。不过，特殊考虑适用于其他国际法人的责任，这些特殊考虑不属于本条款的范围。⁵⁸

(8) 关于术语，在法文本中使用“*fait intenationalement illicite* (国际不法行为)”一语比使用“*delit*(侵权行为)”或在国际法中具有特别含义的其他类似用语适宜。此外，后一用语似乎具有法律后果的含义。基于同样的理由，最好避免在英文本中使用“*tort*”，“*delict*”或“*delinquency*”，或在西班牙文本中使用“*delito*”。在法文本中使用“*fait intenationalement illicite* (国际不法行为)”比使用“*acte intemationalement illicite* (国际不法行为)”合适，因为不法性通常来源于不作为，“*acte* (行为)”一语很难表达这个含义。基于同样的理由，西班牙文本中采用了“*hecho intenacionalmente ilicito*”一语。英文本必须保持“*internationally wrongful act* (国际不法行为)”的措辞方式，因为法文中的“*fait* (行为)”在英文中没有确切的对应语；不过，使用“*act* (行为)”一词是为了包含不作为，第2条中明确了这一点。

⁵⁶ 《1949年国际法院报告书》，p. 174, at p. 179。

⁵⁷ 关于人权委员会特别报告员法律程序之豁免的不同意见，《1999年国际法院报告书》，p. 62 at pp. 88-89, 第66段。

⁵⁸ 国际组织的立场见第57条和评注。

第 2 条

一国国际不法行为的要素

一国的国际不法行为在下列情况下发生：

- (a) 由作为或不作为组成的行为依国际法归于该国；并且
- (b) 该行为构成对该国国际义务的违背。

评 注

(1) 第 1 条载述一国的每一国际不法行为均引起该国的国际责任的基本原则。第 2 条规定了据以确定该国有国际不法行为存在的必要条件，即国际不法行为的要素。确定了两个要素。一、该行为依国际法必须归于该国；二、为了确定该国对该行为的责任，该行为必须是违背了当时对该国有效的国际法律义务的行为。

(2) 例如国际常设法院在摩洛哥磷酸盐案⁵⁹中说明了这两个因素。常设国际法院把国际责任的产生同“归于该国并且被认定为违反另一国条约权利的行为”的存在明确地联系起来。⁶⁰ 国际法院也在若干情况下提到这两个因素。它在外交和领事人员案⁶¹中指出，为了确定伊朗的责任……

“首先，必须确定在法律上可以在多大的范围内将有关行为视为可以归罪于伊朗国。其次，必须考虑到这些行为符合或者违背伊朗根据目前生效的条约或可以适用的其他国际法规则应该承担的义务的情况。”⁶²

⁵⁹ 摩洛哥磷酸盐案，初步反对意见，1938，常设国际法院，汇编 A 辑/B 辑，No. 74，p. 10。

⁶⁰ 同上，at p. 28。

⁶¹ 美国驻德黑兰外交和领事人员案，《1980 年国际法院报告书》，p. 3。

⁶² 同上，at p. 29，第 56 段，参看 p. 41，第 90 段。也参看尼加拉瓜的境内和外来的军事及警备活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，法律依据，《1986 年国际法院报告书》，p. 14 at pp. 117-118，第 226 段；加布奇科沃——大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，《1997 年国际法院报告书》，p. 7，at p. 54，第 78 段。

同样，在迪克森车轮公司案中，墨西哥——美国一般索赔委员会指出，引起一国国际责任的必要条件是“可以将一国际不法行为归于它、有违反依国际司法标准规定之责任的行为存在”。⁶³

(3) 有时人们把归因的要素说成是“主观的”，而把违背的要素说成是“客观的”，但是本条款避免使用这种术语。⁶⁴ 是否存在着违背规则的行为可能取决于当事国或其代理的意图或知识，在这个意义上可以说是“主观的”。例如，《灭绝种族公约》第二条规定：“本公约内所称灭绝种族系指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一者……”在另外的情况下，是否违背某项义务的标准可能是“客观的”，因为当事国机关或代理的注意或不注意可能是不相干的。在这个意义上，责任是“客观的”还是“主观的”取决于具体情况，尤其包括有关初级义务的内容。本条款没有在这方面规定任何一般性规则。其他标准也是如此，不论它们涉及一定程度的过错、有罪性、过失或缺乏应有的注意。这些标准依情境不同而不同，其原因基本上与条约的规定或产生基本义务的其他规则的目标和目的有关。本条款也没有在这方面就各种可能的不同标准之间的关系规定任何假设。确立这些假设是在特定案件上对涉及的基本规则加以解释和运用的问题。

(4) 归于国家的行为可以分为作为或不作为。根据不作为援引一国国际责任的情况至少同根据作为援引责任的情况一样多，从原则上说，两者之间不存在任何不同。另外，从与确定责任有关的周围情况中分离出“不作为”可能是困难的。例如在科孚海峡案中，国际法院认为，阿尔巴尼亚知道、或者应该已经知道其领海中有水雷，却没有就此向第三国提出警告，这构成了其责任的充分基础。⁶⁵ 在外交和领事人员案中，法院总结认为，伊朗的责任是由其当局的“没有采取适当步骤的”“不作为”引起的，而在当时的情况下，这些步骤显然是需要的。⁶⁶ 在一些情况下，可

⁶³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第四卷，p. 669 (1931)，at p. 678。

⁶⁴ 参见《1973年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 179，第1段。

⁶⁵ 科孚海峡案，法律依据，《1949年国际法院报告书》，pp. 22-23。

⁶⁶ 外交和领事人员案，《1980年国际法院报告书》，p. 3，at pp. 31-32，第63、67段。也参看 Velasquez Rodriguez，美洲人权法院，汇编 C，No. 4 (1989)，第170段：“国际法规定，一国应为其代理以其官方名义行事的作为和不作为负责……”）；与波兰国籍的取得有关的案件，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第一卷，p. 425 (1924)。

能是作为和不作为兼而有之，构成了责任的基础。⁶⁷

(5) 对定性为国际不法行为的特定行为，首先必须归于国家。国家是真正有组织的实体，是有充分的权力，可以依国际法采取行动的法人。但是承认这一点并不等于否认国家本身不能采取行动的基本事实。“国家的行为”必须涉及个人或团体的一些作为或不作为：“国家只能由和通过其代理或代表采取行动。”⁶⁸ 这里的问题是应该把谁视为代表国家行事的人，即为了确定国家责任的目的，什么能构成“国家的行为”。

(6) 把行为归于国家的含义是将国家视为国际法主体。在许多法系中，国家机关由各种法人(部委或其他法律实体)组成，它们被视为具有单独的权利和义务，可以单独对它们提出控告，它们能够单独为其违约行为负责任。就国家责任的国际法来说，情况则不同了。国家被当成一个整体对待，这一点与他们在国际法中被确认为单一的法人是一致的。这一点同其他方面一样，将行为归于国家必然是一种规范性的行动。至关紧要的是，某一特定事件与根据第二章中规定的一项或另一项规则应归于国家的行为(作为或不作为)有充分的联系。

(7) 国家的国际不法行为能够存在的第二个条件是：归于国家的行为应该构成对该国某项国际义务的违背行为。关于对国家某项国际义务的违背的术语很久以来便已确定，在使用违背一词时，条约和非条约义务在包括在内。常设国际法院在关于它对霍茹夫工厂案的管辖权的判决中，使用了“违背承诺”的词语。⁶⁹ 它在随后对是非曲直的判决中使用了同样的措辞。⁷⁰ 国际法院在受伤人员赔偿案中明确地提到这些措辞。⁷¹ 仲裁法庭在关于彩虹勇士号的案件中，提到“一国违背任何义务的

⁶⁷ 例如，1907年10月18日关于放置自动潜水触发水雷的海牙公约(第8号公约)第4条规定，一中立国在其海岸外放置水雷、但忽略了通知其他缔约国的必要程序应为此承担责任：参看 J. B. Scott, 海牙和平会议：《1907年会议纪录》(纽约，牛津大学出版社，1920)，第一卷，p. 643。

⁶⁸ 波兰的德国定居者，1923，常设国际法院，汇编 B, No. 6, p. 22。

⁶⁹ 霍茹夫工厂案，管辖权，1927，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 9, p. 21。

⁷⁰ 霍茹夫工厂案，法律依据，1928，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 17, p. 29。

⁷¹ 联合国勤务中受伤人员赔偿案，《1949年国际法院报告书》，p. 174, at p. 184。

任何行为”。⁷² 实际上，也用上了诸如“不履行国际义务”、“不符合国际义务的行为”、“违背一国际义务的行为”或“违背承诺”等术语。⁷³ 所有这些案文基本上具有相同的含义。“违背一国际义务的行为”是本条款中的优选用语，与《国际法院规约》第 36 条第 2 款(c)项中的用语一致。

(8) 在国际法中，违背一项义务的概念往往等同于违反他人的权利。国际常设法院在对摩洛哥磷酸盐案的判决中提到“违反另一国条约权利”的行为。⁷⁴ 该案涉及载述各方相互权利和责任的有限多边条约，但是有些人认为义务和权利的相关性是国际法的一项一般特征：凡是国际法主体的国际义务，必有另一或另外一些主体、甚至其他主体的全体(整个国际社会)的国际权利与之相对。但是，不同的事件可能涉及国际法的所有其他主体共同持有的权利，而不是某一或某几个国家的特定权利。不同的国家可能以不同的方式成为某项义务的受益人，或对该义务的履行具有不同的利益。因此，鉴于法律规则和机构多种多样，要求它们保护的利益也各不相同，多边义务可能与双边义务不同。但是，任何义务是否受到违背仍然引起第 2 条中所确定的两个基本问题，不管被违背的义务的特性或起源为何，情况都是这样。谁可以援引某项义务被违背所引起的责任是一个单独的问题：第三部分便处理这个问题。⁷⁵

(9) 因此，第 2 条所载述的原则没有例外，该项原则是，国际不法行为有两个必要条件：该项行为依国际法归于该国；该国因该项行为而违背了该国的某项国际义务。问题在于这两个必要条件是否也是充分条件。有时候，有人说，国际责任并不是一国不顾其义务的粗率行为引起的，除非存在更多的因素，尤其是对另一国的“损害”。但是，是否需要存在这些因素取决于初级义务的内容，在这方面并没有一般规则。例如，条约规定必须制订统一法律的义务由于没有得到履行，该义务便被违背了，另一缔约国也不必指称它因此而受到了任何特定的损害。是否由于责任国

⁷² 彩虹勇士号案(新西兰/法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217(1990)，at p. 251，第 75 段。

⁷³ 在 1930 年国际联盟编纂会议上，通过了“任何未能履行国家的国际义务之情事……”的用语：《1956 年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 225。

⁷⁴ 摩洛哥磷酸盐案，初步反对意见，1938，常设国际法院，汇编 A 辑/B 辑，No. 74，p. 10，at p. 28。

⁷⁵ 也参看第 33 条(第 2 款)和评注。

未能采取行动，某项特定义务是否就被违背了？是否还必需发生进一步的事件，取决于初级义务的内容和对其内容的解释，不能抽象地加以确定。⁷⁶

(10) 与此有关的一个问题是：过错是否构成一国国际不法行为的内容？如果“过错”指存在着伤害的意图等，则其答案肯定不是。在初级义务方面不存在对于精神内容的任何特定要求的情形下，与此有关的只是一国的行为，不以任何意图为转移。

(11) 第 2 条提出第一部分随后各章中所处理的问题，并且把它们放置在必要的法律环境中。(a)款——规定依国际法归于国家的行为的存在是构成国际不法行为的必要条件——与第二章相应，但第四章处理一国对另一国的国际不法行为负有责任的一些特定情况。(b)款——规定这种行为必须构成对一国际义务的违背——与第三章所载述的一般原则相应，但是第五章处理了行为违背了义务但其不法性被排除的情况。

(12) 在(a)款中，“attribution (归于)”一词是用于指将某一作为或不作为与一国联系起来。在国际实践和司法判决中，也使用了“imputation (归咎)”一词。⁷⁷但是，“attribution”避免了认为将行为同该国联系起来的法律程序是虚构的，或认为该行为“实际上”应归于另一国的暗示。

(13) (b)款中提到违背一国际义务而不是一国际法规则或规范的情况。就这些目的来说，要紧的不仅是某一规则的存在，还包括一规则在特定情况下适用于责任国的情况。“义务(obligation)”一词通常用于国际司法判决和实践以及文献中，以包括上述各种可能性。提及“义务”时，仅限于指依照国际法所确定的义务，这一问题在第 3 条里得到进一步澄清。

⁷⁶ 对各种义务的分析实例，可参看外交和领事人员案，《1980 年国际法院报告书》，p. 3, at pp. 30-33, 第 62-68 段；彩虹勇士号案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p.217 (1990), at pp.266-267, 第 107-110 段；世贸小组报告，美国——1974 年贸易法条款 301-310，世贸组织文件 WT/DS152/R, 1999 年 12 月 22 日，第 7.41 段起。

⁷⁷ 参看外交和领事人员案，《1980 年国际法院报告书》，p. 3, at p. 29；军事及警备活动案，《1986 年国际法院报告书》，p. 14, at p. 51, 第 86 段。

第 3 条

把一国的行为定性为国际不法行为

在把一国的行为定性为国际不法行为时须遵守国际法。这种定性不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。

评 注

(1) 第 3 条明示了第 2 条中已经暗示的一项原则，即：将一特定行为定性为国际不法行为不因当事国依国内法将其定性为合法行为而受影响。这一原则包括两个因素。第一，不能将一国的一行为定性为国际不法行为，除非该行为构成对一项国际义务的违背，否则即使该行为违反该国本国法律的规定也不能定性为国际不法行为。第二，但却最重要的一点是：一国不能辩称其行为符合其国内法而不应依国际法定性为国际不法行为。一国的一行为如果构成对一国际义务的违背，则必须定性为国际不法行为，即使该行为并不违反该国的国内法，即使根据该国内法该国实际上必须采取那样的行动，也不例外。

(2) 就上面第一个要素而言，最明确的司法判决或许是常设法院对波兰国民待遇案的判决。⁷⁸ 该法院否认波兰政府有权向国际联盟的一些机关提交对波兰国民适用格但斯克(但泽)自由市宪法中若干规定的问题，理由如下：

“……根据公认的一些原则，一国不能依靠另一国的宪法来对后一国采取行动，它只能依靠国际法和妥善接受的国际义务……反之，一国不能对另一国引用它本国的宪法来规避它依国际法或有效条约应该承担的义务。……适用格但斯克宪法的结果可能……违背了格但斯克应该向波兰履行的国际义务，无论根据条约规定或一般国际法，都不例外……但是，在

⁷⁸ 波兰国民和其他波兰裔或操波兰语的人在格但斯克领地的待遇，1932，常设国际法院，汇编 A/B, No. 44, p. 4.

具有这种性质的情况中，引起该自由市的责任的不是这样的宪法和其他法律，而是国际义务。”⁷⁹

(3) 对国内法规定的遵守绝对不能排除将行为定性为国际不法行为，这一点也是相当明确的。国际司法判决在这个问题上没有留下任何疑问。具体地说，常设法院在对 S. S 温布尔登号案的初次判决中明确承认这项原则。⁸⁰ 法院拒绝接受德国政府的论点，即：船只若通过基尔运河，将构成对德国中立命令的违反，法庭认为：

“……单个国家发布的中立命令不能凌驾于《和平条约》的规定这上……根据《凡尔赛条约》第 380 条的规定，德国有明确的责任，应让[温布尔登号船通过基尔运河]。德国不能提出本国的中立命令来否定德国按照该条所接受的义务”⁸¹

法院多次重申了这项原则：

“……在一条约的缔约各国之间的关系中，本国法律的规定不能凌驾条约的规定，这是公认的国际法原则。”⁸²

“……确切无疑的是，法国不能以其本国的法律规章为借口限制其国际义务的范围。”⁸³

“……一国不能对另一国引用本国宪法以规避其依国际法或生效的条约应该履行的义务。”⁸⁴

同一原则的另一侧面也在关于交换希腊和土耳其居民⁸⁵ 和格但斯克法院管辖权⁸⁶ 的咨询意见中得到确认。

⁷⁹ 常设国际法院，汇编 A 辑/B 辑，No. 44 (1932)，pp. 24-25。也参看莲花案，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 10(1927)，p. 24。

⁸⁰ S. S. 温布尔登号案，1923，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 1。

⁸¹ 同上，at pp. 29-30。

⁸² 希腊—保加利亚社区族群案，1930，常设国际法院，汇编 B，No. 17，p. 32。

⁸³ 上萨沃伊自由区和杰克斯区案，1930，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 24，at p. 12；上萨沃伊自由区和杰克斯区案，1932，常设国际法院，汇编 A 辑/B 辑，No. 46，p. 96，at p. 167。

⁸⁴ 波兰国民待遇，1932，常设国际法院，汇编 A/B，No. 44，p. 4，at p. 24。

⁸⁵ 交换希腊和土耳其居民案，1925，常设国际法院，汇编 B，No. 10，p. 20。

⁸⁶ 格但斯克法院管辖权，1928，常设国际法院，汇编 B，No. 15，at pp. 26-27。也参看芬莱勋爵对关于波兰国籍之取得问题的意见，1923，常设国际法院，汇编 B，No. 7，p. 26。

(4) 国际法院经常提到并适用这一原则，⁸⁷ 例如在联合国勤务中受伤人员赔偿案中，⁸⁸ 国际法院指出，“索赔主张根据的是被认定有责任的会员国对一项国际义务的违背……该会员国不能争辩说这一义务是受国内法制约的”。在西西里电子股份公司案中，⁸⁹ 法院的一个分庭强调了这一规则，指出：

“遵守国内法与遵守条约规定是不同的问题。对条约的违反行为在国内法中可能是合法行为，而在国内法中不合法的行为可能根本不是违反条约规定的行为。即使长官认为依意大利法律，征用是完全合理的，但不能排除它是违反友好通商航海条约行为的可能性。”⁹⁰

反之，该分庭解释说：

“……公共权力机关的行为在国内法中可能历来不合法的事实不一定意味着在国际法中该行为是如同违反条约或其他规章一类的不法行为。一些地方法院关于某一行为是不法行为的调查结论可能确实与该行为是任意行为的论点有关；但是，光是凭借该结论，要是没有更多的论据，还不能说不法性等于任意性……也不能根据一国内法院的调查结论就认定：某一行为是缺乏理据、或不合理、或任意的行为，以致于必须把该行为归类为国际法中的任意行为，虽然国内法当局对受到责难之行为的定性描述可能具有宝贵的指示作用。”⁹¹

⁸⁷ 见渔业案，《1951年国际法院报告书》，p. 116, at p. 132; 诺特波姆案，初步反对意见，《1953年国际法院报告书》，p. 111, at p. 123; 1902年《婴儿监护权公约》的适用，《1958年国际法院报告书》，p. 55, at p. 67; 1947年《联合国总部协定》第21款所规定的仲裁义务的适用性，《1988年国际法院报告书》，p. 12, at pp. 34-35, 第57段。

⁸⁸ 联合国勤务中受伤人员的赔偿，《1949年国际法院报告书》，p. 174, at p. 180。

⁸⁹ 西西里电子股份公司案，《1989年国际法院报告书》，p. 15。

⁹⁰ 同上，参阅 p. 51, 第73段。

⁹¹ 同上，参阅 p. 74, 第124段。

许多仲裁法庭也适用了这项原则。⁹²

(5) 在国际联盟主持下进行的关于国家责任的编纂工作⁹³和在联合国主持下进行的关于国家权利和义务和条约法的编纂工作中也明确地赞同了这项原则。国际法委员会国家权利和义务宣言草案第13条规定：

“各国义务诚实地履行由条约和国际法其他渊源产生的义务，不得借口于其宪法或法律之规定而不履行此种责任。”⁹⁴

(6) 《维也纳条约法公约》同样赞同这项原则，其中第27条规定：

⁹² 参看亚拉巴马州仲裁案(1872)，载于穆尔，《国际仲裁》，第四卷，p. 4144，at pp. 4156, 4157；挪威船东索赔案(挪威/美国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第一卷，p. 309(1922)，at p. 331；Tinoco 案(联合王国/哥斯达黎加)，同上，第一卷，p. 371(1923)，at p. 386；Shufeldt 索赔案，第二卷，p. 1081(1930)，at p. 2098(“……不许一国君主制定国内法以阻止另一国君主为其臣民所遭受的不法行为提出索赔，这是既定的国际法原则。”)；沃伦博格案，第十四卷 p. 283(1956)，at p. 289；弗莱根海默案，同上，第十四卷，p. 327(1958)，at p. 360。

⁹³ 1930年国际法委员会筹备委员会向各国征求资料的第一项要求指出：

“具体地说，只要一国依国际法承担了义务，就不能以其国内法的规定为借口逃避该项义务。”

各国在其答复中，以明示或暗示的方式同意了这项原则：国际联盟国际法编纂会议筹备委员会编写的讨论基础，第三卷：国家对在其境内的外国人的的人身或财产损害的责任(国联文件 C.75.M.69.1929.V)，p.16。该会议举行辩论期间，各国表示全面同意第一点中所载述的概念，1930年海牙会议第三委员会通过了第5条，其内容如下：“一国不得援引其国内法的规定逃避国际责任。”(国联文件 C.351(c)M.145(c).1930.V；载录于《1956年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 225)。

⁹⁴ 见大会1949年12月6日第375(IV)号决议。委员会辩论情况载于《1949年国际法委员会年鉴》，pp.105-106, 150, 171。大会辩论情况载于《大会正式记录，第四届会议》，第六委员会，第168-173次会议，1949年10月18-25日；175-183次会议，1949年10月27日-11月3日；《大会正式记录，第四届会议》，全体会议，第270次会议，1949年12月6日。

“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约，此项规则不妨碍第 46 条。”⁹⁵

(7) 在国际法中把一行为定性为不法行为不因国内法中把同一行为定性为合法行为而受影响的规则并没有为国际法规则要求一国遵照其国内法规定的情况作出例外规定，例如应对外侨适用与本国国民同样的法律待遇。的确，在这种情形下，对国内法的遵守与国际责任问题有关，但这是由于国际法规则才使得它有关的，例如把遵守国内法的标准纳入可适用的国际标准中或作为其一个方面。尤其是在损害外侨的人身及其财产和人权方面，国内法的内容和适用往往会涉及国际责任问题。在每一情况下，都可以从分析中看出，国内法的规定要么与适用可适用的国际标准的事实有关，要么已在附带或不附带条件的情况下以某种形式实际纳入该项标准。

(8) 关于本规则的措辞方式，“不能援引一国国内法阻止该国的某一行为依国际法被定性为不法行为”这一案文，与 1930 年海牙会议上一读通过的草案第 5 条案文类似，也与《维也纳条约法公约》第 27 条案文类似，其优点是明确指出了国家不能以国内法作为逃避国际责任的手段。这种案文与程序规则类似，不宜采取原则声明的形式。援引责任的问题属于第三部分的范围，尽管这项原则涉及责任起源的基本问题。此外，在许多情况下，国内法问题与责任的存在或不存在有关。上文已经指出，在这种情况下，只有国际法才能确定在什么样的范围和限制内提及国内法。最能体现这个要素的说法是：一、只有国际法可以把一国的行为定性为国际不法行为；二、申明不得以该行为在国内法中的合法性为借口而不依国际法把它定性为不法行为。

(9) 关于术语，“国内法”的英文是“internal law”，而不是“municipal law”，因为后者有时候含义较狭窄，而且《维也纳条约法公约》中使用了“internal law”。使用“national law”就更不合适了，因为在某些法律系统中，其含义只包括中央立法机构所制订的法律，并不包括省、州或地方当局的法规。第 3 条中的原则适用于

⁹⁵ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331。《维也纳公约》第 46 条对在有限的情况下即对国内法的违反“明显并涉及一项具有根本重要性的国内法规则”的情况下就缔约权力援引国内法规定一事作了规定。

国家范围内由任何级别的任何立法当局所制定的一切法律规章。⁹⁶ 法文本中“国内法”的用语是“droit interne”，而不是“législation interne”或“loi interne”，因为它包括了本国法律秩序中的所有规定，不论是成文法还是不成文法，也不论是否采取了宪法或立法规则、行政命令或司法决定的形式。

第二章

把行为归于某一国

(1) 根据第2条，发生一国国际责任的两个基本情况之一是：有关行为可依国际法归于该国。第二章规定了有理由把行为归于某一国的情况，即：当某一作为或不作为、或由某一系列作为或不作为组成的一行为可视为该国行为的情况。

(2) 从理论上说，通过国籍、惯常居所或组成公司而与国家取得联系的所有的人、社团或集体的行为，无论是否与政府有任何联系，都可能被归于国家。在国际法中避免这样做，一则为了将责任限于国家作为一个组织所从事的行为，再则为了确认以自己的名义行事、而不是在公共当局的指使下采取行动的人的自主性。因此，一般的规则是：在国际一级上归于国家的唯一行为是国家政府机关，或在其指挥、指使或控制下的其他人(即：国家的代理)的行为。⁹⁷

(3) 作为一种推论，私人的行为从这个意义上说，并不归于国家。这项规则在1923年特立尼案和其他案例中获得最终确立。国联理事会将一起涉及意大利和希腊

⁹⁶ 参看 LaGrand 案(德国诉美利坚合众国)，临时措施，《1999年国际法院报告书》，p. 9, at p. 16, 第28段。

⁹⁷ 参看 I. 布朗利，《国际法律体系：国家责任》。第一编(牛津，克拉伦登出版社，1983)，pp.132-166；D.D.卡伦，“责任的依据：行为归属和其他跨实体规则”，R. 利利埃和马格罗(合编)。《伊朗-美利坚合众国索赔法庭：对国家责任法的促进作用》(欧文顿昂哈德逊，跨国出版社，1998)，p.109；L.孔多雷利，“国际不法行为归于国家：解决办法的新旧趋势”，《课程讲义汇编》，第189卷(1984-VI)，p.9；H.迪普拉，《国家对侵犯人权行为的责任-行为归属问题》(巴黎，佩东出版社，1994)；A.V.弗里曼，“国家对其军队违法行为的责任”，《课程讲义汇编》，第88卷(1956)。p.261；F. 普泽塔兹尼克，“国家对其机关所从事未经核可行为的国际责任”，《斯里兰卡国际法学报》，第1卷(1989)，p.151。

事件而引起的某些问题提交给一个专门由法学家组成的委员会审议。⁹⁸ 此案涉及在希腊领土上一负责划定希腊与阿尔巴尼亚边界的国际委员会的主席和若干成员被暗杀的事件。在答复第 5 个问题吋，委员会陈述到：

“只有当国家在其境内因忽视采取一切合理措施防止犯罪并追踪、逮捕和审判罪犯而对外籍人士犯有政治罪吋才涉及国家的责任。”⁹⁹

(4) 把行为归于作为国际法主体的国家，其依据是国际法所确定的标准，而不是基于对实际因果关系的确认。作为一种标准化的运作方式，必须在将行为归于某一国同将行为定性为国际不法行为之间作出明确区分。所涉及的因素是，为了确定责任，必须有国家的行为存在。就此而论，表明该行为归于某一国家，并不能说明该行为是否具有合法性，将行为归于某一国家的规则不应该从其他意义的角度来拟定。但是，第二章所载述的将行为归于某一国家的各种规则具有累积的作用，所以如果某一国家没有采取必要措施以防止发生这种作用，就必须为私人当事方的行为后果负责。例如，就此而论，接受国可以不为私人夺取大使馆负责，但如果它没有采取一切必要措施来保护该大使馆，以免被夺取或重新恢复对该大使馆的控制，则须负责。¹⁰⁰ 在这方面，虽说确定行为归属的依据和据说被违反的特定义务分析起来有所不同，但两者之间常常有密切的联系。

(5) 为了确定责任而把行为归于某一国家的问题必须与据以授权特定机关以国家名义承担义务的其他国际法程序区别开来。因此，国家元首或政府首脑或外交部长被视为有权代表国家而无需出示全权证书。¹⁰¹ 这种规则与为了确定国家责任而将行为归于国家无关。原则上，国家必须为违背国际义务行为承担责任，而不论发

⁹⁸ 国际联盟，《公报》，第 4 年，第 11 号(1923 年 11 月)，p.1349。

⁹⁹ 国际联盟，《公报》，第 5 年，第 4 号(1924 年 4 月)，p.524。并参看詹姆斯案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第四卷，p.82(1925 年)。

¹⁰⁰ 见美国驻德黑兰外交和领事人员案，《1980 年国际法院报告书》，p. 3。

¹⁰¹ 见《维也纳条约法公约》第 7、第 8、第 46 和第 47 条，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331。

生行为的行政或政府当局的层级如何。¹⁰² 因此，本章中所列关于将行为归于某一国家的规则是为了上述特定目的、而不是为了需要为国家或政府下定义的其他目的而拟定的。

(6) 为了确定责任而确定国家机关的组成要素时，最重要的因素是每一国家的国内法和法律实践。国家的组织和国家机关的功能通常不受国际法制约。每一国家应该自行决定政府的组织方式和政府所应该发挥的功能。虽然国家可以根据本国的法律与实践而自由决定本国政府的组织结构和功能，国际法却有明确不同的作用。例如，发挥政府职能和行使公权力的若干机构(例如警察)的行为归于国家，即使国内法认定这些机构是不受政府行政部门管理的自主机构，也不例外。¹⁰³ 国家机关超越其职权行事的行为也可依国际法归于国家，而不论依其国内法确定的该机关地位如何。¹⁰⁴

(7) 本章的目的是阐明为了确定国际责任的目的而把行为归于国际法主体的情况。因此，行为归于作为国际法主体、而不是国内法主体的国家。在国内法中，通常将“国家”分为一系列不同的法律实体。例如，部委、司局、各种各样的单位，国家职司委员会或自治机关可能依国内法具有单独的法律人格，职有专司，各自负责。但是，国际法不允许一国以内部部分权方式逃避其国际责任。国家作为一个国际法主体，应该为形成组织，以该组织名义行事的所有机关、机制和官员的行为负责，不论它们是否依国内法具有单独的法律人格。

(8) 第二章由 8 个条文组成。第 4 条规定把国家机关的行为归于国家的基本规则。第 5 条处理授权行使一国政府权力的实体的行为。第 6 条处理甲国将其一机关交由乙国支配的特殊情况。第 7 条明文规定授权行使政府权力的机关或实体的行为应归于国家，即使这些行为是在有关机关或人员的权力范围以外或在违反指示的情况下进行的，也应归于国家。第 8 条至第 11 条接着处理了不是国家机关或实体的行为但依国际法应归于国家的另外一些情况。第 8 条处理按照一国家机关的训令或在

¹⁰² 这一点在联邦国家的情况下受到强调，参阅 LaGrand 案(德国诉美利坚合众国)，临时措施，《1999 年国际法院报告书》，p. 9, at p.16, 第 28 段。当然这种情况的发生不限于联邦国家的情况。另外参看第 5 条及其评注。

¹⁰³ 参看第 4 条评注，第(11)段；也参看第 5 条和评注。

¹⁰⁴ 参看第 7 条和评注。

其指示或控制下实施的行为。第 9 条处理在没有正式当局存在的情况下实施的若干涉及政府权力要素的行为。第 10 条载述在界定情况下为叛乱运动的行为承担责任的特殊情况。第 11 条处理按照前述一条文的规定不应归于国家、但国家自行以明示的方式或以行为承认其归属的情况。

(9) 这些规则是累积的，但也是限定的。若没有特定的承诺或保证(可能是特别法¹⁰⁵)，则在本条款所适用的情况中，一国不对人员或实体的行为负责。在许多情况下，一开始就显示国家脱离不了关系，例如某项法律、政府的决定或法院的判决直接引起损害的情况。但在拿不准的情况下，应由权利要求人确定行为的归属，就象必须确定有违反国际义务行为存在那样。¹⁰⁶ 第 2 条为这种事项规定了解决办法。

第 4 条

国家机关的行为

1. 任何国家机关，不论它行使制宪、行政、司法或任何其他职能，不论它在国家组织中具有何种地位，也不论它具有该国中央政府机关或一领土单位机关的特性，凡是以其资格行事的，其行为应视为国际法所指的国家行为。

2. 一机关包括依该国国内法具有此种地位的任何人或团体。

评 注

(1) 第 4 条第 1 款载述为了追究国际法中的国家责任而确定行为国的第一原则——以国家名义行为的一国家机关的行为归于国家的原则。“国家机关”一词的含义包括组成国家并以国家名义行事的所有个别的或集体的实体。这个原则适用于在国家范围内立足于与该国中央政府机关同样的基础上的领地政府实体：“与中央政府机关同样的基础上”一语明确了这一点。

¹⁰⁵ 参看第 55 条和评注。

¹⁰⁶ Yeager 诉伊朗伊斯兰共和国案(1987)17, 参阅《伊朗——美国索赔法庭报告书》92, at pp. 101-2.

(2) 这项规则不是最后的或唯一的规则。个人或不具备国家机关地位的实体的若干行为在国际法中可归于国家，本章稍后另一条文处理了这些情况。但这项规则却是个出发点。它规定了确定行为国的核心情况，并且是处理其他情况的出发点。例如，根据第 6 条，由国家授权、因而应归于国家的行为，必须曾经直接或间接地得到一国家机关的授权。

(3) 国家应为以其名义行事的国家机关的行为负责，很久以来，一直在国际司法判决中得到确认。例如在摩西案(1871)中，墨西哥—美国混合索赔委员会仲裁人 Lieber 在裁决中指出：“管理当局的官员或人员相当于政府，在国际层面上，它是所有官员和人员的总称”。¹⁰⁷ 从那时以来，有过关于这项原则的许多声明。¹⁰⁸

(4) 各国政府向 1930 年会议筹备委员会提出的答复¹⁰⁹ 一致认为：国家机关的作为或不作为必须归于国家。该会议第三委员会以一致意见一读通过第 1 条，“任何国家机关未能履行国家的国际义务时……”，应由国家承担国际责任。¹¹⁰

(5) 国家统一体原则必须是：为了确定国际责任，应该将所有国家机关的作为或不作为视为国家的作为或不作为。显然，没有特别指定任何类别的机关为国际不法行为的行为者，事实上，国家的任何机关都可能是作为或不作为的行为者。由于国际义务具有多样性，要对能够实行国际不法行为和不能够实行国际不法行为的机关进行一般性的区分，是办不到的。这一点体现在第 4 条第 1 款的结束语中，它明确地体现了在这个事项中的国际法规则。

¹⁰⁷ 穆尔，《国际仲裁》，第三卷，p. 3127(1891)，at p. 3129。

¹⁰⁸ 参看秘鲁意大利侨民索赔案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十五卷，p. 399(1901) (基耶萨索赔；p. 401 (塞萨雷戈索赔)；p. 404 (桑圭内蒂索赔)；p. 407 (韦尔切利索赔)；p. 408 (奎伊罗洛索赔)；p. 409 (罗杰罗索赔)；p. 411 (米利亚索赔)；萨尔瓦多商业公司，同上，第十五卷，p.455(1902)，at p. 477；芬兰船东案(英国诉芬兰)，同上，第三卷，p.1479(1934)，at p. 1501。

¹⁰⁹ 国际联盟，国际法编纂会议，筹备委员会为供会议讨论编写的基础文件，第三卷：国家对在其境内对外侨的人身或财产受到的损害的责任，pp. 25, 41, 52；第三卷补编：各国政府对问题单提出的答复；加拿大和美利坚合众国的答复(文件 C. 75(a)M. 69(a).1929.V.)，pp. 2-3, 6。

¹¹⁰ 载录于《1956 年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 225，附件 3。

(6) 因此,第4条中的“国家机关”一语的用意是指最普遍的含义。它扩大适用于任何种类或任何类别的、在等级结构的任何级别上履行任何职能的政府机关,包括省级机关、甚至地方一级的机关。它不限于中央政府的机关、高级官员或负责国家外交事务的人员。没有为了确定国际责任而区分立法、行政或司法机关。因此,在萨尔瓦多公司案中,美国/萨尔瓦多仲裁法庭指出:

“……一国应为其政府官员以官员名义行事的行为负责,无论该官员属于立法、行政或司法部门。”¹¹¹

国际法院也直截了当地确认了这个规则。它在关于人权委员会特别报告员法律程序之豁免的争论方面,指出:

“根据明确的国际法规则,必须将一国任何机关的行为视为该国的行为。这项习惯法规则载于国际法委员会一读暂时通过的国际责任条款草案第6条……”。¹¹²

在该案中,法院主要关心国家法院的判决,但是同一原则适用于立法和行政部门的行为。¹¹³ 常设国际法院在涉及德国在波兰上西列西亚的利益(法律依据)中指出:

¹¹¹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》,第十五卷(1902), p. 477。也参看查廷案。《联合国国际仲裁裁决报告书》,第四卷, p. 282 (1927), at p. 285-86; 《和平条约》第79条的解释所涉及的争端,《联合国国际仲裁裁决报告书》,第十三卷, p. 389(1955), at p. 438。

¹¹² 对人权委员会特别报告员法律程序之豁免的意见分歧,《1999年国际法院报告书》, p.62, at p.87, 第62段,其中提到国家责任条款草案中目前体现在第4条的原第6条。

¹¹³ 关于立法条例,参看波兰境内的德裔殖民者,1923年,常设国际法院,汇编B辑, No. 6, at p. 35-36; 但泽领土上的波兰国民和波兰裔或说波兰话的其他人待遇,1932年,常设国际法院,汇编A辑/B辑, No. 44, p.4, at pp.24-25; 摩洛哥磷酸盐案,初步反对意见,1938年,常设国际法院,汇编A辑/B辑, No. 74, p.10, at pp. 25-26; 摩洛哥境内美利坚合众国侨民的权利,《国际法院报告书》,1952, p. 176, at 193-194。关于行政行为,参看尼加拉瓜境内和外来的军事和警备活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)法律依据,上《国际法院报告书》,1986年, p. 14; 西西里电子股份公司案,《国际法院报告书》,1989年, p.15。关于司法条例,参看“莲花案”,1927年,常设国际法院,汇编A, No.10, 载于 p. 24; 但泽法院的权限,1928年,常设国际法院,汇编B, No. 15, 载于 p. 24; 阿姆巴蒂洛斯案,法律依据,《1953年国际法院报告书》, p.10, at pp. 21-22。在某些案件中,有关行为可能同时涉及行政行为和司法行为; 参阅《1902年婴儿监护权公约》的适用,《1958年国际法院报告书》, p. 55, at p.65。

“从国际法和法院的立场看来，国家机关、国内法 ... 以与法律决定或行政管理措施同样的方式表示意志，构成国家的活动。”¹¹⁴

因此，第 4 条适用于各机关，无论它们行使的是“立法、行政、司法或任何其他职能”。这一用语考虑到这样的事实：三权分立原则并没有在不同的国家得到遵循，有的根本没有实行，有的没有一贯遵循，许多机关行使的政府权力兼具立法、行政或司法性质。而且，这个用语的含意的扩展而不是限制，这是“或任何其他职能”等语所明确规定的。¹¹⁵ 为了将行为归于国家的目的，是否将某一国家机关的行为归类为“商业”或“行政法规”，是不相关的。当然，就此而论，一国的违约行为不引起违反国际法的行为。¹¹⁶ 在国际法上，有另一些必要事项与此有关，例如该国法院在其他缔约方提出的诉讼中拒绝司法。但是就第 4 条的目的来说，一国家机关的缔约或违约却是该国的行为，¹¹⁷ 在若干情形下，这种行为可能等于国际不法行为——例如，一国采购合同的生效违反政府采购规则的情况。¹¹⁸

(7) 只要是实际上或显然以官员名义行事，并不对“上级”和“下属”官员之间的原则层级作任何区分。这一点明文载于第 4 条中的“无论在国家组织中的地位如何”。无疑，低级官员的活动范围受到较大的限制；可能无法作出最后决定，为了用尽当地规则的目的，他们的行为总是会受到审核或纠正。但是，为了第 4 条的目的，由他们以官员名义执行的合同却应归于国家。二战以后的一些混合委员会往往

¹¹⁴ 德国在波兰上西里西亚的利益，法律依据，1926 年，常设国际法院，汇编 A 辑，No. 7, at p. 19.

¹¹⁵ 这些职能可能包括对私营部门给予行政指导。无论这种指导是否涉及违反国际义务行为可能是一个问题，但是，作为“指导”行为，它明显地归于国家。参阅《关税和贸易总协定》，日本- 半导体贸易，1988 年 3 月 24 日的小组报告，第 110-111 段；世贸组织，日本——影响消费者摄影底片和纸张的措施，小组报告 WT/DS44，第 10.12-10.16 段。

¹¹⁶ 见第 3 条和评注。

¹¹⁷ 参看欧洲人权法院对瑞典引擎—司机工会案的判决，载于欧洲人权法院，汇编 A 辑，No.20 (1976)，p. 14，和对施密特和达尔斯特勒姆案的判决，载于欧洲人权法院，汇编 A 辑，No.21 (1976)，p. 15。

¹¹⁸ 第六委员会中凡是对与这个问题有关的特定问题提出答复的委员都确认是否将国家机关的行为分类为国内法或行政法规与此无关：见《1998 年国际法委员会报告》(A/53/10)，第 35 段。

必须考虑到敌产管理员、市长和警官等国家次要机关的行为，并且一贯地将这些人的行为归于该国。¹¹⁹

(8) 同理，第4条中的原则也适用于中央政府机关和区域或地方机关。这项原则很久以来已经得到确认。例如，法国—意大利调解委员会在关于古兹公爵的继承人案件中指出：

“为了在本案中达成决定的目的，1947年8月29日法令不是由意大利国、而是由西西里区域颁布的事实是无关紧要的。因为意大利国必须负责履行和平条约，即使是西西里签订的条约也不例外，不因西西里根据意大利共和国公法得到了自治地位而受影响。”¹²⁰

这个观点在1930年国际法编纂会议的筹备工作中得到强烈的支持。会议明确地询问各国政府：国家是否应该为“行使政府职能的(市镇、州省等)立法或行政机关的作为或不作为负责”。各国的答复一律认为应该。¹²¹

(9) 为了将行为归于国家的目的，有关领土单位是联邦的一个组成部分或一个特定自治区不无关紧要的，该国国内法是否授权联邦议会强迫该组成单位遵守该国的国际义务，也与此无关。“蒙蒂霍”案的裁决是这方面一系列一致性裁决

¹¹⁹ 参看居里案。《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十四卷，p.21(1954)，at p.24；《意大利和平条约》第79条的解释所涉及的争端，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十三卷，p.389(1955)，at pp.431-432；莫泽案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十三卷(1953)，p.486，at pp.492-493。更早的判决参看Roper案，同上，第四卷，p.145(1927)；马塞案，同上，第四卷(1927)，p.155；韦案，同上，第四卷，p.391(1928)，at p.400；鲍德温案，同上，第六卷，p.328(1933)。参看巴勒莫市长在涉及西西里电子股份公司案中要求征用作物的申请审议情况，《1989年国际法院报告书》，p.15，参阅p.50，第70段。

¹²⁰ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十三卷，p.150(1951)，at p.161。较早的判决参看菲埃里·多米尼克和公司案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十卷(1905)，p.139，at p.156。

¹²¹ 国际联盟，国际法编纂会议，由筹备委员会编写的供会议讨论的基础文件，第三卷：国家对在其境内对外侨人身或财产受到的损害的责任(文件C.75.M.69.1929.V.)，p.90；第三卷补编：各国政府对问题单提出的答复：加拿大和美利坚合众国的答复(文件C.75(a)M.69(a)1929.V.)，pp.3, 18。

的起点。¹²² 法国/墨西哥索赔委员会在佩拉案中重申“……联邦必须为引起外国索赔的各州的一切行为承担国际责任的原则”，并且特别指出这种国际责任“……不容否认，即使联邦宪法不认为中央政府有权控制个别州省或要求个别州省在行事时遵守国际法规则，也是这样”。¹²³ 从此以后，这项规则一贯适用。例如，国际法院在LaGrand案中就此指出：

“鉴于一国为以该国名义行事的主管机关和当局的任何行为承担国际责任；鉴于美国应该采取可以利用的一切措施确保沃尔特·拉格兰德在上述诉讼最后判决以前不致被处死；鉴于，根据法院获得的资料，本院命令中所指措施的执行属于亚利桑那州州长的权限范围；鉴于美国政府因此有义务将本院命令转交该州长；鉴于亚利桑那州长有义务遵照美国的国际承诺行事；……”¹²⁴

(10) 采取这种观点的理由由于下列事实而得到加强：联邦国家在结构和权力分配方面差异很大；在大多数情况下，各组成单位没有属于他们自己的(无论如何有限的)单独人格，也没有任何缔约权力。在联邦的各组成单位能够以自己的名义缔结国际协定的情况下，¹²⁵ 另一缔约方很可能同意如果对方违约，只诉究该组成单位；在这种情况下，这个事项将不涉及联邦的责任，因而不属于本条款的范围。另一个

¹²² 参看穆尔，《国际仲裁》，第二卷(1875)，p.1440。at p.1440。参看德布里索 等人与穆尔合著，《国际仲裁》，第三卷，pp.2967 (1855)，at pp.2970-2971；菲埃里·多米尼克和公司案。《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十卷，p.139 (1905)，at pp.156-157；戴维案，同上，第九卷，p.467 (1903)；at p.468；简斯案，同上，第四卷，p.82 (1925)，at p.86；斯温尼案，同上，第四卷，p.98 (1925)，at p.101；昆塔尼拉案，同上，第四卷，p.101 (1925)，at p.103，尤曼斯案，同上，第四卷，p.110 (1925)，at p.116；马伦案，p.173，(1925)，p.177；维纳布勒案，同上，第四卷，p.218 (1925)，at p.230；特里波列案，第四卷，p.534 (1929)，at p. 601。

¹²³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第五卷，p.534 (1929)，p.536。

¹²⁴ 拉格兰德案(德国诉美利坚合众国)，临时措施，《1999年国际法院报告书》，p.9，at p.16，第28段。参看2000年6月27日的判决。

¹²⁵ 参看《瑞士联邦宪法》第56条第3款、第172条第3款，1999年4月18日。

可能情况是：联邦依条约所承担的责任可能由该条约中的联邦条款加以限制。¹²⁶ 这显然是一般规则的一种例外情况，只适用于缔约国之间的关系和该条约所涉及的事项。它具有特别法原则的效力：见第 55 条。

(11) 第 2 款解释国内法在确定某一国家机关的地位方面的恰当性。依国内法对某一国家机关的定性是决定性的。另一方面，基于若干理由，光是提到由国内法确定国家机关的地位是不够的。在若干法系中，各种实体的地位和职能是由法律以及实践和惯例决定的，光是提到国内法可能引起误导作用。此外，一国国内法可能无法最后确定或根本无法确定实体的类别和哪些实体具有“机关”的地位。在这种情形下，虽然国内法中规定的某一实体的权力及其与其他实体的关系将同它是否被归类为“机关”有关，但是，国内法本身并不履行分类的工作。即使如此，国内法中所使用的“机关”一语可能具有适应特殊目的的含义，但不是第 5 条中所指的范围极为广泛的含义。例如，在某些法系中，“政府”一词仅指国家元首和内阁部委等最高级的机关。在另一些法系中，警察部门具有不受行政部门辖制的特殊地位；不能因此便认为，为了国际法上的目的，警察部门不是国家机关。¹²⁷ 因此，一国光是依国内法声称某一的确以国家机关名义行事的实体不具有机关的地位，并无法免除该国对其行为的责任。第 4 条第 2 款中以“包括”一词实现这个结果。

(12) 在第 4 条第 2 款以及第 5 条和第 7 条使用了“人或实体”。这是为了从广义上包括任何自然人或法人，其中包括担任公职的个人、部门、专门委员会或行使公权力的其他机关等等。1991 年通过的《国家及其财产的管辖豁免条款草案》也按照同样的含义使用了“实体”一语。¹²⁸

(13) 虽然第 4 条中所载述的原则足够明确，不容置疑，在适用上可能发生困难。特别困难的是如何确定某人是否以国家机关的名义行事。为了这个目的，该人

¹²⁶ 参看《保护世界文化和自然遗产公约》，巴黎，《联合国条约汇编》，第 1037 卷，p.151，第 34 条。

¹²⁷ 参看德意志联邦共和国联邦宪政法院受理的科学论派教会案，1978 年 9 月 26 日的判决，案号：VI ZR 267/76, NJW 1979, p.1101; 《国际法报告》，第 65 卷，p.193; 普罗彭德金融物业有限公司诉辛格案(1997)，《国际法报告》，第 111 卷，p.611 (苏格兰上诉法院)。这些是国家豁免案，但是，同样的原则也适用于国家责任领域。

¹²⁸ 《1991 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，pp.14-18。

是否有隐蔽的或不适当的动机或者可能滥用政府权力，并不相干。在该人以明确的官方名义或以当局作为幌子行事时，其行为应归于国家。国际仲裁裁决中历来明确区分未经授权的国家机关行为和纯属私人的行为。例如，美国/墨西哥一般索赔委员会对马伦案的裁决(1927)考虑到：一、以私人名义行事的某一官员的行为；二、同一官员以官方名义滥用权力的另一行为。¹²⁹ 后一行为归于国家，前一行为并不是。法国—墨西哥索赔委员会在 Caire 案中只在“与官方职能无关、实际上只是私人行为”的情况下，才免除国家的责任。¹³⁰ 纯属私人行为的情况不应该与超越其权限行事或违反其作业规则的国家机关行为混淆起来。在后一情况下，该机关却是以国家名义行事的：第 9 条中确认了这个原则。¹³¹ 当然，在进行这种检验时，每一案件的审理都必须以其事实和情况为依据。

第 5 条

行使政府权力要素的个人或实体的行为

虽非第 4 条所指的国家机关、但经该国法律授权行使政府权力要素的实体，其行为依国际法应视为该国的行为，但以该实体在有关事件中系以政府资格行事者为限。

评 注

(1) 第 5 条载述把虽然不是第 4 条所指国家机关、但受权行使政府权力的机构的行为归于国家的情况。该条的用意不是为了考虑到日益寻常的准国家实体代替国家机关行使政府的一部分权力的现象，以及以前的国营公司开放民营以后保有若干政府职能或管理职能的情况。

¹²⁹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第四卷，p.173 (1927)，at p.175。

¹³⁰ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第五卷，p.516 (1929)，at p.531。也参看本斯利案(1850)，载于穆尔，《国际仲裁》，第三卷，p.3018(“在没有任何官方程序色彩和与其正式职责没有任何联系的情形下肆意践踏……”)。卡斯特莱恩案，穆尔，《国际仲裁》，第三卷(1880)，pp.2999。并参看第 7 条和评注。

¹³¹ 另参看第 7 条第 7 款评注。

(2) “实体”这一普通用语反映了各种各样的实体虽然不是机关却可以依法由国家授权行使政府的一部分权力的情况。这些实体可能包括国营公司、准国营实体、政府的各种代理、在特殊情况下，甚至包括私营公司(在每一情况下，国家依法授权该实体行使通常由国家机关行使的公共性质的职能)，实体的行为涉及有关政府权力的行使。例如，某些国家的私营保卫公司可能根据合同担任监狱的警卫，可以以那种名义根据司法判决或监狱规章行使拘留和纪律等公权力。私营或国营的航空公司可能受权行使有关移民管制或检疫的若干权力。在伊朗—美国索赔法庭审理的一个案件中，有一个由国家成立的自治基金会在政府的密切监督下拥有用于慈善事业的财产；它的权力包括查明查封的财产。据认为，它是一个公营实体而不是私营实体，因此属于该法庭的权限范围；关于该基金会对据称被没收的财产的管理，无论如何，应该属于第 5 条的适用范围。¹³²

(3) 一实体可根据特定法系的标准归类为公营或私营实体的事实，国家对其资金、或更概括地对其资产所有权程度不同的参与的存在，它不受行政部门监督的事实——是否应把实体的行为归于国家，并没有决定性的标准。反之，第 5 条提到这些实体的真正共同特性：它们都在一定程度上或特定的情况中受权行使一部分特定的政府权力。

(4) 准国家实体或许是相对说来比较现代的现象，但是第 5 条中所体现的原则已经被确认了相当时候了。例如，1930 年编纂会议筹备委员会调查表得到的答复显示：某些国家的政府强烈支持将代替政府行使行政或立法权力的自治团体的行为归于国家。例如德国政府宣称：

“当一些团体受权以政府机关的名义行事，例如维持一个地区的治安……国家应为其机关承担责任的原则以同等的效力适用。从国际法的观点看来，一国是否以自己的警察维持一个地区的治安或在不同程度上委托一些自治团体行使这一职责，是无关紧要的”。¹³³

¹³² 凯悦国际公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案(1985)9《伊朗-美国索赔法庭报告书》72, at pp.88-94.

¹³³ 国际联盟，筹备委员会为供会议讨论编写的基础文件，第三卷：国家对在其境内的外侨人身或财产受到的损害的责任，文件 C. 75. M. 69. 1929.V., p.90。德国政府指出：这些评述可扩大适用于“国家，作为一种例外措施，授权私人组织行使政府权力和职责或核准它们行使主权权利的情况，例如私营铁路公司获准维持警察力量”：同上。

据此，筹备委员会拟订了下列讨论基础，虽然该会议第三委员会无法在会期内加以审查：

“一国由此种……自治机构行使立法或行政性质的政府职能时，若这些机构的作为或不作为违反该国的国际义务，应对外国人因此受到的损害承担赔偿责任”。¹³⁴

(5) 依国际法把“准国家”实体的行为归于国家的理由是基于这样的事实：国家的国内法授权该实体履行一部分政府职能。如果为了确定国际责任的目的，把它视为国家的行为，此种实体的行为就必须是政府的有关活动，而不是该实体所从事的其他私人活动或商业活动。例如，铁路公司获得了若干警察权力，如果它行使警察权力，将依国际法被视为国家的行为，如果从事其他活动(例如售票或购置车皮)，就不能视为国家的行为。

(6) 第5条并不是要为了把一实体的行为归于国家而确切界定“政府权力”的范围。要是超越一定的范围，算不算“政府的”就取决于特定社会、其历史和传统的情况。特别重要是不光是权力的内容，而是对该实体的授权方式、行使那些权力的目的、该实体必须为行使那些权力向政府负责的程度。基本上，这是将一般标准适用于各种情况的问题。在每一索赔案中，索赔人必须能够证明损害的确是该实体行使政府权力造成的。

(7) 第5条案文明确限定为依国内法授权行使政府权力的那些实体。这一点与适用第6条的一实体在国家的指挥或控制下行事的情况不同，也有别于适用第7条的在国家机关人员不存在或缺席但需要行使政府权力的情况下获得授权的实体或集体。为了第5条的目的，也适用于一实体在权力的行使上需要有独立的裁量权或行事权的情况；没有必须证明该行为实际上是在国家的控制下进行的。另一方面，第5条不拟适用于国内法只是授权或容许该国所有公民都有权采取的自助或自卫行为。有关国内法必须明确批准这种行为为涉及政府权力的行为；光是作为社区事务一般规章的一部分容许进行活动是不够的。因此，这是一个范围狭窄的类别。

¹³⁴ 同上，p.92。

第 6 条

由另一国交由一国支配的机关的行为

由另一国交由一国支配的机关，如果为行使支配该机关的国家权力要素而行事，其行为依国际法应视为支配该机关的国家的行为。

评 注

(1) 第 6 条载述一国实际上将一机关交由另一国支配、该机关暂时为了其他国家的利益，在该国的管理下行事。这是有限度的确切情况。在这种情况下，原来属于一国的机关完全以另一国的名义行事，其行为只归于该另一国。

(2) 第 6 条中“交由支配”一语表明为了依国际法使该机关的行为视为接受国的行为、而不是派遣国的行为所必须满足的基本条件。“交由”接受国“支配”的机关概念是一个适应特殊目的的概念，意味着“借出”机关是经同意、在接受国的管理下为其目的行事。不仅必须为该机关指派人员为可以支配该机关的国家行使职能。在履行接受国委托它行使的职能时，该机关也必须在接受国、而不是派遣国的行政领导和监督下按照派遣国、而不是接受国的指示与接受国的机构协作。因此，第 6 条不涉及依照条约或以其他方式进行国家间合作或协作的普通情况。¹³⁵

(3) 可以列入“交由”另一国“支配”的一国家机关这个限定概念范围内的事例可能包括保健部门的一部分或交由另一国指挥以协助克服瘟疫或自然灾害的另一些单位，或在特定情况下指派法官到另一国的司法机关任职。另一方面，一国机关只是在另一国境内向其提供援助或协助的情况不适用第 6 条。例如，为了行使集体自卫权利或为了其他目的，可能派遣武装部队支援另一国。该部队仍由派遣国指挥，所行使的是派遣国、而不是接受国的政府权力要素。也可能发生这样的情况：一国

¹³⁵ 因此，意大利根据与阿尔巴尼亚的协定在海面取缔非法移民的行为不归于阿尔巴尼亚：Xhavara 等人诉意大利和阿尔巴尼亚，请诉书编号：39473-98，欧洲人权法院，2001 年 1 月 11 日的判决，反之，土耳其在欧共体-土耳其关税联盟采取的行为仍归于土耳其：参看世贸组织，土耳其对纺织品和服装制品进口所施加的限制，小组的报告，WT/DS34/R，1999 年 5 月 31 日，第 9.33 - 9.44 段。

的机关按照本国和另一国的共同指示行事，或者由一个单一的实体(若干国家的共同机关)指挥。在这些情况下，按照本章另一些条文的规定，有关行为归于两国。¹³⁶

(4) 因此，第 6 条的关键目的在于在有关机关与接受国政府结构或当局之间建立一种职能联系。受另一国“支配的机关”的概念排除了为先前国家的目的或甚至为共同的目的派往另一国家而又保持其自主性和地位的国家机关的情况：例如，文化处、外交使团或领馆、外国救灾或援助组织。下列情况也不属于第 6 条的范围：在不征得“受惠”国家的同意下代行其职能，例如，处于未独立状况、领土被占领或类似情况地位的国家被迫允许其自身机关的行为或多或少被另一国弃置不顾或取代。¹³⁷

(5) 若要适用第 6 条，还必须满足另外两个条件。首先，所指机关必须拥有派遣国机关的法律地位；其次，其行为必须包含行使接受国政府权利的要素。这两个条件中的第一个将不具备派遣国机关地位的私人实体或个人排除在第 6 条的范围之外。例如，在技术援助方案下供一国支配的专家或顾问，不具备派遣国机关的地位。第二个条件是另一国交由一国支配的机关必须“行使”接受国“政府权力要素”。只有在借用机关涉及行使接受国的政府权威时，其行为才能归属于该接受国。与国家在例如相互防御、援助和发展领域合作行动的若干例子加以比较，第 8 条只涵盖具体和有限的“转移责任”的概念。然而，在国家实践中情况并非不可知。

(6) 在谢弗罗案¹³⁸中，一位英国驻波斯领事以法国领馆临时代办的身份丢失了托付给他的某些文件。对于法国提出的诉讼，仲裁人比奇曼认为“英国政府不能为其领事以代管另一国领馆的人而承担疏忽负责。”¹³⁹ 仲裁人在调查结果中暗示，英国领事代行职责的商定条件中未载有对其行为负责的规定。如果第三国就此提出诉讼，按照第 6 条恰当的应诉人应是接受国，而条件是这一行为是代表该国作出的。

¹³⁶ 参看第 47 条和评注。

¹³⁷ 指挥、控制和胁迫另一国实施国际不法行为的责任，参阅第 17 和第 18 条及其评注。

¹³⁸ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷(1931)，p.117。

¹³⁹ 同上，p.1141。

(7) 欧洲人权委员会在涉及瑞士警察在列支敦士登行使“委托”权力的两起案例中审议了“借用”机关行为的国家责任问题。¹⁴⁰ 当时列支敦士登并非《欧洲公约》的缔约方，因此如果有关行为只归因于列支敦士登，则不可能发生违反该公约的行为。欧洲人权委员会认为此案可以受理，依据是根据瑞士和列支敦士登 1923 年处理两国关系的条约，瑞士在列支敦士登行使其本身的海关和移民管辖权，尽管需征得后者的同意和出于相互利益。涉案警察只受瑞士法律管辖，因此，被视为行使瑞士公共当局的权力。从这个意义上说，他们并非“交”接受国“支配”。¹⁴¹

(8) 适用第 6 条的另一个长期存在的实例是联合王国的枢密院，它担任英联邦中若干独立国家的最终上诉法院。枢密院对英联邦独立国家上诉作出的裁决所引起的责任是该国、而不是英联邦的责任。根据条约安排行事某些最高上诉法院发挥着与枢密院平行的作用。¹⁴² 一国法官在一段期间内借调给另一国的例子很多：他们以接受国法官身份作出决定的行为不能归于派遣国，即便派遣国继续支付他们的薪水和对他们的官方行为负责，也是这样。

(9) 在国际组织将其一机构交由一国支配并行使该国政府权力要素的情况下，也可能发生同样的问题。与第 6 条目前限制的国与国之间的例子相比，这种情况，更加属于例外情况。它还引起了国家与国际组织之间关系的这一难题，这个问题不属于本条款的范围。因此，第 57 条规定：国际组织或一国对某一国际组织的责任的所有问题都不属于在本条款范围。同样，第 6 条不涉及诸如一国根据条约将被告人转交一国际机构的情况。¹⁴³ 有关国家在与国际组织合作时并不对它们随后的行为承担责任。

¹⁴⁰ X 和 Y 诉瑞士(联合请诉书第 7289/75 号和第 7349/76 号), (1977)9 D. R. 57: 20 《欧洲人权委员会年鉴》372, 载于第 402-406 页。

¹⁴¹ 参看德罗兹和雅诺塞克诉法国和西班牙, 欧洲人权法院, 汇编 A 辑, No.240 (1992), 载于第 96、110 段。并参看主计员和审计长诉戴维森案, (1996)104 I.L.R.526 at pp.536-7(库克, P.), pp.569, 574-576 (里查森, J.), 以其他理由向枢密院提出的上诉被驳回: 《国际法报告书》, 第 108 卷, p.622。

¹⁴² 例如瑙鲁与澳大利亚关于瑙鲁最高法院向澳大利亚最高法院提出的上诉安排, 《联合国条约汇编》, 第 1216 卷, p.151。

¹⁴³ 参看罗马《国际刑事法院规约》, 1998 年 7 月 17 日, A/CONF.183/9, 第 89 条。

第 7 条

逾越权限或违背指示

国家机关或经授权行使政府权力要素的任何个人或实体，如果以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。

评 注

(1) 第 7 条涉及的是国家机关或实体未经授权的行为或越权行为这一重要问题。它清楚地表明，以其官方身份行事或以其官方名义行事的国家机关或授权行使政府权利要素的实体的行为，即使该机关或实体逾越授权或违背指示行事，其行为仍归于国家。

(2) 国家不能躲在下列概念之后，即按照其国内法或下达给其机关或代理人的指标，他们的作为或不作为本不应发生，或应采取不同的形式。倘若所涉机关或实体以其官方地位为掩护公开犯有不法行为或明显逾越其权限情况仍然如此。即便该国的其他机关宣称该行为与其无关，亦是如此。¹⁴⁴ 任何其他规则都会违背第 3 条所陈述的基本原则，因为不然的话国家就可以引用其国内法为这一行为辩解，称实际由其机关从事的这一行为不能归于国家。

(3) 这一规则的逐渐演变是对国际关系中清晰和安全需要的回应。尽管在早期的外交实践和仲裁法庭上，¹⁴⁵ 国家实践倾向于支持这一由英国政府为答复意大利的请求而表明的主张，即“所有政府均应对其代理人以其官方身份作出的行为负

¹⁴⁴ 参看“斯塔尔和赫勒尔德”纠纷，穆尔，《文摘》，第六卷，p. 775。

¹⁴⁵ 在早期的一些案例中，国家需对官员的行为负国际责任，但没有明确官员是否逾越授权：参阅“独生子”案，穆尔，《国际仲裁》，第四卷，3404，at pp. 3404-3405；“威廉·李案”，同上，第四卷，p. 3405；多诺霍案，同上，第三卷，p. 3012(1876)。法庭虽然对这个问题作出了明确的审查，但并未一贯地适用任何单一原则：参阅海关收税员：Lewis 案，同上，第三卷，p. 3019；加迪诺案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十五卷，p. 414(1901)；“拉卡泽”案，德拉普拉戴尔和波利蒂斯，《国际仲裁汇编》，第二卷，p. 290，at pp. 297-298；“威廉·耶顿”案，穆尔，《国际仲裁》，第三卷，p. 2944，at p. 2946。

责”。¹⁴⁶ 如西班牙政府所指出的：“如果不是这样，最后就有可能授权滥用权力，因为在大多数情况下无实际办法证明代理人是否按照收到的批示行事”。¹⁴⁷ 此时美国支持的“国际法规则是主权国家在外交程序上对代理人不仅逾越实际授权而且逾越表意代理权的渎职行为而给一外国人造成的损害不承担责任”。¹⁴⁸ 或许普通的表达方式具有基本相同的效果，因为不属于实际和表意代理权范围内的行为不可能“以……官方身份”作出。不管怎么说，在1930年海牙编纂会议上，对筹委会提出的征求意见请求作出反应的大多数国家明显赞成以最广义方式拟订这一规则，对于“在国家境内以公职身份(职能行为)但逾越其授权的行为”规定由国家负责。¹⁴⁹ 由委员会编写的讨论基础反应了这一观点。会议第三委员会一读通过了以下一条：

“如果由于一国官员以其官方职能为掩护而作出的未授权行为使一外国人蒙受损失，如果这一行为违背该国的国际法义务，则引起……该国的国际责任”。¹⁵⁰

(4) 在国际法理学、国家实践和法学家们的著作均已牢固地树立起了这个意义上的当代规则。¹⁵¹ 例如，这一点得到1949年8月12日的日内瓦四公约1977年《日内瓦第一号附加议定书》第91条¹⁵² 规定的肯定：“……冲突一方，……应对组成

¹⁴⁶ 关于英国政府和西班牙政府应意大利的请求针对与秘鲁的争端于1898年发表的意见，见《意大利外交部档案》，政治篇，P, No.43。

¹⁴⁷ 阿尔莫多瓦尔·德尔里奥公爵的外交照会，1898年7月4日，同上。

¹⁴⁸ “美国圣经协会”事件，美国国务卿的声明，1885年8月17日，穆尔，《文摘》，第六卷，p. 743；“夏因和米利根”案，哈克沃思，《文摘》，第五卷，pp.570-571。

¹⁴⁹ 第五点，第2(b)，国联，国际法编纂会议，筹备委员会为供会议讨论起草的基础文件，(文件C. 75. M. 69. 1929. V.)，第三卷，p.74；第三卷补编(文件C. 75(a). M. 69(a). 1929. V.)。pp. 3和17。

¹⁵⁰ 同上，p.238。对这一现代规则演变情况的详细介绍，载于《1975年国际法委员会年鉴》，第二卷，pp. 61-70。

¹⁵¹ 例如，1961年特别报告员F.V.加西亚·阿马多尔的修订草案规定，如果有关国家机关或官员逾越权限但又被认为是以其官方身份行事，其作为或不作为均应归于国家”。《1961年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 53。

¹⁵² 1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(第一议定书)，《联合国条约汇编》，第1125卷，p. 3。

其武装部队的人员所从事的一切行为负责”。这清楚地包含违反命令或指示从事的行为。评注指出，第 91 条以协商一致获得通过并“符合关于国际责任的一般法律原则”。¹⁵³

(5) 对这一现代规则的确定性阐述见之于由法墨索赔委员会决定的凯尔一案。该案涉及两名墨西哥军官对一名法国人的谋杀，这两人在勒索赎金未果后将凯尔押进当地的兵营并将他枪杀。委员会认为……

“这两名军官，即便被认为是逾越职权行事……即便其上司所下的命令相反，仍然涉及国家的责任，因为他们以军官身份为掩护行事并且利用了由于其身份而供其支配的手段。”¹⁵⁴

(6) 国际人权法院和法庭也采用同一规则。例如美洲间人权法院在维拉斯克斯·罗德里格斯一案中指出，……

“这一[违反《公约》]的结论不因机关或官员是否违反了国际法的规定或逾越了授权而受限制：根据国际法，一国对其代理人以官方身份采取的作为或不作为负责，即便这种代理人超越其授权范围或违反国内法行事亦是如此”。¹⁵⁵

(7) 在确定第 9 条对于官方机构未授权行为的适用性一事上所要解决的核心问题是，该机构的行为是否以官方身份作出。其中官员以其官方身份行事尽管违法或违背指示的案例必须与其行为与官方职责范围相去甚远，应等同于个人私人行为而

¹⁵³ 红十字国际委员会，关于附加议定书的评注(日内瓦，1987)，pp.1053-1054。

¹⁵⁴ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第五卷，p. 516 (1929)，at p. 529。对这一规则的其他表述，参见马尔案，同上，第十卷，p.730(1903)，at pp.732-733；拉马西卡案，同上，第十一卷，p.549(1916)，at p.560；尤曼斯案，同上，第四卷，p.110(1916)，at p.116；马伦案，同上，第四卷(1925)，p.173；史蒂芬斯案，同上，第四卷，p.265(1927)，at pp. 267-268；韦案，同上，p.391(1925)，at pp.400-401。美国诉讼法院对荷兰皇家劳埃德公司诉美国一案的判决，73, Ct.Cl. 722(1931)；A.D.P.I.L.C.，第 6 卷，p.442 也经常引述。

¹⁵⁵ 美洲人权法院，汇编 C 辑，No.4(1989)，载于第 170 段；95《国际法报告书》232，at p. 296。

不能归于国家的案例必须加以区别。用伊美索赔法庭的话说，问题在于行为是否由“披着政府授权外衣的人所为。”¹⁵⁶

(8) 如申诉的行为属于有计划有步骤或反复出现的行为，即国家了解或应当了解并已采取步骤加以防范，则可避免对未经授权但仍属“官方”的行为和“私人”行为加以区别的问题。然而，在某些情况下仍需要对这两种情况加以区别，例如在审议身为官员的个人严重违法行为的个别案例就属这种情况。这一区分体现在第7条“以这一身份行事的人或实体”这一表述中。这表明所指行为仅包括意图行使或明显地在行使其官方职能的机关的作为和不作为，而非恰巧属于国家机关或代理人的个人的私人作为或不作为。¹⁵⁷ 总之，问题在于他们是否明确授权行事。

(9) 第7条草案只适用于国家机关或授权行使政府权力要素的实体的行为，即只是用于由第4、第5和第6条所涵盖的行为归属情况。由其他人、群体或实体采取的未经授权的行为引起不同的问题，第8、第9和第10条分别处理了这些问题。

(10) 关于行为归属规则，第7条并不涉及行为是否等同于违反国际义务的问题。下达给一机关或实体的指示被置之不理，或其行为属于越权行为在确定是否违反义务时可能有关，但这是另外一个问题。¹⁵⁸ 同样，第7条并不涉及因机关或代理人越权或违反指示所犯国际不法行为引起的诉讼可否受理的问题。根据地方法律凡出现未授权或无效行为因而可采取当地补救时，根据用尽当地补救的原则，在提出国际诉讼之前必须先求助于地方补救。¹⁵⁹

¹⁵⁶ 佩特罗莱恩石油公司诉伊朗伊斯兰共和国案(1991)27《伊朗-美国索赔法庭报告书》，64, at p. 92.

¹⁵⁷ 第7条所载述的越权行事行为的一种形式是一国官员为实行某些行为或议定某些交易而接受贿赂。本条款不涉及接着产生的与交易的效力有关的问题(参阅《维也纳条约法公约》第50条)。就贪污腐败行为的责任而言，可能引起无需在本条款中明确处理的各种各样的情况。在一国贿赂另一国有关机关实行某些官方行为的情况下，贪污腐败国应根据第8条或第17条承担责任。在这种情况下，很少发生受贿官员对其本国的责任问题，但可能发生其对第三方的责任问题，第7条可以适当地加以解决。

¹⁵⁸ 见西西里电子股份公司案，《1989年国际法院报告书》，p.15, esp. at pp. 52、62和74。

¹⁵⁹ 另见第44条(b)项及其评注。

第 8 条

受到国家指挥或控制的行为

如果一人或一群人实际上按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的该国的行为。

评 注

(1) 作为一般原则，私人的行为依国际法不归于国家。但是可能发生这样的情况：由于行事的人或实体与国家之间存在着特定的实际关系，这种行为应归于国家。第 8 条规定了两个这样的情况：第一个是私人接受国家训令实施不法行为的情况。第二个是私人在国家的指挥或控制下行事的比较普通的情况。¹⁶⁰ 考虑到国际法中效能原则的发挥的重要作用，在两种情况下都必须考虑到行事的人或集体与国家机构之间存在着实际联系。

(2) 把实际上得到国家核准的行为归于国家的做法在国际法学上得到了广泛的接受。¹⁶¹ 在每一此类案件中，涉及的人员是否私人是无关紧要的；其行为是否涉及“政府的活动”也没有关系。最常见的这种情况是：国家机关为了辅助自己的行动而招聘或鼓动私人或团体担任国家正式编制以外的“辅助人员”。例如，一些个人或私人团体虽然没有明确接受国家的委托，也没有纳入警察编制或参军，却担任辅警或军中辅助人员，或当作“志愿人员”送到邻国工作，或奉命到国外进行特殊任务。

¹⁶⁰ 有人提出一国在另一国的指挥或控制下从事国际不法行为的另一些问题：参看第 17 条和评注，尤其是第(7)段中提到的“指挥”和“控制”在各种语文中的含义。

¹⁶¹ 参看扎菲罗案。《联合国国际仲裁裁决报告书》，第六卷，p. 160(1925)；斯蒂芬斯案，同上，第四卷，p.265(1927)，at p.267；利哈伊谷地铁路公司和其他人(美国)诉德国(故意破坏案)；“黑汤姆”和“金斯兰”事件，同上，第八卷，p.84(1930)；和同上，第八卷，p.225(1939)，at p. 458。

(3) 确定行为是否“受一国的指挥或控制”是比较复杂的问题。若国家指挥或控制特定作业而且指挥的行为是该项作业的一个整体部分，才把行为归于国家。这项原则不适用于只是与一作业有关、不必由国家指挥或控制的附带行为或外围行为，

(4) 在军事及警备活动中，的确由国家加以控制的行为才可以归于国家，其控制程度是关键问题。¹⁶² 问题在于：是否可以把叛军的行为归于美国，以便依国际人道主义法使美国一般地为其违法行为担负责任。法院根据“控制”概念分析了这个问题。另一方面，法院认为，由于美国对尼加拉瓜行动军提供“计划、指挥和支助”，应为此担负责任。¹⁶³ 但是，法院拒绝了尼加拉瓜以叛军受到美国控制为由，把叛军的一切行为归于美国的要求。法院总结指出：

“尽管美国对叛军提供了大量的津贴和其他支助，却没有明确的证据显示美国实际上在一切领域实行的控制大到可以认定叛军是以美国的名义行事的程度……在没有更确凿证据的情况下，光是上面提到的美国的一切参与形式、甚至美国对高度依赖它的一支军队的全面控制，并不意味着美国指挥或执行了申请国所指称的侵犯人权和违反人道主义法的犯罪行为。这种行为很可能是叛军在不受美国控制的情况下犯下的。若要美国承担对这种行为的法律责任，从原则上说，就必须证明：美国在尼加拉瓜指称的侵犯人权事件过程中，对军队或警备部队的行动实行了有效的控制。”¹⁶⁴

因此，虽然美国必须为支助叛军担负责任，根据由实际参与和提供指挥的情况判断，只有在一些个别事例中，可以把叛军自己的行为归于美国。法院认识到，光凭叛军对美国的依赖和美国对叛军的支助的一般情况，并不足以构成把行为归于美国的理由。

¹⁶² 尼加拉瓜境内和外来的军事及警备活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，法律依据，《1986年国际法院报告书》，p.14。

¹⁶³ 同上，p.51,第86段。

¹⁶⁴ 同上，pp.62和64-65,第109和115段。参看阿戈法官的一致意见，同上，p.189,第17段。

(5) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭也研讨了这些问题。¹⁶⁵ 在公诉人诉 Tadic 案中, 该分庭强调:

“国际法对于把私人的行为归于国家的要求是: 国家对个人实行了控制。但是, 控制的程度可能根据每一案件的实际情况而各不相同。上诉分庭没有查明在每一情况下国际法对控制程度的检验要求高门槛的原因。”¹⁶⁶ 该上诉分庭认为, 按照国际法的规定, 为了将武装冲突视为国际冲突, 南斯拉夫当局对上述军队的控制程度必须是“不仅限于资助和装备军队以及参与军事行动的规划和监督的全面控制”。¹⁶⁷ 在辩论过程中, 他们绝大多数认为, 必需否定国际法院在尼加拉瓜军事及警备活动案中所采取的着手方式。但是南斯拉夫案中的法律问题和实际情况与国际法院审理的尼加拉瓜军事及警备活动案件不同。法庭的职责是究明个人的刑事责任问题而不是国家的责任问题, 该案中的问题不涉及责任而涉及国际人道主义法的适用规则。¹⁶⁸ 总之, 需要逐案鉴别特定行为是否在国家的控制下进行, 以确定是否应该将该行为归于国家。¹⁶⁹

(6) 由国家经营和控制的公司或企业的行为方面, 也发生有关问题。如果这种公司的行为违反该国的国际义务, 便产生可否将这种行为归于国家的问题。在讨论这个问题的时候, 人们必须记得: 国际法认识到, 在国家一级上的公司实体通常分

¹⁶⁵ 第 IT-94-1 号案件, 公诉人诉塔迪茨案, (1999)《国际法律资料》, 第 38 卷, p.1518. 审讯分庭的判决(1997), 见《国际法报告书》, 第 112 卷, p.1.

¹⁶⁶ 第 IT-94-1 号案件, 公诉人诉塔迪茨, (1999)《国际法律资料》, 第 38 卷, p.1518, at p. 1541, 第 117 段(着重号是原文附加的).

¹⁶⁷ 同上, 第 145 段(着重号是原文附加的).

¹⁶⁸ 参看沙哈布迪恩法官的解释, 同上, at pp. 1614-1615.

¹⁶⁹ 例如, 伊朗-美国索赔法庭也处理了要达到多大控制程度才可将行为归于国家的问题: Yeager 诉伊朗伊斯兰共和国(1987)17《伊朗-美国索赔法庭报告书》92, at p.103. 参见斯塔雷特住房公司诉伊朗伊斯兰共和国政府(1983)4《伊朗-美国索赔法庭报告书》122, at 143, 欧洲人权法院也处理了这个问题: 洛伊齐多乌诉土耳其, 法律依据, 《欧洲人权法院报告书》, p. 2216, at pp. 2235-2236, 第 56 段. 参见同上, at p. 2234, 第 52 段以及关于初步反对意见的裁决: 欧洲人权法院, 汇编 A 辑, No.310(1995), 载于第 62 段.

离各自为政，但只把“公司面纱”当作障眼法或诈欺或逃避手段的情况除外。¹⁷⁰ 尽管国家起初根据特别法或其他规章成立了公司实体，都不能成为随后将该实体的行为归于国家的充分基础。¹⁷¹ 虽然这些公司实体为国家所拥有，在这个意义上说受到国家的控制，却是分离的实体，从表面证据上看，其执行活动的行为不归于国家，除非它们是在第 5 条的含义范围内行使一政府权力要素的实体。这是某国营石油公司在实际查封财产时所采取的立场，没有任何证据显示，国家利用其所有权利益指挥该公司查封财产的情况。¹⁷² 另一方面，若有证据显示该公司行使公共权力¹⁷³ 或该国利用在公司中的所有权利益或明确控制一公司以便取得特定的结果，¹⁷⁴ 该行为历来归于该国。¹⁷⁵

(7) 显然，一国可通过对一团体的明确指挥或控制，有效地对那些团体的行为负责。每一案件的审理应取决于它自己的实际情况，尤其是得到的训令与行使的指挥或控制，以及被指挥的特定行为之间的关系，在第 8 条的案文中，“训令”、“指挥”

¹⁷⁰ 巴塞隆那电车、电灯和电力有限公司案，第二阶段，《国际法院报告书》，1970,p.3, at p.39, 第 56-58 段。

¹⁷¹ 例如在谢林公司诉伊朗伊斯兰共和国案中审议了工人理事会问题，(1984) 5《伊朗-美国索赔法庭报告书》361；奥蒂斯电梯公司诉伊朗伊斯兰共和国案(1987)14《伊朗-美国索赔法庭报告书》283；伊斯特曼柯达公司诉伊朗伊斯兰共和国案(1987)17《伊朗-美国索赔法庭报告书》153。

¹⁷² SEDCO 公司诉伊朗国营石油公司案(1987)15《伊朗-美国索赔法庭报告书》23。参看国际技术产品公司诉伊朗伊斯兰共和国案(1985)9《伊朗-美国索赔法庭报告书》206；Flexi-Van 租赁公司诉伊朗伊斯兰共和国案(1986)12《伊朗-美国索赔法庭报告书》335, at p.349。

¹⁷³ 伊朗菲利普石油公司诉伊朗伊斯兰共和国案(1989) 21《伊朗-美国索赔法庭报告书》79；Petrolane 公司诉伊朗伊斯兰共和国政府案(1991) 27《伊朗-美国索赔法庭报告书》64。

¹⁷⁴ 德黑兰先锋公司诉伊朗伊斯兰共和国案(1986)10《伊朗-美国索赔法庭报告书》228；美国倍尔国际公司诉伊朗伊斯兰共和国(1986)12《伊朗-美国索赔法庭报告书》170。

¹⁷⁵ 参看赫尔茨伯格等人诉芬兰案，(文件编号：R. 14/61)，(1982)，载于 A/37/40,附件十四，第 9.1 段。参看 X 诉爱尔兰案(App.4125/69)，(1971)14《欧洲人权法院年鉴》198；扬、詹姆斯和韦伯斯特诉联合王国案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，第 44 卷(1981)。

和“控制”三个用语是分离性的；光是证明了其中的任何一个，还是不够的。此外，据明确指出，训令、指挥或控制必须涉及据说等于国际不法行为的行为。

(8) 若一国已授权采取一行为，或对该行为行使指挥或控制，可能产生该国对超出授权范围的行为责任问题。例如，如果代理人在执行合法训令或指示的时候参加了一些违反训令或指示或训令国国际义务的活动，便可能发生问题。为了解决这种情况，可以问明：非法行为或未经授权的行为是否伴随着任务而发生或是否明显地超出了它的范围。一般来说，一国在对不属于其机关的人员发出训令的时候，并不承担其训令将以国际不法行为方式执行的危险。另一方面，若一些人员或团体在一国的有效控制下实施了一些行为，即使特定训令被忽视了，却仍然符合将行为归于它的条件。根据第8条的规定，该行为是在该国控制下实行的，自应归于该国。

(9) 第8条使用了“一人或一群人”的词语，反映了这样的事实：适用这一条的行为是没有单独法律人格、但有事实根据的一群人所采取的行动。因此，虽然一国可能授权诸如公司的法律实体采取行动，它也可能涉及没有法律人格而作为一个集体行事的个人或集体。

第 9 条

正式当局不存在或缺席时实施的行为

如果一个人或一群人在正式当局人员不存在或缺席和在需要行使上述权力要素的情况下实际上行使政府权力要素，其行为应视为国际法所指的国家的行为。

评 注

(1) 第9条载述一人或一群人在正式当局人员缺席时和不存在正式当局时行使政府权力要素的行为的例外情况。“需要……的情况”等用语指明了这一条中所设想的例外情况。这种情况很少见，只在革命、武装冲突或外国占领等正式当局解散、正在解体或受到抑制或暂时不起作用的情况下发生。它们也可能包括合法当局正在逐渐恢复(例如在外国占领以后)的情况。

(2) 第 9 条的根本原则借用了集体抗洪、在没有正规军情况下的全民自卫等老观念：¹⁷⁶ 实际上，它是一种危急情况下的代理形式。在国家责任领域，这种情况还是时时发生。例如，伊朗伊斯兰共和国革命后革命护卫队“Komitehs”立即采取的立场曾由伊朗—美国索赔法庭视为应按照第 9 条中所表述的原则处理。Yeager 诉伊朗伊斯兰共和国案，除其他外，涉及革命后立即在德黑兰机场行使移民、海关和类似职能的行为。法庭将这种行为归于伊朗伊斯兰共和国，其论据是，如果该行为实际上得到政府批准，那么，护卫队……

“至少在正式当局人员缺席的情况下行使政府权力要素，新政府想必知道这种运作情况，它并没有明确反对这样做。”¹⁷⁷

(3) 第 9 条规定了为将行为归于国家必须满足的三个条件：第一、该行为必须有效地涉及政府权力要素的行使；第二、该行为必须在正式当局不存在或正式当局人员缺席时从事；第三、在当时的情况下需要行使上述权力要素。

(4) 关于第一个条件，行事的一人或一群人必须行使政府职能，不过，他们是根据自己的倡议行事。在这方面，所行使的职能的性质比行为者同国家组织之间的正式联系重要。必须着重指出：适用第 9 条的私人并不相当于一般的实际政府。第 9 条设想到的情况预示着政府机关和国家机构的存在，在某些情况下，由非正式人员充当其工作人员或辅助其工作。这种情况可能发生在暂时失去控制的情况或另一些特定情况。另一方面，一个通常的实际政府本身是一个国家机构，用以代替以前存在过的国家机构。这种政府机关的行为适用第 4 条而不适用第 9 条。¹⁷⁸

¹⁷⁶ 《1907 年关于陆地战争的法律和海关的海牙条约》第 2 条确认这项原则为合法：J. R. 斯科特 编著(纽约，牛津大学出版社，1920)，第一卷，p.623；《1949 年关于战俘待遇的日内瓦公约》第 4 条 A 款第 6 项中也确认了这一点，《联合国条约汇编》，第 75 卷，p. 137。

¹⁷⁷ 文件(1987) 17《伊朗-美国索赔法庭报告书》92, at p.104。

¹⁷⁸ 参看仲裁员在阿吉拉尔—阿默里和加拿大皇家银行索赔(蒂诺科案)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第 1 卷，p.371(1923) at pp.381-2。关于国家对实际上的政府行为的责任，也参看 J.A. 佛罗魏因，国际法中的实际政权(科隆，海曼斯出版社，1968)，pp. 70-71。某一流亡政府的行为可能属于第 9 条的范围，视其情况而定。

(5) 关于第二个条件，“不存在或缺席”是为了适用于国家机构完全崩溃的情况，以及正式当局不行使某些特定方面的职能的情况，例如国家机关部分崩溃或丧失对一部分领土的控制的情况。“不存在或缺席”用语是为了表述两种情况。

(6) 根据第 9 条将行为归于国家的第三个条件规定：当时的情况必须到了已经需要由私人行使政府权力要素的地步。“需要”一语传达了需要行使一些政府权力要素的概念，不过，不一定是该行为。换言之，在任何正式当局已不存在的情况下，需要由私人行使政府权力要素，以维持警察或其他职能。因此，产生了第 9 条所规定的代理形式的标准化要素，这一做法使上述情况有别于私人当事方的行为，包括叛乱部队的行为，不归于国家的正常原则。¹⁷⁹

第 10 条

叛乱运动或其他运动的行为

1. 成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为国际法所指的该国的行为。
2. 在一个先已存在的国家的一部分领土或其管理下的某一领土内组成一个新国家的叛乱运动或其他运动的行为，依国际法应视为该新国家的行为。
3. 本条不妨碍把不论以何种方式涉及有关运动的行为中按第 4 条至第 9 条的规定应视为该国行为的任何行为归于该国。

评 注

(1) 第 10 条涉及将随后产生该国新政府或成功建立新国家的反叛运动或其他运动的行为归为国家的特殊情况。

(2) 起初，这种运动的成员将其行为描述为纯粹的个人私人行为。可将之等同于参加暴乱或大规模示威的个人或团体，因此不能将责任归为国家。一旦有组织的运动作为一个事实产生，就更不能将其行为归为国家，因为国家对其活动无法实行有效的控制。处理这类与宪法当局持续斗争的运动的一般原则是，根据国际法无法

¹⁷⁹ 参看桑比亚焦案《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十卷(1904)，p. 499，并参看下文所载第 10 条和评注。

将责任归为国家。换言之，不成功的叛乱组织的行为不归于国家，但适用第二章中另外一些条文的情况(例如第9条中所设想到的一些特殊情况)除外。

(3) 对这项一般原则可在仲裁判例中找到充分的支持。国际仲裁机构，包括混合索赔委员会¹⁸⁰和仲裁法庭¹⁸¹一致确认 Nielson 专员在 Solis 案(1928)中所称的“既定的国际法原则”，即任何政府在本身未违背诚信，或在镇压叛乱方面无疏忽而言的情况下都不会对叛乱集团对抗政府权威而犯下的行为负责。¹⁸² 外交事件在承认叛乱运动的有害行为不能归于国家方面表现出高度的一致。例如从1930年的编纂会议筹备工作中就能看到这一点。各国政府对筹备委员会提交给它们争求意见的第九点的答复表现出了极大的一致性：(a) 一反叛运动各机构的行为不能归为国家和引起国家的国际责任；和 (b) 只有国家机关针对反叛分子的有害行为所从事的行为才能由国家负责并引起国家的国际责任，而且只有当这种行为构成违反该国的国际义务时才成立。¹⁸³

(4) 反叛运动或其他运动的行为不能归于国家这一一般原则所立足的假设前提是，该运动的结构和组织独立于国家的结构和组织之外。国家成功地镇压了反叛的情况即如此。相形之下，如果这一运动实现了其目的并且将本身确立为国家的新政府或在前国家的部分领土上或在其管辖下成立了新的国家，如果该新政权或新的国家回避其以前行为的责任这就不正常了。在这类例外的情况下，第10条规定将未成功的反叛运动或其他运动的行为责任归为国家。依国际法将成功的反叛运动或其

¹⁸⁰ 见各个混合委员会的裁决：苏洛亚加政府和米拉蒙政府，穆尔，《国际仲裁》，第三卷，p.2873；麦肯尼，同上，第三卷，p.2886；同盟国债务，同上，第三卷，p.2900，马克西米利安政府，穆尔，同上，p.2902，at pp.2928-2929。

¹⁸¹ 参见英国在摩洛哥西班牙区的权利要求，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p.615(1925)，at p.642；英国若干臣民案(伊洛伊洛申诉)案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第六卷，p.158(1925)，at pp.159-160。

¹⁸² 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第四卷，p.358(1928)，at p.361(参阅本国传教会，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第六卷，p.42(1920)；参阅桑比亚焦案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十卷，p.499(1903)，at p.524。

¹⁸³ 国际联盟，国际法编纂会议，第三卷：筹备委员会为供会议讨论编写的基础文件(文件 C.75.M.69.1929.V.)，p.108；第三卷补编：各国政府对问题单提出的答复：加拿大和美利坚合众国的答复(文件 C.75(a)M.69(a).1929.V.)，pp.3, 20。

他运动行为的责任归为国家所基于的是该运动与最终政府之间的连续性。因此“行为”一词只涉及该运动的行为而非该行动的成员以其个人身份所从事的个人行为。

(5) 在反叛运动作为新政府取代了国家的原先政府的情况下，反叛运动的统治组织成为该国的统治组织。国家的新组织与反叛运动组织之间因而存在的连续性导致理所当然地将反叛运动在其斗争中所从事的行为的责任归为国家。在这种情况下，国家作为国际法的主体未停止存在。它仍为同一国家，尽管在其体制方面发生了变化、重组和调整。此外，它是唯一能够可归属责任的主体。这一情况要求有反叛运动各机构在夺权斗争中所从事的行为和当时成立的政府的行为一并归为国家。

(6) 对于反叛运动或其他运动成功地在以前存在的国家的部分领土上或在以前由其管辖的领土上成立一新的国家的情况，将反叛运动或其他运动的行为归为国家也可依该运动的组织与它所建立的国家的组织之间的延续性为法律依据。实际上，以前曾具有反叛运动或其他运动特征的同一实体现已成为它通过斗争而建立的国家政府。前国家无法对这些行为负责。唯一的可能性是要求新的国家对其本身建立中所从事的行为承担责任，这是一项被接受的规则。

(7) 第 10 条第 1 款涉及叛乱运动在取得成功之后以其本身的结构取代了所涉国家前政府的结构的情况。“成为新政府”一词的使用正是为了描述这一结果。然而，第 1 款中的规则对于现行当局与反叛运动领导人达成协议之后成立的全国和解政府的情况推及过远。国家不应对反对运动的暴力行为负责，只是出于全面和平解决的利益，反对派分子被吸收进重新改组的政府。因此，适用第 1 款的标准为前反叛运动与其所成功组成的新政府之间存在真正和实际延续性。

(8) 第 10 条第 2 款涉及的是第二种情况，其中反叛运动或其他革命运动的结构成为一新国家的结构，它因从属于前国家主权或管辖的领土脱离或这一领土的部分非殖化而成立。采用“或其管理下的某一领土”一句目的是考虑到不同附属领地所具有的不同法律地位。

(9) 对第 10 条所采用的“反叛运动”一词所包含的各种类型的团体下一个全面定义很困难，原因在于反叛运动实际上采取各种不同的表现形式，由有限的国内骚乱、真正的内战局面、反殖民化斗争、全国解决阵线行动、到革命或反革命运动不等。反叛运动可能以该运动行动所针对的国家领土为据点，或以第三国领土为根据地，尽管存在这一多样性，仍可以将《1977 年第二号附加议定书》所载的武装冲

突法中的适用起点作为指导方针。¹⁸⁴ 其第 1 条第 1 款提到“在负责统帅下对该方[有关国家]一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突”，与这类集团形成对照的是“内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而又不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”(第 1 条第 2 款)。在这两项议定书范围内，“持不同政见的武装部队”定义体现了“反叛运动”的基本思想。

(10) 与第 1 款相比较，由第 2 款所表明的责任归属范围扩大到包括反叛或其他“运动”，这一术语反映了各种运动的存在，其行动有可能造成新的国家的形成。然而，这一措词并不包括主张分离或革命并且在前国家结构内从事的公民团体的行动。它也不包括在一叛乱运动在一领土内鼓动与另一国合并获得成功的情况。基本上，这是一个继承情况，并且不属于本条款的范围，第 10 条则聚集于有关运动的连续性和终于视情况成立的新政府或国家。

(11) 出于第 10 条的目的，不能依据其成立政府的任何国际“合法性”或任何非法性而对不同类别的运动加以区分，尽管在其他情况下作出这种区分可能十分重要。¹⁸⁵ 从制定管理国家责任的法律规则的角度出发，以提及正当性或其渊源的非法性的考虑因素而免除一新政府或一新国家对个人行为的责任既无必要，也不可取。¹⁸⁶ 相反，着眼点必须放在具体的行为上，放在其合法性或者国际法的适用规则上。

(12) 仲裁决定连同国家实践和法律文献均表明普遍接受第 10 条中的两项肯定归属规则。国际仲裁决定，例如针对委内瑞拉(1903 年)和墨西哥(1920-1930 年)设立的混合委员会，支持对其运动成功地实现了革命目标的反叛分子行为的责任归属。例如，在玻利瓦尔铁路公司索赔中，以下列措词对原则作出了陈述：

¹⁸⁴ 关于 1949 年日内瓦四公约和关于保护非国际武装冲突受害者的附加议定书(第二号议定书)，《联合国条约汇编》，第 1125 卷，p.609。

¹⁸⁵ 参看 H.艾特拉姆的报告，“国际解放运动和国际责任”，B.西蒙和斯皮内迪合编的，《联合国关于国家责任的编纂工作》(纽约，海洋出版社，1987)，p.35。

¹⁸⁶ 如同法院在纳米比亚咨询意见中所说的，“国家对影响其他国家的行为承担责任的依据是对一领土物质环境的控制，而不是主权或所有权的合法性：南非无视安全理事会第 276(1970)号决议持续赖在纳米比亚(西南部非洲)对各国的法律影响，《1971 年国际法院报告书》，p.16, at p.54, 第 118 段。

“国家从其一开始即对一次成功革命的义务承担责任，因为从理论上，它从一开始既代表了一种作出改变的国家意志，而又以最终成功的结果为体现。”¹⁸⁷

法国—委内瑞拉混合索赔委员会在关于法国委内瑞拉铁路公司的裁决中强调，“除非革命取得成功”，否则国家不能对革命者的行为负责，因为这类行为涉及到国家“根据公法普遍确认的规则”的责任。¹⁸⁸ 在潘森一案中，法墨索赔委员会作出以下裁决：

“……如果损害起源于，例如革命者在其最后成功之前的征用或所要求的强迫捐助……，或者损害由成功的革命军队所犯的罪行而造成……，国家的责任……就不得否认。”¹⁸⁹

(13) 1930年编纂会议筹备委员会在征求各国政府意见的请求中引出了国家对取得成功的反叛运动的行为负责的问题。¹⁹⁰ 根据由若干国家政府收到的答复，会议筹备委员会起草了以下讨论的根据：“一国应对一反叛党派取得成功并已成为政府而给外国人造成的损害负责，其程度应与法律上的政府或其官员或军队对所造成的损害负相同责任。”¹⁹¹ 尽管因缺少时间未对这一主张作出讨论，但出于以上阐述的理由，可将其视为反映了目前第2款中所载的责任归属规则。

¹⁸⁷ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第九卷，p.445, p.453,(1903)。并参见卡贝略港与瓦伦西亚铁路公司案，同上，第九卷，p.510(1903)，at p. 513。

¹⁸⁸ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十卷，p.354 (1902年)。又见Dix案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第九卷，p.119(1902)。

¹⁸⁹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第五卷，p.327(1928)，at p.353。

¹⁹⁰ 国际联盟，国际法编纂会议，第三卷：筹备委员会为供会议讨论编写的基础文件(文件C. 75. M. 69. 1929.V)，pp.108,116；载录于《1956年国际法委员会年鉴》，第二卷，p.223, at p.224。

¹⁹¹ 《讨论的基础 No.22(c)》，国际联盟，国际法编纂会议，第三卷：委员会为供会议讨论编写的基础文件(文件C. 75. M. 69. 1929. V)，p.118；载录于《1956年国际法委员会年鉴》，第二卷，p.223, at p.224。

(14) 近年来的裁决和实践总的来说并未对第 10 条所载的主张提出任何疑虑。纳米比亚高等法院在一起案例中甚至接受南非前行政当局对“所做任何事情”的责任。¹⁹²

(15) 若国家本来能够对该运动的行为采取警惕、防止或惩罚措施，却不适当地未能这样做，则可能发生例外情况。第 10 条第 3 款保留了这种可能性，其中规定：按照第二章中的其他规定来说应该归于该国的某一行为无论与有关运动的行为多么相关，第 1 款和第 2 款中将行为归于国家的规则都不妨碍将任何行为归于某一国。“无论与有关运动的行为多么相关”一语是为了具有广泛的含义。因此，某一国若未能采取可用的步骤以保护外交使团的房地，使它免于受到某一叛乱运动攻击之危险，显然是可以归于国家的行为，第 3 款保留了这种可能性。

(16) 另一个可能性是，叛乱运动本身可能需依国际法为它自己的行为，例如它的军队犯下的违反国际人道主义法行为，承担责任。但是，不成功的叛乱运动或其他运动的国际责任不属于只涉及国家责任的本条款的范围。

第 11 条

经一国确认并当作其本身行为的行为

按照前述各条款不归于一国的行为，在并且只在该国确认并当作其本身行为的情况下，依国际法视为该国的行为。

评 注

(1) 第二章涵盖的所有责任归属的依据(第 10 条下的反叛运动或其他运动的行为除外)假定个人或作为国家机关的机构，或代表国家行使职权的地位是在指称犯有

¹⁹² 主要以宪法中的一条规定为依据，法院指出，“新政府继承了对前国家机关所从事行为的责任”：国防部长，纳米比亚诉姆旺单吉，1992 (2) SA 355 at p.360:《国际法报告书》，第 91 卷，p. 341, at p.361。另见 44123, 安大略有限公司诉克里帕斯·基扬加 (1992) 11 坎帕拉 LR 14, at p.20-1;《国际法院报告书》，第 103 卷，p.259, at p.266(高等法院，乌干达)。

不法时即已证实的。相反，第 11 条规定国家对从事时不归国家或不可能归国家，但随后由国家作为本身的行为而承认和认属的行为负责。

(2) 在许多情况下，由国家承认和认属的行为属于私人或实体的行为。源于国家实践和国际司法决定的一般原则是不代表国家行使的个人或一部分人的行为，依国际法不视为该国的行为。这一结论的成立不依个人行为的条件和受个人行为影响的利益而变化。

(3) 因此，第 11 条象第 10 条一样依据纯粹的个人行为不能归于国家的这一原则。但它承认“但是”“在并且只在该国作为其本身的行为予以承认并且认属的情况下”则应视该行为为国家行为。在司法裁决和国家实践中可以找到应用这一原则的例子。例如，在灯塔仲裁一案中，法庭定希腊违反由克里特岛出面达成的一项租界协议而需承担责任，当时克里特岛为奥斯曼帝国的一个自治领地，其部分依据是这一违反行为曾“得到[希腊]的认可，似乎是一项正常的移交……且最终由其继续，即便是取得了对该岛屿的领土主权……”¹⁹³ 就国家继承问题而言，新国家是否继承前国家有关领土方面的任何国家责任并不明确。¹⁹⁴ 然而，如果继承国面对其境内持续的不法行为而认可这一局面并允许其继续，则即可推断它应对此承担责任。

(4) 除了国家继承问题外，美国驻德黑兰外交和领事人员¹⁹⁵一案提供了国家对某一行为而后予以认属的又一个例子。法院对武装分子占据美国大使馆并扣留其工作人员之后立即出现的法律局面与伊朗发布明确同意和保持这一局面的国家令所造成的局势作出了明确的区分。法院指出：

“阿亚图拉·霍梅尼就此宣布的保持对使馆的占领和作为人质扣留其驻守人员作为向美国政府施加压力的政策得到了伊朗当局其他人的遵守并得到他们在各种场合下所作的声明的一再赞同。这一政策的结果是根本地改变了因占领使馆和作为人质扣押外交和领事工作人员所造成的局面的法

¹⁹³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十二卷，p.160 (1956 年)，at p.198。

¹⁹⁴ 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》对此持保留态度，《联合国条约汇编》，第 1946 卷，p.3。

¹⁹⁵ 美国驻德黑兰外交及领事人员案，《1980 年国际法院报告书》，p.3。

律性质。阿亚图拉·霍梅尼及伊朗国家的其他机关对这一事实的赞同和保持下去的决定将持续占领使馆和扣押人质转化为国家行为。”¹⁹⁶

从该段看“同意”武装分子行为的效果只是预期的，还是使伊朗伊斯兰共和国从一开始就对占据使馆和扣押工作人员的整个过程负责并不明确。由于根据不同的法律依据伊朗伊斯兰共和国需对前一段时期负责，即未能采取足够的行动防止占领或使之立即终止，采取哪一种立场都没什么区别。¹⁹⁷但在许多情况下并不存在这种先前的责任。但是，凡承认和认属属于明确和不附带条件时，就完全有理由使其具有追溯效果。这也正是法庭在灯塔仲裁案中所作的。¹⁹⁸这同第 10 条针对反叛运动而确立的立场相一致，并且避免了对实际上同一连续行为负责程度上的断层。

(5) 关于国家实践，逮捕并随后在以色列审判阿道夫·艾希曼可能为随后由国家认属私人行为提供一个例子。1960 年 5 月 10 日，艾希曼在布宜诺斯艾利斯被一伙以色列人逮捕。他在布宜诺斯艾利斯的一个私人家中被关押数周后被空运到以色列。阿根廷后来指责以色列政府在逮捕艾希曼一事上共谋。在安理会讨论这一申诉时以色列外交部长梅厄女士对这一指控既不承认也不否认，而将逮捕艾希曼的人称为“志愿团体”。¹⁹⁹安理会 1960 年 6 月 23 日第 138 号决议在其调查结果中暗示以色列政府至少知悉并同意在阿根廷成功逮捕艾希曼的计划。逮捕艾希曼的人可能“事实上奉”以色列“的指示或在其指导或控制下”行事，在这种情况下，他们的行为根据第 6 条将责任归为国家更为妥当。但如果对某些行为是否属于第 6 条的范围存有疑问，尔后由国家认属这一行为即可解决。

(6) “确认并当作其本身的行为”一词目的在于将确认并当作其自身的行为的情况与仅是支持和认可的情况加以区别。²⁰⁰法院在美国驻伊朗外交和领事人员一案中使用的措词，例如“批准”、“认可”、“盖上政府官方批准的印章”和“决定持续保持[这一局面]”。²⁰¹在这一案例中，这些是足够的，但作为一项一般事务，根据

¹⁹⁶ 同上，at p.35，第 74 段。

¹⁹⁷ 同上，at pp.31-33，第 63-68 段。

¹⁹⁸ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十二卷，p.160 (1956)，at pp.197-8。

¹⁹⁹ 《安全理事会正式记录》，第 865 次会议，1960 年 6 月 22 日，p.4。

²⁰⁰ 第 16 条中载述了由一国援助或协助另一国实施国际不法行为的另一问题。

²⁰¹ 外交及领事人员案，《1980 年国际法院报告书》，p. 3。

第 11 条,单凭国家承认行为的事实存在或口头表示赞同这一行为并非就能将这一行为的责任归为国家。在国际争执中,国家可采取在某种一般意义上说相当于“赞同”或“认可”行为的立场。但并不涉及任何责任的承担。“认属”一词则含有国家实际上承认这一行为为本身的行为的意思。的确,除非明确表示国家有意接受本不归其行为的责任,第 11 条可涵盖国家接受它并未批准甚至感到遗憾的行为的责任。

(7) 第 11 条所确立的原则如同第二章所有条款一样涉及的只是责任归属问题。即便行为已由国家承认和认属,仍有必要考虑这一行为是否为国际不法行为。就第 11 条而言,认属国的国际义务为衡量不法性的标准。就原行为者而言,这一行为可能合法,或者行为者可能是其行为相对而言不受国际法管束的私人一方。同样,就其本身的国际义务而言,认属或承认行为合法的国家并不对任何其他个人或实体的非法行为承担责任。这种承担责任须得再进一步并相当于同意对另一方的不法行为作出损失赔偿。

(8) “在并且只在”一词目的在于传达多层意思。首先,尤其是私人、团体或实体的行为不能将责任归为国家,除非根据第二章的某一其他条款,或除非得到国家的承认和认属。第二,国家只能在某种程度上承认和认属行为。第三,承认和认属行为,无论采取文字或行为方式都必须明确和毫不含混。

(9) 如同“和”一字所表明的那样,承认和认属的条件是叠加的。两个条件的顺序表明第 11 条所赖以成立的事件的通常次序。一国对行为的承认和认属可以是民事的(例如外交和领事人员一案),或者可以由有关国家的行为而推定。

第三章

违背国际义务

(1) 当归于作为一国际法主体的某一国家的行为实际上是该国未遵守它应承担的国际义务时,或者以第 2 条(b)款的措词方式来说,当该行为构成“对该国国际义务的违背”时,即为违背国际义务。本章将在可能范围内概括地阐述违背国际义务的概念。

(2) 必须再次强调, 这些条款并不意图详述国际法初级规则的内容或由此引起的特定国家的义务。²⁰² 在确定可归于一国的某一行为是否构成违背其国际义务时, 主要的考虑重点将是有关的基本义务。必须对此加以解释并适用于有关情况, 从而确定所要求的行为实质、应遵守的标准、待取得的结果等。没有抽象的违背国际义务这种事, 因此第三章只能在确定违背国际义务是否发生、其发生时间、其持续时间方面发挥辅助作用。尽管如此, 仍有若干基本原则可加以阐述。

(3) 国际不法行为的本质在于国家的实际行为不符合它为遵守某一特定国际义务应当采取的行为。这种行为引起了集合在国际责任这一通称下的各种新法律关系。因此第三章开始的一条概括地规定在什么情况下可视为发生了违背国际义务(第 12 条)。这样界定了基本概念后, 本章的其他条款就用于规定这一概念如何适用于各种不同情况。特别是, 本章论述了国际法适用于国家责任的问题, 即一国只有在下述情况下才对违背国际义务负责的原则: 该义务在被违背时对该国是有效的(第 13 条); 并论述了同样重要的持续违背问题(第 14 条), 以及不仅针对单一行为也针对复合行为确定是否及何时发生违背义务的特别问题, 即违背的本质在于被一并定义为不法行为的一系列行为(第 15 条)。

(4) 由于上文第(2)段所述的理由, 既不可能也无必要在本部分范围内论述所有可能在确定是否发生违背国际义务中出现的问题, 违背义务的论据和证明问题完全不属于本章条款的范围。其他问题多少涉及国际义务的分类或类型。这些只有在可以看出它们在国家责任次要规则范围内具有明显重要性的情况下才被纳入案文。²⁰³

第 12 条

违背国际义务行为的发生

一国的行为如不符合国际义务对它的要求, 即为违背国际义务, 而不论该义务的起源或特性为何。

²⁰² 见评注导言第(2)至(4)段。

²⁰³ 例如, 见行为义务和结果义务的分类, 第 12 条评注, 第(11)和(12)段。

评 注

(1) 第 2 条规定，一国违背它应承担的国际义务时即引起国际责任。首先必须说明违背国际义务意味着什么。这是第 12 条的目的，即最概括地界定什么构成一国违背国际义务。为了在任何具体案件中得出违背国际义务的结论，有必要考虑到第三章中规定与违背国际义务的发生有关的进一步条件的其他条款以及第五章中有关可能解除一国行为不法性的情况的规定。但是归根到底，是否和何时发生违背国际义务取决于义务的确切条件、其解释和适用，同时要考虑到其目标和宗旨以及案件的实情。

(2) 在采用违背国际义务概念时，有必要再次强调按照第 3 条规定的原则国际法具有自主性。按照第 12 条的规定。违背国际义务是该义务要求该国的行为与该国的实际采取的行为不相符合——即，国际法的要求与事实不相符。这可以用不同的方式表示。例如，国际法院用过下述措词：“与一国的义务不相容”、²⁰⁴ “违反”或“不符合某一规则”的行为、²⁰⁵ 和“未遵守……条约义务”。²⁰⁶ 在西西里电子股份公司案件中，国际法院的一个分庭问起“征用是否符合……友谊、通商和航行条约的要求问题”。²⁰⁷ “不符合该义务对它的要求”这一措词最适合于表述什么是一国违背国际义务的本质。它考虑到了即使一国的行为仅部分地违反它应承担的国际义务也可能存在违背该义务的可能性。在有些情况下，要求有关国家采取明确界定的行为；在另一些情况下，义务仅确定最低标准，在这一标准之上国家可自由行事。国际义务禁止的行为可能包括某一作为或某一不作为或一组行为和不作为；它可能涉及通过立法；或特定案件中的具体行政或其他行动；或甚至威胁采取这类行动，不管威胁是否落实；或最后司法判决。它可能要求提供便利条件，或采取预防措施或执行一项禁止。在每一情况下，都是通过比较国家实际从事的行为和国际义务合法规定

²⁰⁴ “美国驻德黑兰外交和领事人员”，《1980 年国际法院报告书》，p.3, at p.29, 第 56 段。

²⁰⁵ “尼加拉瓜境内和外来的军事和警备活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)”法律依据，1986 年《国际法院报告书》，p.14, 分别参阅 p.64, 第 115 段和 p. 98, 第 186 段。

²⁰⁶ “加布奇科沃—大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)”，《1997 年国际法院报告书》，p.7, at p.46, 第 57 段。

²⁰⁷ “西西里电子股份公司案”，《1989 年国际法院报告书》，p.15, at p.50, 第 70 段。

的行为来确定是否违背该义务。“不符合”这一用词灵活性很大，足以包括可用来表达一项义务的许多不同方式以及违背该义务可能采取的各种形式。

(3) 第 12 条规定，有关行为如不符合国际义务对它的要求即违背该义务，“不论该义务的起源为何”。如这一用词所表明的，第三章的条款是普遍适用的。它们适用于国家的所有国际义务，不论其起源为何。国际义务可能是国际法的惯例规则、条约或国际法律秩序内适用的一般原则确定的。国家可通过单方面行为承担国际义务。²⁰⁸ 国际义务可能由条约规定产生(国际组织主管有关问题的机构作出的决定、国际法院或另一法院在两个国家之间作出的裁决等)。没有必要在第 12 条中列出这些可能性，因为一国违背国际义务即应承担责任，不论有关义务的特定起源为何。

“不论其起源为何”一词述及国际义务的所有可能来源，也就是说，国际法承认的所有创造法律义务的进程，“来源”一词有时也在这方面使用，例如《联合国宪章》在序言中强调有必要尊重“由条约和国际法其他来源产生的义务”。具有同样含义的“起源”一词并不带来“来源”一词所引起的疑问和理论辩论。

(4) 根据第 12 条，义务的起源或出处本身并不改变一国如违背该义务将给它带来责任的结论，它本身也不影响由此引起的国家责任制度。一国的义务可能由一项条约和习惯国际法的一条规则或由一项条约和一个单方面行为产生。²⁰⁹ 此外，实践清楚地表明，义务的这些不同根据彼此互相作用。条约，特别是多边条约，可有助于形成一般国际法；惯例法可帮助条约的解释；条约所载的义务可通过一国的单方面行为适用于该国，等等。因此国际法院和法庭认为国家的责任是因“违反国际

²⁰⁸ 法国通过单方面行为承诺不再进行大气核试验：“核试验(澳大利亚诉法国)”，《1974 年国际法院报告书》，p.253；“核试验(新西兰诉法国)”，《1974 年国际法院报告书》，p.457。依此承担的义务范围在“请求按照国际法院 1974 年 12 月 20 日对核试验(新西兰诉法国)案件的裁决第 63 段审查有关情况”中作了澄清，《1995 年国际法院报告书》，p.288。

²⁰⁹ 国际法院在若干场合承认“在国际条约法和惯例法中存在相同的规则”：见“北海大陆架”，《1969 年国际法院报告书》，p.3, at pp.38-39, 第 63 段；“军事及警备活动”，《1986 年国际法院报告书》，p.14, at p.95, 第 177 段。

司法标准施加的义务”而产生的。²¹⁰ 在彩虹勇士仲裁案中，法庭认为“一国违反一项任何来源的义务都引起国家责任，从而引起赔偿责任”。²¹¹ 在加布奇科沃——大毛罗斯项目案，国际法院以委员会在 1976 年暂时通过的有关条款草案作为其论点的依据，指出“公认的是，国家一旦实施国际不法行为，不论其未加遵守的义务为何，都可能引起国际责任”。²¹²

(5) 因此在国际法中不象在有些法律制度中对违反条约的责任制度和违反一些其他规则的责任制度作出区分，即不区分因契约引起的责任和因过失引起的责任。在彩虹勇士仲裁案中，法庭认为“国际法领域不区分契约责任和侵权责任”。²¹³ 至于所违背义务的起源，目前有单一普遍国家责任制度。但没有象国内法律制度那样在国家责任中区分“民事”责任和“刑事”责任。

(6) 国家责任可能是因违背双边义务或违背对一些国家或整个国际社会所负的义务而产生的。它可能涉及轻微的违背以及最严重的违背一般国际法的强制规范规定的义务。违背的严重性和所违背义务的强制性问题可能影响对有责任的国家和在某些情况下对其他国家带来的后果。因此在条款第二部分和第三部分中对某些违背的后果作了一些区分。²¹⁴ 但第一部分规定的违背国际义务的国家责任制度范围全面、性质一般并且适用灵活。因此第一部分能够适用于各种可能的情况而无需进一步区分有关的义务类别或违背类别。

²¹⁰ 迪克逊车轮公司案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第四卷，p. 669 (1931)，at p. 678；参阅戈登堡案，同上，第二卷 p. 901 (1928)，at pp. 908-909；国际渔业公司案，同上，第四卷，p. 691 (1931)，at p. 701 (“国际法的一些原则”)；阿姆斯特朗软木塞公司案，同上，第十四卷，p. 159 (1953)，at p. 163 (“国际法的任何规则”)。

²¹¹ 彩虹勇士号案(新西兰诉法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217 (1990)，at p. 251，第 75 段。也见巴塞隆那电车、电灯和电力有限公司案，第二阶段，《1970 年国际法院报告书》，p. 3，at p. 46，第 86 段 (“违背一项条约或一般法律规则引起的国际义务”)。

²¹² 《1997 年国际法院报告书》，p. 7，at p. 38，第 47 段。加入“可能引起”这一限定词可能是因为在该案件中可能存在排除不法性的情况。

²¹³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217 (1990)，at p. 251，第 75 段。

²¹⁴ 见第二章，第三部分和评注；也见第 48 条和评注。

(7) 即使国际法律秩序基本原则不是来源于任何特别的法律来源或特定的立法程序，与国内法制度中立宪性质的规则大不相同。根据《维也纳条约法公约》第53条，一般国际法强制规范是“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”。²¹⁵ 第53条承认强制性规范可以创立，也承认国家在这方面发挥特别的作用，因为国家是国际社会的规范性权力的卓越持有者。此外，强制规范对国家施加的义务必定影响到整个国际社会的关键利益，要求的责任制度可能比适用于其他国际不法行为的责任制度更严格。但这是属于国家责任内容的问题。²¹⁶ 至少就条款第一部分而言，存在一个普遍性的单一国家责任制度。

(8) 同样的考虑适用于《联合国宪章》引起的义务。由于《宪章》是条约，它所载的义务从其起源的角度来看是条约义务。其第103条所反映的《宪章》特殊重要性²¹⁷ 来自其明文规定以及联合国会员国几乎包括世界上所有国家这一事实。

(9) 条款的总范围不仅包括被违背义务的条约或其他起源也包括其主题。具体提到存在国际不法行为的条件的国际判决和决定都论及违背国际义务而没有对所违背义务的主题作任何限制。²¹⁸ 法院和法庭一贯确认对国家可能承担国际义务的主题没有先验限制的原则。因此，常设国际法院在对“温布尔登”号案件作出的第一次判决中说“缔结国际约定的权利是国家主权的一项属性”。²¹⁹ 这一论点常得到认可。²²⁰

²¹⁵ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第1155卷，p.331。

²¹⁶ 见第40条和第41条及其评注。

²¹⁷ 这一条规定“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先”。

²¹⁸ 参见霍茹夫工厂案，管辖权，1927年，常设国际法院，汇编A辑，NO.9, p. 21；霍茹夫工厂案，法律依据，汇编A辑，NO.17, p. 29；联合国工作人员执行勤务期间受害赔偿案，《1949年国际法院报告书》，p. 174, at p. 184。在这些裁决中阐明“对国际约定的任何违背”都带来国际责任。也见《对保加利亚、匈牙利与罗马尼亚和平条约》的解释，第二阶段，《1950年国际法院报告书》，p. 221, at p. 228。

²¹⁹ S.S. “温布尔登”号案件，判决，1923，常设国际法院，汇编A辑，No. 1, p. 25。

²²⁰ 参见诺特波姆案，第二阶段，《1955年国际法院报告书》，p. 4, at pp. 20-21；印度领土通过权，法律依据，《1960年国际法院报告书》，p. 6, at p. 33；军事及警备活动案，《1986年国际法院报告书》，p. 14, at p. 131, 第259段。

(10) 同样地，有时有人认为涉及某一主题的义务只可能被同一类型的行为所违背。这一论点构成了反对法院对石油平台案件的管辖权的基础。²²¹ 有人声称一项友好、通商和航行条约原则上不可能被涉及使用武力的行为所违背。法院的答复如下：

“1955年的条约对缔约各方规定了涉及一系列事项的多种义务。缔约一方任何有违这些义务的行动均属非法，不论行为所采取的方式为何。以使用武力的方式侵犯另一缔约方根据条约享有的权利，同通过行政决定或以任何其他手段实施的侵犯行为一样不合法。因此，涉及使用武力的事项本身并不被排除在1955年条约的范围以外。因此，必须驳回美国就这个问题提出的论点。”²²²

因此一国违背国际义务即是国际不法行为，不论主题为何或所违背义务的内容为何，也不论对不符合要求的行为所作的描述为何。

(11) 第12条还规定有关行为如不符合国际义务的要求即为违背该国际义务，“不论该义务的特性为何”。在实践中，国际义务有各种不同的分类。例如通常对行为义务和结果义务作了区分。这一区分可能有助于确定违背在何时发生。但它并非独一无二，²²³ 而且就现有的条款来说似乎不具有特定的或直接的意义。例如，在Colozza案²²⁴中，欧洲人权法院对在一个人缺席的情况下进行审判表示关注，因为该人实际上没有收到审判通知，被判处六年监禁，并且后来不许他对其定罪提出申诉。他声称他没有获得公约第6(1)条规定的公平审判。法院指出：

“在选择用于确保本国法律制度符合第6(1)条的规定的方面，缔约国享有广泛的酌处权。法院的任务并非向缔约国指出这些手段，而是确定是否实现了公约所要求的结果……。为确定实现了结果，必须证明，国

²²¹ “石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见”，《1996年国际法院报告书》，p.803。

²²² 同上，第811至812页，第21段。

²²³ 见“加布奇科沃-大毛罗斯项目”，《1997年国际法院报告书》，p.7, at p.77, 第135段，其中法院提到各当事方接受了“行为义务、履行义务和结果义务”。

²²⁴ “科洛扎和鲁比纳特诉意大利案”，欧洲人权法院，汇编A辑，第89号(1985年)。

内法所提供的资源是有效的, ‘被控实施刑事犯罪’的人绝不应承担举证责任, 证明他并非试图逃避法律制裁或他的缺席是不可抗力造成的。”²²⁵ 因此法院认为第 6(1)条规定了结果义务。²²⁶ 但是, 为了决定在本案件的情况下是否发生违背公约的情况, 法院并非仅仅将所要求的结果(审判时被告人在场的机会)同实际取得的结果(在该特定案件中缺乏此种机会)进行比较。确切说, 法院审查了意大利可以更多采取何种措施使申诉人的权利“有效”。²²⁷ 行为义务和结果义务之间的区分并不是实际作出的违背第 6(1)条的决定的决定性因素。²²⁸

(12) 往往出现一国制定法规是否违背义务的问题, 如果该法规的内容表面上与国际义务所需求的相抵触, 或者法规在特定情况下必须先执行了才能说发生了违背义务。仍然不可能制定适用于所有情况的一般规则。²²⁹ 某些义务可能仅因通过不相容的法规而被违背。²³⁰ 如果是这种情况, 仅是通过该法规就给制定法规的国家带

²²⁵ 同上, at pp.15-16, 第 30 段, 引述“德丘伯尔诉比利时”案件, 欧洲人权法院, 汇编 A 辑, 第 86 号(1984 年), p.20, 第 35 段。

²²⁶ 参阅医师救生站诉奥地利案, 法院在其中对第 11 条作如下解释:

“虽然缔约国有义务采取合理的适当措施让合法示威游行得以和平进行, 但是缔约国不能绝对保证这一点。在选择所采用的手段方面, 它们享有广泛的酌处权。……在这方面, 它们根据公约第 11 条承担的义务是一种同应采取的措施有关的义务而不是同应取得的结果有关的义务。”

欧洲人权法院, 汇编 A 辑, 第 139 号(1988 年), p.12, 第 34 段。在科洛扎案中, 法院使用了类似措词, 但认定该义务是结果义务。见 C. 托穆沙特, “何谓‘违背’《欧洲人权公约》?”, 载于劳森和布卢瓦(合编), 《欧洲保护人权实况》。亨利·G. 斯凯尔默纪念论文集(多德雷赫特, 尼伊霍夫出版社, 1994), p. 315, at p. 328)。

²²⁷ 欧洲人权法院, 汇编 A 辑, 第 89 号(1985 年)第 28 段。

²²⁸ 也见“伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国”, A15(IV)案和 A24 案(1998 年)32, 《伊朗—美国索赔法庭报告书》, 115。

²²⁹ 见“1947 年 6 月 26 日《联合国总部协定第 21 条规定的仲裁义务的适用性》”, 1988 年《国际法院报告书》, p.12, at p.30, 第 42 段。

²³⁰ 统一法律条约一般将被解释为需要立即执行, 即体现使统一法律的规定成为每个缔约国法律的一部分的义务: 例如, 见 B. 孔福尔蒂, “同一法公约中的手段义务与结果义务”, 《再论国际私法与诉讼》, 第 24 卷(1988), p. 233。

来国际责任，因为立法机关本身就是为责任归属目的设立的国家机构。²³¹ 在其他情况下，制定法规本身可能不等于违背义务，²³² 特别是如果有关国家能够以不违反有关国际义务的方式实行该法规。如果是这样，是否发生违背义务将取决于是否和如何实行该法规。²³³

第 13 条

对一国为有效的国际义务

一国的行为如不符合国际义务对它的要求，即为违背国际义务，而不论该义务的起源或特性为何。

评 注

(1) 第 13 条规定的基本原则是，违背必须是在该义务对该国有约束力时发生，才产生责任。这只不过是时际法一般原则在国家责任领域的适用，正如于贝法官在帕尔马斯岛案例的另一种情况下所指出：

²³¹ 见第 4 条和评注。例子可参看欧洲人权法院对下列案件的裁决：“诺里斯 诉爱尔兰”案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，第 142 号(1988)，第 31 段，引用“克拉斯 诉德国”，欧洲人权法院，汇编 A 辑，第 28 号(1978)，第 33 段；“马尔茨克斯诉比利时”，欧洲人权法院，汇编 A 辑，第 31 号(1979)，第 27 段；“约翰斯顿诉爱尔兰”，欧洲人权法院，汇编 A，第 112 号(1986)，第 33 段；“达吉恩 诉联合王国”，欧洲人权法院，汇编 A 辑，第 45 号(1981)，第 41 段；“莫迪诺斯 诉塞浦路斯”，欧洲人权法院，汇编 A 辑，第 259 号(1993)，第 24 段。也参看第 OC-14/94 号咨询意见，“颁布和执行违反《公约》法律的国家责任(《美洲人权公约》第 1 条和第 2 条)”，美洲人权委员会，汇编 A 辑，第 14 号(1994)。美洲法院也认为确定法规草案是否符合人权条约的规定是可能的：第 OC-3/83 号咨询意见，“对死刑的限制(《美洲人权公约》第 4(2)和第 4(4)条)”，美洲人权委员会，汇编 A 辑，第 3 号(1983)。

²³² 国际法院在下述判决中这么认为，“拉格兰德(德国诉美利坚合众国)，法律依据”，2001 年 6 月 27 日的判决，第 90 至 91 段。

²³³ 例如，见世贸组织小组关于美国 - 1974 年贸易法第 301 至 310 条的报告，WT/DS 152/R，1999 年 12 月 22 日，第 7.34 至 7.57 段。

“一个法律事实必须依照其同一时期的法律来判断，而不是依照在与此法律事实有关的争端产生时的生效法律或解决争端时的生效法律来判断。”²³⁴

第 13 条在责任要求方面为国家提供了重要的保障。其拟订方式(“不构成……除非……”)符合保证不在国家责任方面追溯适用国际法的概念。

(2) 国际法庭在许多案件中适用了第 13 条规定的原则。一个启发性的例子是美国一大不列颠联合委员会的公断人贝茨就不列颠当局扣押从事奴隶贩卖的美国船舶并释放属于美国国民的奴隶的行为作出的裁决。提交联合委员会的各事件是在不同时候发生的，公断人必须确定在每个事件发生的时候奴隶制是否“违反国际法”。发生在奴隶贩卖仍被认为合法的时候的较早事件是不列颠当局方面违背尊重和保护外国国民财产的国际义务。²³⁵ 较迟的事件发生在奴隶贩卖被“所有文明国家禁止”的时候，因此，不涉及大不列颠的责任。²³⁶

(3) 仲裁人阿塞在决定俄罗斯当局扣押并没收在俄罗斯领海外捕海豹的美国船舶是否应视为国际不法行为时适用了同样的原则。在他对“詹姆斯·汉密尔顿·刘易斯”号案件的判决中，²³⁷ 仲裁人说，问题的解决必须“按照国际法的一般原则和在扣押船舶时对两个缔约方生效并具有约束力的国际协定的精神”。²³⁸ 由于根据当

²³⁴ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 829(1949)，at p. 845。关于时际法的一般性问题，见国际法学会的决议，《国际法学会年鉴》，第 56 卷 (1975)，at pp. 536-530；关于辩论，同上，pp. 339-374；索伦森的报告，《国际法学会年鉴》，第 55 卷(1973)，pp. 1-116。还参看 W.Karl, “国家责任法的时间因素”，载于 M.斯皮内迪和 B.辛马(合编)，《联合国国家责任的编纂工作》(纽约，海洋出版社，1987) p.95。

²³⁵ 见 The “Enterprise”案，(1855) 德拉普拉戴尔和波利蒂斯，《国际仲裁汇编》，第一卷，p.703；穆尔，《国际仲裁》，第四卷，p.4349，at p. 4373。也参看“埃尔莫萨”案和“克雷奥勒”案，(1855)德拉普拉戴尔和波利蒂斯，《国际仲裁汇编》，第一卷，pp. 703, 704；穆尔，《国际仲裁》，第四卷，pp. 4374, 4375。

²³⁶ 见“劳伦斯”案，(1855)德拉普拉戴尔和波利蒂斯，《国际仲裁汇编》，第一卷，p. 740，at p. 741；穆尔，《国际仲裁》，第三卷，p. 2824。也参看“沃卢西亚”案，(1855) 德拉普拉戴尔和波利蒂斯，《国际仲裁汇编》，第一卷，p.741。

²³⁷ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第九卷，p. 66 (1902)。

²³⁸ 同上，at p. 69。

时生效的原则，俄罗斯没有权利扣押美国船舶，因此扣押和没收船舶是非法行为，俄罗斯必须给予赔偿。²³⁹ 欧洲人权委员会和法院一贯适用同一原则驳回与《欧洲保护人权和基本自由公约》尚未对有关国家生效的期间有关的诉讼。²⁴⁰

(4) 国家惯例也支持这一原则。要求仲裁人适用在指称的不法行为发生时有效的国际法规则是仲裁协定中共有的规定，²⁴¹ 无疑地是以明文确认一般公认的原则的方式作出。处理这个问题的国际法撰写人认识到行为的不法性必须根据在该行为发生时有效的义务予以确定。²⁴²

(5) 国家责任可包括最严重的行为，对这类情况的责任制度将相应地严格。但即使在新的一般国际法强制规范产生时，如《维也纳条约法公约》第 64 条所设想的，这也不要求追溯承担责任。第 71(2)条规定这种新的强制规范“不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势；但嗣后此等权利、义务或情势之保持仅以与一般国际法新强制规律不相抵触者为限”。

(6) 因此对所有国际义务适用时际原则是适当的，并且第 13 条是普遍适用的。不过，这并不妨碍一国有可能同意赔偿由于在行事时并不违背任何对该国有效的国际义务的行为造成的损害。事实上追溯承担责任的情况很少。特殊法原则(第 55 条)

²³⁹ 同上。也参看 The “C.H. 怀特”案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第九卷，p. 71 (1902)，at p. 74。在这些案件中，仲裁协定本身都要求仲裁人适用在行为发生时有效的法律。不过，缔约方的意图显然是确认一般原则在仲裁协定范围内的适用，而不是确立一个例外。也见 S.S. “利斯曼”案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1767 (1937)，at p. 1771。

²⁴⁰ 例如，见 X 诉德国案(请诉书第 1151/61 号) (1961)，《欧洲人权委员会决定汇编》，No. 7，p. 119，和后来的许多决定。

²⁴¹ 参见美国和俄罗斯之间为将有关俄罗斯扣押美国船舶的国际责任的某些争端提交仲裁互换的声明：《联合国国际仲裁裁决报告书》，第九卷，p. 57 (1900)。

²⁴² 参见 P. 塔韦尼埃，《行为发生时刻和国际公法规则的适用之研究》(巴黎，L.G.D.J./克雷斯蒂安法律与科学出版社，1970)，pp. 119, 135, 292；D. 宾德舍德勒尔 - 罗伯特，“关于国际公法的可追溯性”，《保罗·古根海姆国际公法研究纪念论文集》(日内瓦国际高等研究所法学院，1968)，p. 184；M. 索伦森，“欧洲人权公约之适用中的时际问题”，Mélanges offerts à Polys Modinos (巴黎，佩东出版社，1968)，p. 304；T.O. 埃利亚斯，“国际法学说”，《美国国际法学报》，第 74 卷(1980)，p. 285；R. 希金斯，“时间与法律”，《国际与比较法律季刊》，第 46 卷(1997)，p. 501。

足以处理任何这样的情况，即可能同意或决定对行事时并不违背国际义务的行为追溯承担责任。²⁴³

(7) 在国际法中，第 13 条规定的原则不仅是责任的必要基础也是充分基础。换句话说，一旦责任因国际不法行为而产生了，就不会因后来义务终止而受到影响，不论义务是由于被违背的条约终止还是由于国际法改变而终止。因此，如国际法院在北喀麦隆案件中所说的：

“……如果在托管期间，托管国应对违反《托管协定》的规定并对另一联合国会员国或其一个国民造成损害的某一行为负责，索赔诉讼不会因托管终止而了结”。²⁴⁴

同样地，在彩虹勇士仲裁案中，仲裁法庭认为，尽管随着时间的推移有关条约义务已经终止，但法国对其早先违背行为承担的责任仍然存在。²⁴⁵

(8) 国际法院在瑙鲁某些磷酸盐土地案的判决中反映了这项原则的两个方面。澳大利亚在此争辩说，与其共同管理瑙鲁托管领土时期(1947 年至 1968 年)有关的国家责任主张不能在几十年之后才提出，尽管提出主张的权利并未正式放弃。法院采用了宽松的延误或不合理拖延标准，驳回了这一论点。²⁴⁶ 但是，它又继续说：

“法院将在适当的时候确保瑙鲁延误提起诉讼绝不会妨碍澳大利亚认定事实和确定适用法律的内容。”²⁴⁷

法院显然打算适用产生主张时的有效法律。瑙鲁本身也确有必要采取这一立场，因为其主张是建立在违反《托管协定》的基础之上，而该协定在瑙鲁于 1968 年获得独

²⁴³ 关于一国承认和当作其行为的追溯效力，见第 11 条和评注，特别是第(8)段。这种承认仅不会使承认国家的义务具有追溯效力。

²⁴⁴ “北喀麦隆”，初步反对意见，《1963 年国际法院报告书》，p.15，at p.35。

²⁴⁵ “彩虹勇士号案件(新西兰/法国)”，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p.217(1990)，at pp.265-266。

²⁴⁶ “瑙鲁某些磷酸盐土地案件(瑙鲁诉澳大利亚)”，初步反对意见，《1992 年国际法院报告书》，p.240，at pp.253-255，第 31 至 36 段。见第 45 (b)条和评注。

²⁴⁷ 《1992 年国际法院报告书》，p.240，at p.225，第 36 段。

立之日起终止。其主张是澳大利亚根据在特定时间内的有效法律而承担的责任，即使首要义务已经终止，也继续存在。²⁴⁸

(9) 因此第 13 条规定的基本原则是非常确实的。一个可能的限定涉及国际法院的多数在西南非咨询意见中对义务的渐进解释。²⁴⁹ 但是时际原则并不要求对条约条款的解释历久不变。对条约条款的进化解释在某些情况下是允许的，²⁵⁰ 但这与一国只对违背该国在行事时对它有效的义务负有责任的原则毫无关系。时际法的原则也不意味着在某一特定义务开始生效之前发生的事实不能加以考虑，如果这些事实是其他的有关事实。例如，在处理确保对被告者的审判不被不当延迟的义务时，该义务开始生效之前的拘留时间可能是有关事实，尽管不能就该义务生效之前的期间给予补偿。²⁵¹

第 14 条

违背义务行为在时间上的延续

1. 没有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使其影响持续存在。

2. 有持续性的一国行为违背国际义务时，该行为延续的时间为该行为持续、并且一直不遵守该国际义务的整个期间。

3. 一国违背要求它防止某一特定事件之国际义务的行为开始于该事件发生的时刻，该行为延续的时间为该事件持续、并且一直不遵守该义务的整个期间。

²⁴⁸ 案件在法院有机会审议法律依据之前已得到解决：《1993 年国际法院报告书》，p.322；1993 年 8 月 10 日的《和解协定》，见《联合国条约汇编》，第 1770 卷，p.379。

²⁴⁹ 虽然安全理事会通过了第 276(1970)号决议，南非还是继续留在纳米比亚(西南非)对各国的法律后果”，《1971 年国际法院报告书》，p.16，at pp.31-32，第 53 段。

²⁵⁰ 参见欧洲人权法院在“泰勒诉联合王国”案中的意见，欧洲人权法院，汇编 A 辑，第 26 号(1978)，at pp.15-16。

²⁵¹ 例如，见扎纳诉土耳其案，《1997 年欧洲人权法院报告书》，第七卷，p. 2533；J. 波维林，“‘持续违背’国际义务概念中的若干问题”，《英国国际法年鉴》，第 66 卷(1995)，p. 415，at pp. 443-445。

评 注

(1) 一个常常出现的问题是怎样鉴定不法行为在什么时候开始和持续到什么时间，²⁵² 它在国家责任方面有其重要性，包括第 30 条中提到的持续性不法行为的停止这一重要问题。虽然一项违背国际义务的情况的存在和期间在大多数时候取决于义务的存在和内容以及该项违背情况的事实但已规定了某些基本概念。这些都在第 14 条中阐述。第 14 条在处理该问题时虽然并不要求详尽，它也提到了若干有关问题。特别是它区别了在时间上不持续的违背行为和持续的不法行为(分别见第(1)和第(2)款); 它也提到将这种区别适用到防止义务这一重要问题上。在每一宗情况下，它都考虑到被违背的义务的继续生效问题。

(2) 国际不法行为一般需要一段时间才发生。为了第 14 条的目的，最重要的是区别一项正在继续的违背行为和一项已经完成的违背行为。根据第 1 款，该行为发生的时刻即为违背义务行为发生的时刻，即使其影响或后果持续存在。“发生的时刻”等字是为了为一个已完成的不法行为提供一个更准确的时间框架，但并不要求该行为必须在一刻间完成。

(3) 根据第 2 款，一个持续的不法行为，为该行为持续，并且一直不符合该国际义务的整个期间，只要该项国际义务在这段期间对该国家有约束力。²⁵³ 持续性不法行为的例子包括实际维持与颁发国条约义务有抵触的立法条款，非法拘留一名外国官员或非法占领另一国家的部分领土或在未得到其同意的情况下在另一国驻军。

²⁵² 参见马夫马蒂斯的巴勒斯坦租界案，国际常设法院，汇编 A 辑，第 2 号，第 35 页；《摩洛哥磷酸盐(初步反对意见)》，国际常设法院，汇编 A 辑/B 辑，第 74 号，第 23-29 页；《索菲亚和保加利亚的电力公司(初步反对意见)》，国际常设法院，汇编 A 辑/B 辑，第 77 号，pp.80-82；《通过印度领土的过境权案》(法律依据)，《1960 年国际法院报告书编》，pp.33-36。此问题经常在欧洲人权公约各机构中提出(参阅 J. 波维林著作，“‘持续违背’国际义务概念中的若干问题”，《英国国际法年鉴》第 66 卷，1995 年，pp.430-440)：例如，见委员会在《德贝克案》中的裁决(欧洲人权委员会年鉴，2 (1958-1959)，p.214，at pp.234-244；法院在爱尔兰诉联合王国案中的判决，1978 年 1 月 18 日，汇编 A 辑，第 25 号，p.64；帕帕米哈洛普洛斯 等人诉希腊案，1993 年 6 月 24 日，汇编 A 辑，第 260-B 号，40 段；阿格罗泰克西姆 等人诉希腊案，1995 年 10 月 24 日，汇编 A 辑，第 330-A 号，第 58 号。

²⁵³ 见上文第 13 条和评注，特别是第(2)段。

(4) 一项不法行为是否完成或正在继续取决于两项因素：基本义务和某一案件的情况。举例说，美洲人权法院视强迫或非自愿失踪为一项持续的不法行为，只要还找不到失踪人士这项行为就一直继续下去。²⁵⁴ 关于非法没收财产是一项已完成的或持续的行为的问题，在某种程度上，同样地取决于声称被违背的首要规则的内容。在通过法律程序没收的情况下，在有关的产权证被过户后，没收本身是一项完成的行为。但是，事实上的“蚕食”或变相的占领则又不相同。²⁵⁵ 在特别情况下，一个法庭有理由可以拒绝承认一项法律或法令，结果是其导致对身份、所有权或拥有的拒绝可能引起持续的不法行为。²⁵⁶

(5) 此外，完成的和持续的行为之间的区别是比较上的。一个持续的不法行为本身可以中止：如一个人质可能被释放、一名失踪者的尸体被交还亲属。一项持续的不法行为基本上是一项已经开始，但在有关的时间内还未完成的行为。若一持续的不法行为停止，例如已经释放人质或从非法占领的领土撤退军队，对于其后的情况来说，该行为被视为不再具有持续的性质，即便该行为的若干作用可能继续存在，也是这样。这方面的情况适用第 14 条第 1 款的规定。

(6) 一项行为的持续性质不单是因为其影响或后果在时间上有延续性。它必须本身是一项持续的不法行为。在许多宗国际不法行为中，它们的后果可能延续下去。早期的酷刑行为引起的痛苦或没收财产的经济后果，即使在酷刑停止后或产权转移后仍旧延续下去。条款第二部分规定，这些后果应是包括归还在内的次要赔偿义务的对象。在决定应付赔偿额时，应考虑到这些后果的延长时间。但是，它们并不限定违背义务行为本身是持续的。

(7) 持续的不法行为的概念在许多国家的法律制度中存在，在国际法中，其来源为 Triepel。²⁵⁷ 国际法院和其他国际法庭曾再三地提到。举例说，在外交和领事

²⁵⁴ 布拉克，美洲人权法院，汇编 C，No 36(1998)，第 67 段。

²⁵⁵ 帕帕米哈洛普洛斯诉希腊案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，No.260-B(1993)。

²⁵⁶ 洛伊齐多乌诉土耳其案，法律依据，《1996 年欧洲人权法院报告书》，第六卷，P.2216。

²⁵⁷ H.特里佩尔，《国际法和联邦法》（莱比锡，希施费尔出版社，1899）。该概念后来见于有关国家责任的一般性研究以及接受国际法院强制裁判权的一些声明中所使用的“某一日期之前的情况或事实”的解释文件。

人员一案中，国际法院提到“伊朗连续地并仍旧继续地违背根据《1961 和 1963 年维也纳公约》它对美国的义务”。²⁵⁸

(8) 一项持续的不法行为的后果取决于发生该行为的背景以及被违背的义务的期限。举例说，“彩虹勇士号”仲裁案的案由是法国未曾按照法国和新西兰之间的一项协定的规定将两名特工人员拘禁在法属太平洋豪岛上三年时间。仲裁法庭赞同地提到委员会的条款草案(现在合并为第 14 条)，以及立即不法行为和持续性不法行为之间的区分，并提出：

“将这种分类适用于本案就很明显看出，由于没有将那两名特工人员还押于豪岛而构成的违约行为不仅仅是实质性的违约，而且也是持续性的违约行为。此一分类不单纯是理论性质的，正相反，它有着实际的后果，因为该违约行为的严重性以及它在时间上的延续必然会对确定能与具有这两种特征的违反行为相称的赔偿产生相当大的影响。”²⁵⁹

仲裁法庭接着根据这一区分，针对协议所规定的法国义务期限作出了进一步的法律推论。²⁶⁰

(9) 欧洲人权法院为了确定它对一系列案件的属时管辖权，也采用了持续不法行为的概念。问题在于法院的管辖权可能局限于被告国成为《公约》或有关《议定书》的缔约国并接受个人请愿权之后。因此在 Papamichalopoulos 等人诉希腊案中，不属于正式没收的扣押财产行为发生在希腊承认法院权限之前大约八年。法院认定，《公约》第 1 号议定书第 1 条规定的和平享有财产的权利持续受到侵犯，这种违约行为在议定书生效后还继续下去；因此认定，它对该项要求拥有管辖权。²⁶¹

²⁵⁸ 美国驻德黑兰外交和领事人员案，《1980 年国际法院报告书》，p.3, at p.37, 第 80 段，并参见 p.37, 第 78 段。

²⁵⁹ 彩虹勇士号案件(新西兰/法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217(1990) at p.264, 第 101 段。

²⁶⁰ 同上, at pp.265-266, 第 105-106 段，见肯尼思·基思勋爵的不同意见，同上，pp.279-284。

²⁶¹ 帕帕米哈洛普洛斯等人诉希腊案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，No.260-B (1993)。

(10) 在 *Loizidou 诉土耳其案*²⁶² 中，法院对土耳其 1974 年入侵塞浦路斯所造成的后果采用了相同的推理，由于该次侵略，申诉人被剥夺使用她在北塞浦路斯的财产的权利。土耳其所援引的事实是：根据 1985 年《北塞浦路斯土耳其共和国宪法》第 159 条，有关的财产已经被没收，而且这发生于 1990 年土耳其承认法院管辖权之前，法院认为，依照国际法并考虑到安全理事会的有关决议，它不能承认《1985 年宪法》的法律效力，因此当时并未完成财产的没收，而财产继续属于申诉人。北塞浦路斯土耳其共和国和土耳其军队剥夺申诉人使用其财产的权利的行为在土耳其承认法院管辖权之后仍在继续，因而是对第 1 号议定书第 1 条的违反。²⁶³

(11) 人权事务委员会也赞同关于持续性不法行为的概念。例如，在《*洛夫莱斯诉加拿大案*》中，它认定它有权审理申诉人丧失其作为一个印地安团体成员地位对她的持续影响，尽管这一丧失是发生于她 1970 年结婚之时，而加拿大在 1976 年才接受委员会的管辖权，委员会表示，它：

“通常没有职权审理有关《公约》和《任择议定书》生效以前发生的事件的控告。……就桑德拉·洛夫莱斯一案而言，委员会对造成她在 1970 年结婚时丧失印地安人地位的根源……没有权力表示任何意见，……不过，委员会认识到，如果所说的违反行为虽然发生在 1976 年 8 月 19 日以前，但在该日期之后还在继续，或者产生一些影响，而这些影响本身即构成违反行为，那么情况就会有所不同。”²⁶⁴

它认为，加拿大立法使 Lovelace 不能行使其作为少数族裔成员的权利，其持续性影响在该日期之后足以构成对公约第 27 条的违反。在此，持续性违背行为的概念不仅

²⁶² *洛伊齐多乌诉土耳其案*，法律依据，《1996 年欧洲人权法院》，第六卷，p. 2216。

²⁶³ 同上，at pp.2230-2232, 2237-2238, 第 41-47 段，第 63-64 段。见本哈尔特法官的反对意见，同上，p.2242，第 2 段(洛佩斯·罗查、贾姆布雷克、佩蒂蒂、巴卡和戈尔居克鲁等法官实质上同意)，也参看洛伊齐多乌诉土耳其案(初步反对意见)欧洲人权法院，汇编 A 辑. No.310(1995), pp.33-34, 第 102-105 段；塞浦路斯诉土耳其案(第 25781/94 号申诉)，欧洲人权法院，2001 年 5 月 10 的判决。

²⁶⁴ *洛夫莱斯诉加拿大*，第 R.6/24 号来文，《大会正式记录，第三十六届会议，补编第 40 号》(A/34/40)(1981), p.166, at p.172, 第 10-11 段。

适用于委员会的管辖权，而且对于选择第 27 条作为《公约》中最直接涉及到申诉人的条款来说也是适合的。

(12) 因此，在过去某个时候开始，而且在当时即构成(或者，假如当时有关主要规则对当事国有效，便会构成)违约的行为，在目前有可能会继续存在并导致持续性的不法行为。此外，这一持续的性质会对各种不同方面产生法律影响，包括国家责任领域内的各个方面。例如，第 30 条所载的停止义务只适用于持续性的不法行为。

(13) 关于一项已完成的或正在继续的不法行为的一个共同问题是在什么时候发生了违反国际法的行为，以区别于仅仅恐怕会或即将发生的情况。正如在第 12 条的情况下所指出的，这个问题只能根据某一首要规则得到答复。一些规则明确禁止实施威胁、²⁶⁵ 煽动或图谋 ²⁶⁶，在这种情况下，威胁、煽动或图谋本身就是不法行为。另一方面，当国际不法行为是一些事件的发生——举例说，一条国际河流的改道——单是预备性行为不一定是非法行为。²⁶⁷ 在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中，问题在于改道计划(“备选项目 C”)在什么时候实施。法院裁定在多瑙河实际改道的时候才发生规约行为。它指出：

²⁶⁵ 特别是，《联合国宪章》第二条第四项禁止“实行武力威胁或使用武力……侵害任何……国家之领土完整或政治独立”。关于什么是实行武力威胁的问题，见《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，《1996 年国际法院报告书》，p.222, at pp.246-247(第 47-48 段)；参阅 R.萨德斯卡著作“实行武力威胁”，《美国国际法学报》，1988 年第 82 卷，pp.239-268。

²⁶⁶ 特别全面的案文载于《1948 年灭绝种族罪公约》第三条，该条规定下列行为应予惩治：灭绝种族、预谋灭绝种族、直接公然煽动灭绝种族、意图灭绝种族、共谋灭绝种族。并参看：《1997 年惩治恐怖主义爆炸行为国际公约》第 2 条，A/RES/52/164，和《1999 年惩治资助恐怖主义活动行为国际公约》第 2 条，A/RES/54/109。

²⁶⁷ 在一些法律体系中，“预期违约”的概念被用来指一当事方在规定执行时间之前明确拒绝履行契约义务。如发生预期违约，当事方有权终止契约，并诉请赔偿损失。见 K.茨威格特和 H.科茨，《比较法介绍》(第三版，译者：J.A.韦尔，1987)(牛津，牛津大学出版社，1998)，p.508。其他体系在没有采用这一概念，但也取得了类似的结果，例如它们在履行义务时间之前拒绝履行义务的行为推断为一种“直接违约行为”：同上，p.494(德国法)。在国际法中似乎没有任何对等的概念，但《维也纳条约法》第 60 条(三)(甲)所定义的重大违约行为包括“废弃条约，而此种废弃非本公约所准许者”，显然，这一废约行为在履行义务时间之前有可能发生。

“在 1991 年 11 月至 1992 年 10 月期间，捷克斯洛伐克只是在其本国领土上实施执行备选项目 C 所需、但如果当事各方之间达成协议便会放弃的工程，因而并未预先确定它将作出的最后决定。只要多瑙河尚未被单方面筑坝拦截，则备选项目 C 就没有实际上实施。此种情况在国际法或有关国内法中并不是不寻常的。在发生不法行为或罪行之前常常会有一些预备行为，但不能将预备行为与不法行为或罪行本身混为一谈。这也是要区分不法行为(无论即刻行为还是持续性行为)的实际施行和在该行为发生前的预备性而且‘不具备不法行为性质’的行为…”²⁶⁸

因此，法院区分对待不法行为的实际施行和预备性质的行为。此类行为本身如果不“预先确定将作出的最后决定”，则就不构成违背行为。但是，对于在任何特定案件中情况是否如此，这将取决于确切的事实以及主要规则的内容。今后将会出现判断和程度的问题，而它们无法用任何特定的办法来预先加以确定。在第 14 条第 1 和第 3 款中使用“发生”一词就是为了包括各种可能性。

(14) 第 14 条第 3 款规定了一类特别是违背国际义务的行为，即防止某一特定事件发生的义务。防止的义务通常被认为是最大努力的义务，要求国家采取所有合理或必要措施，防止某一事件发生，但又不保证该事件不会发生。违背一项防止义务很可能是一项持续的不法行为，虽然，就如其他的持续不法行为，第 13 条的效力是在该义务仍旧有效的期间内，如果事件继续和仍旧不符合该项义务的规定，才产生持续性违背举例说，Trail Smelter 仲裁案²⁶⁹中关于防止跨国界空气污染的义务，只要继续排放污染就违背了这项义务。的确，在这类情况下，违背行为可能由于未予以制止而日益严重。然而，不是所有旨在防止一项行为发生的义务都属于这一类。如果有关义务只在于防止该事件的最初发生(不同于其继续)，就没有持续的不法行为。²⁷⁰

²⁶⁸ 加布奇科沃-大毛罗斯项目案，《1997 年国际法院报告书》，p.7, at p.54, (第 79 段)，引述目前条款第 30 条评注草案。

²⁶⁹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p.1905 (1938,1941)。

²⁷⁰ 例如一国防止公布某些消息的义务。对这项义务的违背不一定是持续性的，因为一旦消息公布了，这项义务就失去了意义。

如果有关义务停止了，那时候任何连续行为从定义上来说也不再是不法行为。²⁷¹ 第3款的措词“并且一直不遵守该义务”就是为了包括这两种情况。

第 15 条

一复合行为违背义务

1. 一国以被一并定义为不法行为的一系列作为或不作为违背国际义务的时刻开始于一作为或不作为发生的时刻，该作为或不作为连同已采取的另一一些作为或不作为来看待，足以构成不法行为。

2. 在上述情况下，该违背义务行为持续的时间为一系列作为或不作为中的第一个开始发生到此类行为再次发生并且一直不遵守该国国际义务的整个期间。

评 注

(1) 在第 14 条中对已完成的和持续的行为作出的区分的基本框架内，第 15 条作了更详尽的规定，即一项复合不法行为的概念。复合行为导致不断的违背，其时间从一系列不法行为的第一个作为或不作为开始。

(2) 第 15 条所适用的复合行为限于对涉及某些聚合行为的义务的违背，从这个意义上说，不适用于个别的行为。换言之，它们的重点是“一并被定义为不法行为的一系列作为或不作为”。其实例包括涉及灭绝种族、种族隔离或危害人类罪行、系统性种族歧视行为、某一贸易协定所禁止的系统性种族歧视行为等的义务。国际法中的一些最严重的不法行为是根据其复合性质而界定。这些义务在国际法上的重要性值得在第 15 条中予以特别处理。²⁷²

²⁷¹ 参看《彩虹勇士号》仲裁案。《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p.217 (1990)，at p.266。

²⁷² 另见 J.萨蒙，《国家的复合行为：一个有争议的概念》，《法国国际法年鉴》，第二十八卷(1982 年)，p.709。

(3) 即使它具有特别性质，禁止灭绝种族罪在 1948 年公约和后来的文书中均以相同措词编写，²⁷³ 这是“复合”义务的一个好例子，因为它意味着需负责任的实体(包括政府)必然已采取一种系统性的政策或做法。根据《公约》第二(a)条的规定，“灭绝种族”的主要罪证是“杀害[某一民族、人种、种族或宗教团体的成员]”以期全部或局部消灭该群体。这个定义的两个分句均包含有系统性的因素。灭绝种族行为必须是蓄意进行，并旨在实际消灭该群体。在蓄意进行屠杀和造成伤害等行为累积起来之后，才算是犯下灭绝种族罪，因为这才符合第二条的定义。但是，一旦跨过这个界线，便可以说，该罪行的实行时间延续到犯下任何这些行为的整个期间。任何犯下其中任何行为的个人则是犯下灭绝种族罪。²⁷⁴

(4) 有必要分清楚复合义务和由一项“复合”行为构成的单一义务违背。复合行为无疑更有可能引起有持续性的违背行为，但单一行为也可能造成有持续性的违背行为。然而，如果义务本身是根据行为的累积性质来界定，也就是说，累积性行为构成不法行为的本质则立场不同。种族隔离与个别的种族歧视行为不同类；灭绝种族也与因族裔或种族动机进行的个别杀害行为不同类。

(5) 在《爱尔兰诉联合王国案》中，爱尔兰指控对在北爱尔兰被拘留者的非法待遇做法，爱尔兰认为，这种做法等于酷刑或不人道或有辱人格的待遇。此案以此一论据获得受理。这造成各种程序性和补救性后果。尤其是，对于指称属于上述做法一部分的每一个事件，无须遵守用尽当地补救办法的规则。但是，法院否认发生

²⁷³ 参见 1993 年 5 月 25 日通过的《起诉 1991 年以来在前南斯拉夫境内严重侵犯国际人道主义法行为责任人的国际法庭规约》第 4 条(原先列为 S/25704 和 ADD.1 的附件公布，经安全理事会第 827(1993)号决议通过，后来又以 1998 年 5 月 13 日第 1166(1998)号决议和 2000 年 11 月 30 日第 1329(2000)号决议予以修订); 1994 年 11 月 8 日通过并经安全理事会第 955(1994)号决议批准的《起诉在卢旺达境内严重侵犯国际人道主义法行为的责任人和应为邻国境内上述侵权行为负责的卢旺达公民国际刑事法庭规约》第 2 条; 1998 年 7 月 17 日《罗马国际刑事法院规约》(A/CONF.183/9)第 6 条。

²⁷⁴ 时际法不适用于《灭绝种族公约》，因为根据该《公约》第一条的规定，《公约》是宣告性的，因此对不论何时所犯的灭绝种族罪，均有加以起诉的义务。见《防止及惩治灭绝种族罪公约》请诉案(初步反对意见)》，《1996 年国际法院报告书》，p.595, at p.617，第 34 段。

任何有系统性的个别不法行为。它只是认为，爱尔兰有权指控由一系列违背公约第7条规定的行为构成的一种做法，并要求停止这种做法。法院说：

“不符公约的一种做法是由相同或类似的违背行为累积组成，这些行为很多而且相互关连，不仅足以形成单独的事件或例外，而且足以形成一种格局或系统；离开这些违背行为，单独一个做法本身并不构成违反行为……。做法的概念对于用尽国内补救办法规则的适用，尤为重要。载于公约第26条的这项规则，适用于国家的申请……其适用方式与个人申请相同……。另一方面，这项规则原则上不适用于如下情况：申请国指控某项做法，以防止其持续或再次发生，但不要求委员会或法院对所提出的、作为这项做法的证明或说明的每项案件作出裁决。”²⁷⁵

在危害人类罪的情况下，综合行为是同其组成部分的个别违反人权行为分开的一种违反行为。

(6) 又必须对一项不法行为的必要因素和发生了这一行为的证据或证明方面的需求加以区分。举例说，一个国家的个别种族歧视行为是国际不法行为²⁷⁶，即使可能需从国家官员的一系列(牵涉到同一个或处于同样情况的其他人)行为上加以引证，以显示任何这些行为是歧视性的而不是有合法根据的。在本质上，这些歧视不是一个复合行为，在是为了证明的目的，可能必须提出相当于这一行为的做法的证据。

(7) 一项复合行为的性质的后果是，完成该行为的时间，不可能是一系列行为的首次作为或不作为的发生时间。只到以后才会发现首次作为或不作为开启了一系列行为。只有在一系列作为或不作为发生后，才显示出该复合行为不仅仅是一连串的单独立行，而是一项复合行为，即一项累积起来的不法行为。

²⁷⁵ 欧洲人权法院，汇编A辑，第25(1978)号，p.64(第159段)；并参看，同上，p.63(第157段)。又见美国在《石油钻井平台案》中提出的反诉(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)反诉，《1955年国际法院报告书》，p.190，这项反诉同样将重点放在一般性情况，而非放在特定情况。

²⁷⁶ 参见《消除一切形式种族歧视国际公约》，《联合国条约汇编》，第660卷，p.195，第2条，《公民权利和政治权利国际公约》，《联合国条约汇编》，第999卷，p.171，第26条。

(8) 第 15 条第 1 款界定“发生”一项复合行为的时间为最后的作为或不作为发生的时间，这一作为或不作为与其他作为或不作为一起足以构成该不法行为，从这种意义上说，并不一定非要是最后的作为或不作为不可。在决定什么时候发生违反国际法情况时，对已完成的和持续的不法行为也适用同样的考虑；这一件事取决于确切的事实和首要义务的内容。发生了多少次的作为或不作为才构成违反义务也取决于首要规则的措词和目的。作为或不作为必须是一系列的一部分，但该条并无规定必须犯了整个系列的不法行为才能被列入复合不法行为一类，而是只要发生了足够次数的行为就构成了违反情况。在发生足以构成违反情况的行为时，可能不知道后来还会发生其他行为，以及一系列的违反行为还未完成。此外，一些系列的作为或不作为受到中止，从未完成，但不一定制止这些已发生的作为或不作为被归类为复合不法行为，只要它们加起来足以构成违反情况。

(9) 虽然复合行为是由一系列总体被界定为不法的作为或不作为构成，但这并不排除以下的可能性，即该系列中每一个单项行为根据另一项义务来说都是不法行为。举例说，灭绝种族不法行为一般是由一系列本身在国际上被认为是不法的行为构成。它也不会影响到侵犯行为的时间因素：一系列的作为或不作为可在同一时间发生或连续地在不同时间发生。

(10) 第 15 条第 2 款规定了一项复合行为的持续时间。一旦发生了足够次数的作为或不作为，造成了复合行为的不法结果，违反行为就应从一系列行为中的第一项行为开始。在发生了足以构成不法行为系列的作为或不作为以前第一项作为或不作为的地位是不很明确的；但在那时候，该行为应被视为从第一次作为或不作为开始发生的整段期间。如果不是这样，禁止的效力也就被削弱了。

(11) 在第 2 款中加入“一直”这一词是为了第 13 条中规定的时际原则。根据该原则，在构成违反情况的一系列行为发生时，国际义务必须对国家具有约束力。如有关义务在一系列行为开始时还不存在，而只在以后生效的情况下，就国家责任来说，该系列中的“第一项”作为或不作为将是义务产生后第一次发生的作为或不作为。但这并不一定阻止法庭为了其他目的，考虑到较早的作为或不作为(例如，为了为后来的违反情况确定事实基础，或提供意图证据)。

第四章

一国对另一国行为的责任

(1) 根据第一章中所载述的基本原则，每一国应对其国际不法行为负责，即应对根据第二章归属于该国、根据第三章违背该国国际义务的行为负责。²⁷⁷ 国家责任是有关国家的特定责任，这一原则是整个本条款的基础。它将被称为独立责任原则。由于每一国有它自己的一系列国际义务和它自己的相关责任，这一原则是合适的。

(2) 但是，国际不法行为往往是由几个国家一起进行、而不是由某一国家单独采取的行动。²⁷⁸ 它可能包括数个国家的独立行为，每一国家在一国际不法行为中起到它自己的作用。情况也有可能是，若干国家通过同一个机关实施一不法行为。²⁷⁹ 国际不法行为也有可能来源于一国以另一国名义行事的情况。

(3) 协作的行为可在同一情况中以不同的形式组合。例如，澳大利亚、新西兰和联合王国这三个国家一起组建了瑙鲁托管领土管理当局。在瑙鲁一些磷酸盐土地案中，有些诉讼是单独针对澳大利亚以三国的“共同名义”所采取的行动提起的。²⁸⁰ 澳大利亚采取的行动包括数国的“共同”行动和一国以其他两个国家和它自己的名义采取的行动。反之，如果行事国的有关机关只是在第6条的含义范围内交由要求国“支配”，则只有要求国才需要为该行动负责。

²⁷⁷ 参看第2条和评注。

²⁷⁸ 参看 M. L. 帕代莱蒂案，《多个国家涉及国际不法行为的情况》(米兰，朱弗雷出版社，1990)；伊·布朗利，《多数国家的法律制度：国家责任》(第一部分)(牛津，克拉伦登出版社，1983年)，pp.189-192；J. 奎格利，“国际法中的共犯：国家责任的新方向”，《英国国际法年鉴》，第57卷，p. 57(1986)；J.E.诺伊斯和 B. D. 史密斯，“国家责任与合并及若干责任原则”，《耶鲁国际法学报》，第13卷，1988年，p. 225；B. 格拉弗拉思，“国际责任法中的共犯”，《比利时国际法评论》，第29卷，1996年，p. 370。

²⁷⁹ 在一些情况下，该行为可能是由国际组织的机关实施的。这种情况引起了国际组织的国际责任问题，它不属于本条款的范围。参看第57条和评注。

²⁸⁰ 瑙鲁的若干磷酸盐土地(瑙鲁诉澳大利亚)，初步反对意见，《1992年国际法院报告书》，p. 240，at p. 258，第47段；参看沙哈布迪恩法官的单独意见，同上，p. 284。

(4) 在某些情况下，一国行为的不法性可能是由另一国的单独行动决定的。一国采取行动时涉及另一国，而且该另一国家的行为对于评估甲国是否违背其本国国际义务具有相关性、甚至具有决定性。例如，在 SOERING 案中，欧洲人权法院裁定，引渡国若按照拟议的作法，将一个人引渡至该个人将遭受不人道或有辱人格的待遇或处罚、没有参加《欧洲公约》的国家，则违背《公约》第 3 条。²⁸¹ 另外，甲国的国际义务可能要求它防止乙国采取若干行为，至少要防止受到这种行为可能产生的损害。因此，在科孚海峡案²⁸² 中，责任的依据是阿尔巴尼亚未能事先向联合王国通报阿尔巴尼亚水面有第三国布置的水雷。阿尔巴尼亚在这种情况下中的责任是第一位的，而不是从乙国的行为中衍生出来的。

(5) 在由数国合作的行为的大多数情况下，不法行为的责任应根据上面第(1)段中提到的单独责任原则予以决定。但可能在某些情况下，甲国机关的行为若不是以乙国的机关或机构的名义行事，则需对该乙国负责，即使该行为的不法性来源于、或基本上来源于对它自己的国际义务的违背，也需负责。第一部分第四章规定了在适当情况下甲国应该对乙国的一国际不法行为承担责任的特殊情况。

(6) 第四章包括三种情况。第 16 条处理甲国援助或协助乙国实施一国际不法行为的情况。第 17 条处理甲国由于指挥或控制乙国实施一国际不法行为而应对该行为负责的情况。第 18 条处理甲国蓄意胁迫乙国实施一行为、要是不加以胁迫则该行为属于该乙国自己的国际不法行为的特殊情况。²⁸³ 在所有的三个情况下，无论出于自愿或非自愿，该行为还是由行为国的机关或代理进行的，并且是，或者在不受胁迫的情况下会是，违背该国国际义务的行为。该违约行为涉及第二国的问题来源于该国愿意协助行为国、指挥和控制行为国、或胁迫行为国。但是，这三种情况之间有重要的不同。根据第 16 条，主要的违法国是行为国，协助国只具有支持的作用。

²⁸¹ 索林诉联合王国案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，No.161 (1989)，at pp. 33-36，第 85-91。参看克鲁斯·巴拉斯诉瑞典案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，No.201 (1991)，at p. 28，第 69-70 段；维尔瓦拉贾诉联合王国，欧洲人权法院，汇编 A 辑，No.215 (1991)，at p. 37，第 115-116 段。

²⁸² 科孚海峡案，法律依据，《1949 年国际法院报告书》，p. 4，at p. 22。

²⁸³ 如果一国遭受胁迫，其行为的不法性可依不可抗力予以解除：参看第 23 条和评注。

同样，根据第 17 条，虽然行为国受到另一国的指挥或控制，它是犯下了国际不法行为。反之，根据第 18 条，在胁迫情况下，胁迫国在行为上是主要的行动者，被胁迫国只是它的工具而已。

(7) 本章的一个特征是：它规定了某些行为是国际不法行为。看来它可能模糊了本条款对国家的初级义务(实质义务)与国家责任的次级义务之间所维持的区分。²⁸⁴之所以这样处理是因为第四章所规定的责任是衍生的义务。²⁸⁵ 在国家法律体系中，处理共谋、共犯和诱导违约的规则可以归入义务法的“通则”部分。此外，一国被另一国的行为牵连的概念与第二章中所处理的行为归属问题类似。

(8) 另一方面，第四章所包括的情况具有特殊性质，是单独责任原则的例外情况，只包括若干情况。在拟订一国需为另一国的国际不法行为负责的这些特殊情况必须考虑到国际系统的若干特征。首先，可能发生这样的情况：同一行为对一国来说是国际不法行为，但对注意到本国国际义务的另一国来说可能并不是不法行为。不容许衍生责任的规则破坏该项原则，《维也纳条约法公约》第 34 条规定：一条约“非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”；对单边义务而言，在某些情况下，甚至在一般国际法规则方面，也发生类似的问题。因此，只有在发生胁迫的极端情况下，一国才需要为如果由该国自己实行便不算国际不法行为的行为负责。其次，各国通过多种多样的机关和代理从事了包罗广泛的活动。例如，向另一国提供资金或其他援助的一国不应该承担另一国将该项援助改用于从事国际不法行为的危险。因此，有必要在援助和指挥与控制的行动同实行国际不法行为的国家之间建立密切的联系。因此，这一部分的条款规定：前一国家应该注意到该国际不法行为的后果，在该行为和援助、指挥或胁迫的行为之间建立特定的因果关系。所以，本部分的条文规定前一国家应该注意到该国际不法行为的情况，并且在该行为与协助、指挥或胁迫国之间建立某种特定的因果关系，但不应影响国家责任事项中的“不法意图”的一般性问题，本条款对此持中立态度。”²⁸⁶

²⁸⁴ 参看上面，《本条款导言》，第(1)、(2)、(4)段对区别的解释。

²⁸⁵ 参看仲裁员胡贝尔在摩洛哥西班牙区英国人索赔案中所使用的“衍生责任”一词，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷(1924) p. 615, at p. 648。

²⁸⁶ 参看上面，第 2 条评注，第(3)和(10)段。

(9) 类似的考虑因素决定了不将“衍生责任”的若干情况列入第四章。其中之一是煽动。人们通常不认为煽动不法行为足以引起煽动国的责任，只要煽动国在煽动不法行为的同时不给予具体的支持和给予指挥与控制。²⁸⁷ 但是，可能会有禁止在若干情况下进行煽动的特定条约义务。²⁸⁸ 另一个考虑因素是在某些国内法中称为“事实后共谋”的问题。第三国似乎没有在抑制另一国可能已经进行的国际不法行为中实行合作的概括性义务。再说，规定任何此类事后抑制义务是特定的条约义务。但是，在这里，有两个重要的限制条件。首先、在某些情况下，甲国在乙国已经实施一国际不法行为以后给予协助实际上可能是甲国采取该项行动。在这种情况下，根据第 11 条的规定，可能引起该项行为的责任。其次、在严重违背一般国际法强制性义务的情况下，可能引起制止一非法情况的特殊合作义务。顾名思义，在这种情况下，国家应该议定不许抑损这种义务，遇有严重违背这种义务的情事，便作为特殊情况产生若干合作义务。第 41 条中规定了这种义务。

第 16 条

援助或协助实施一国际不法行为

援助或协助另一国实施其国际不法行为的国家应该对此种行为负国际责任，如果：

- (a) 该国在知道该国际不法行为的情况下这样做，而且
- (b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

²⁸⁷ 参看美国 - 法国专员关于 1831 年法国赔款的声明，载于穆尔，《国际仲裁》，第五卷，p.4399，at pp.4473-4476。参看《尼加拉瓜境内和外来的军事及警备活动》(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，法律依据，《1986 年国际法院报告书》，p. 14，at p. 129，第 255 段，和施维贝尔法官的反对意见，p. 379，第 259 段。

²⁸⁸ 参看《防止和惩治灭绝种族罪公约》第三条(c)项，《联合国条约汇编》，第 78 卷，p. 277；《消除一切形式种族歧视国际公约》第 4 条，《联合国条约汇编》，第 660 卷，p. 195。

评 注

(1) 第 16 条处理甲国向乙国提供援助或协助以便利乙国实施一国际不法行为的情况。当甲国自愿协助或援助乙国实施违背乙国国际义务的行为时，例如明知其为国际不法行为还为该项行动提供必要的设施或经费，便发生这种情况。其他事例包括为关闭水道、便利在外国境内诱拐某人、或协助破坏第三国国民的财产而提供手段。每一情况下应负主要责任的国家为行为国，协助国只起到支持的作用。因此，第 16 条的起首语中使用了“该国”，把提供援助或协助的情况与伙同或参与实行一国际不法行为的情况区别开来。第 16 条规定，协助国的援助或协助不应与行为国的责任混淆。在这种情况下，协助国只有在且只在它自己的行为造成或促成国际不法行为时才需要负责。因此，在绝对确已发生国际不法行为的情况下，协助国的责任范围才不致扩大到需要为行为本身抵偿的地步。

(2) 目前已有各种特定的实质性规则存在，禁止一国援助其他国家实施若干不法行为，甚至要求第三国防止或抑制这种行为。²⁸⁹ 这种规定并不以衍生责任的任何一般原则为转移，也不否定这种原则的存在，从这些规定中推断没有任何一般规则存在是错误的。对于《联合国宪章》第二条第五项等条约规定来说，也存在着超越第 16 条的范围和宗旨的特定理由。

(3) 第 16 条以三种方式限制了援助或协助的责任范围。第一、提供援助或协助的有关国家的机关或机构必须觉察到使得受协助国的行为成为国际不法行为的情况；第二、援助或协助必须是：为了便利该行为的实施而给予的、并且必须是实际给予了；第三、必须是：已经完成的该行为若由协助国自己实施也会构成国际不法行为。

(4) 协助国必须知道使得受协助国的行为成为国际不法行为的情况的要求体现在该国“知道该国际不法行为的情况”。向另一国提供物质或资金协助或援助的一国通常不承担其协助或援助被用于实行国际不法行为的危险。如果协助国或援助国不知道其他国家意图使用其援助或协助的情况，它就不承担任何国际责任。

²⁸⁹ 参看大会 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXX)号决议，第一原则，第 9 段；大会第 3314 (XXIX)号决议，附件，第 3(F)段。

(5) 第二项要求是：援助或协助的给予必须是为了便利实施不法行为，而且必须是实际给予了。这项规定使得第 16 条的适用范围限制在给予的援助或协助显然与随后的不法行为有关的情况。第 16 条规定，一国不必为援助或协助负责任，除非有关国家机关意图使用获得的援助或协助便利不法行为的实施，否则该国际不法行为实际上是由援助国或协助国实施的。没有任何规定要求：该项援助或协助对该国际不法行为的实施而言应该是不可或缺的；光是大大促成该行为就够了。

(6) 第三个条件把第 16 条的适用范围限制在所援助或协助违背的义务是援助国或协助国本身必须遵守的义务的情况。一援助国或协助国不得故意促使另一国违背两国都必须遵守的义务；一国不能由另一国做它自己不能做的事。但是，一国不受制于另一国对第三国承担的义务。这个基本原则也体现在《维也纳条约法公约》第 34 条和第 35 条。²⁹⁰ 相对来说，一国可以不符合另一国对第三国承担的义务的方式为它本国自由行事。在这种情况下，任何责任问题将是受到援助的国家与受害国之间的事情。因此，必须为协助国的责任规定：如果该行为归属于协助国，则该问题应构成对协助国本国国际义务的违背。

(7) 国家实践支持在被违背的义务同样对协助国不利的情形下，让故意援助或协助另一国实行国际不法行为的一国承担责任。例如，伊朗在 1984 年抗议联合王国向伊拉克提供资金和军事援助，据称包括用于攻击伊朗军队的化学武器，因为这项援助助长伊拉克的侵略行为。²⁹¹ 英国政府同时否认了它拥有化学武器和向伊拉克提供化学武器的指控。²⁹² 1998 年，有一项类似的指控声称苏丹容许伊拉克技术人员使用苏丹的设施生产神经毒气，以这种方式协助伊拉克生产化学武器。伊拉克驻联合国代表否认了这项指控。²⁹³

(8) 不使用武力的义务也可能由于协助国容许另一国使用其领土对第三国进行武装攻击而被协助国所违背。当美国对黎巴嫩进行干预时由于德国容许美国军机在其领土上使用机场而有人指控德国参加了武装攻击，德意志联邦共和国针对此事发表的一项声明提供了这样的事例。德意志联邦共和国虽然否认美国和联合王国在

²⁹⁰ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331。

²⁹¹ 参看《纽约时报》，1984 年 3 月 6 日，p. A1，第 1 栏。

²⁹² 参看《纽约时报》，1984 年 3 月 5 日，p. A3，第 1 栏。

²⁹³ 参看《纽约时报》，1998 年 8 月 26 日，p. A8，第 1 栏。

近东采取的措施构成干预，但似乎接受了：一国将它自己的领土让另一国使用以便利其他国家非法使用武力的行为本身是一个国际不法行为。²⁹⁴ 1986年4月的黎波里轰炸事件是另一个事例。利比亚控告联合王国必须为该事件负责，因为联合王国容许美国战斗机使用其若干空军基地攻击利比亚目标。²⁹⁵ 利比亚宣称，由于联合王国“支持并且直接促成”该项攻击行动而“应负部分责任”。²⁹⁶ 联合王国否认了该项责任，因为利比亚对美国目标进行恐怖主义攻击，美国的攻击行为是对该恐怖主义行为的自卫还击行为。²⁹⁷ 安全理事会关于这项攻击事件的一项决议草案被否决了，但是联合国大会印发了一项决议，谴责这项“军事攻击”“违反联合国宪章和国际法”，要求各国“不要为实行侵略阿拉伯利比亚民众国的行为提供任何协助或便利”。²⁹⁸

(9) 不提供援助或协助以便利另一国实行一国际不法行为的义务并不限于禁止使用武力。例如，一国如果协助另一国规避联合国安全理事会施加的制裁²⁹⁹或向一国提供物质援助供它侵犯人权，可能必须承担责任。在这方面，联合国大会曾经在若干情况下要求会员国不要向被发现实行严重侵犯人权行为的国家供应武器和其他军事援助。³⁰⁰ 在有人指控一国的援助为另一国侵犯人权提供便利的情况下，必须仔细调查每一案件的特殊情况，以确定援助国是否意识到它所提供的援助并且有意为实行国际不法行为提供便利。

(10) 第16条规定，援助国故意协助另一国违背它们同受约束的一国际义务，应为它自己的这一行为负责。就此而论，它不为受援国的行为负责。在某些情况下，这可能是没有差异的区别：援助是不法行为的必要组成部分，要是没有援助，不法

²⁹⁴ 照会全文参看 Z.a.o. R. V., 第20卷(1960), pp. 663-664.

²⁹⁵ 参看《美利坚合众国国务院公报》，No. 2111, 1986年6月, p. 8.

²⁹⁶ 参看利比亚人民局哈默德·胡代里大使的发言，巴黎，《时报》，1986年4月16日, p. 6, 第7栏。

²⁹⁷ 首相玛格丽特·撒切尔女士在下议院辩论中的发言，第6辑，第95卷, col. 737 (1986年4月15日)，载录于《英国国际法年鉴》，第57卷(1986), p. 638.

²⁹⁸ 参看大会第41/38号决议，1986年11月20日，第1, 3段。

²⁹⁹ 参看克林顿总统的报告，《美国国际法学报》，第91卷(1997), p. 709.

³⁰⁰ 经济及社会理事会报告，大会第三委员会报告，决议草案十七，1982年12月14日, A/37/745, p. 50.

行为就不会发生，受到的损害可以同时归咎于援助国和行为国。³⁰¹ 但是，在其他情况下，这个区别可能很重要：对于主要行为的实施来说，援助可能只是附带因素，如果影响受到损害的程度，也只起到微小的作用。一国若援助另一国实施一国际不法行为，不一定需要为该项行为的一切后果向受害者提供赔偿，按照本条款第二部分中所载述的原则，只需为它自己的行为负责。

(11) 第 16 条没有处理接受协助国不在场或不同意的情况下，是否可以受理为确定援助国或协助国的责任而提出的司法诉讼的问题。国际法院一再重申，法院不能裁定甲国的国际责任，如果要作出裁定，就必须在乙国不在场和未征得其同意的情况下对其行为“的合法性作出裁决，以此作为先决条件”³⁰²。这就是所谓的货币黄金原则。³⁰³ 该原则适用于第 16 条所涉情况，因为协助国承担责任的实质是接受协助国自己实行了国际不法行为。除其他因素外，前者提供协助的非法性取决于后者行为的非法性。这种情况有时在确定协助国的责任时造成某些实际困难，但不能成为抑损第 16 条的宗旨的理由。货币黄金原则涉及可否受理在国际司法诉讼中提出的权利主张的问题，而不涉及这方面的责任问题。此外，该原则并不是包罗一切的，而货币黄金原则不得作为在每一个案件中不受理司法诉讼的理由。总之，向另一国提供非法协助的情况常常引起外交抗议。各国有权指称谁是另一国不法行为的共犯，即使国际法院可能根本无权或由于其他国家不在场而无权对指控作出裁决。

第 17 条

指挥或控制—国际不法行为的实施

指挥或控制另一国实施其国际不法行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 该国在知道国际不法行为的情况下这样做，而且

³⁰¹ 若干国家对同一损害的并发责任问题参看第 47 条和评注。

³⁰² 东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚),《1995 年国际法院报告书》, p. 90, at p. 105, 第 35 段。

³⁰³ 1943 年从罗马移走货币黄金,《1954 年国际法院报告书》, p. 19, at p. 32; 瑙鲁若干磷酸盐土地案(瑙鲁诉澳大利亚), 初步反对意见,《1992 年国际法院报告书》, p.240, at p. 261, 第 55 段。

(b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为。

评 注

(1) 第 17 条处理衍生责任的第二种情况：一国指挥和控制另一国实施国际不法行为的情况。第 16 条规定，为实施一国际不法行为提供援助或协助的一国在且只在提供了援助或协助的情况下需承担国际责任。反之，指挥和控制另一国实施一国际不法行为的一国需为它自己的行为承担责任，因为它指挥和控制了全部的行为。

(2) 由于指挥和控制另一国实施一国际不法行为而承担国际责任的一些事例目前基本上具有历史重要性。从“宗主国”或“保护国”等国际从属关系看来，应该使支配国为正式归于附属国的行为承担国际责任。例如，在旅居摩洛哥的美国侨民权利案中，³⁰⁴ 法国根据任择条款在其保护国摩洛哥着手处理了关于美国侨民权利的纠纷的诉讼。美国的反对意见认为，任何最终的判决不可能被认为对摩洛哥具有约束力，因为它不是诉讼的当事方。法国确认：它一方面以自己的名义行事，另一方面也以保护国摩洛哥的名义行事，结果是，法院的判决将同时对法国和摩洛哥具有约束力，³⁰⁵ 这个案件便在这个基础上进行。³⁰⁶ 法院的判决涉及法国对摩洛哥行为的责任问题，起诉书和美国的反诉中都提出了这个问题。

(3) 随着 1945 年以来国际关系尤其是非殖民化进程的发展，老式的从属关系已经终止。这种联系不涉及由代表国指挥或控制的任何合法权利。在代表权方面，被代表的实体仍然需为它自己的国际义务承担责任，即使外交通讯可能通过另一国家传达。在这种情况下，代表国并不仅仅由于代为传达通讯便为通讯的内容承担责任。这一点并不抵触英国在摩洛哥西班牙区仲裁案中的权利主张，其中申明：“保护国的责任…来源于…这样的事实：保护国在其国际关系中单独代表受保护

³⁰⁴ 旅居摩洛哥的美利坚合众国侨民的权利，《1952 年国际法院报告书》，p. 176。

³⁰⁵ 参看国际法院辩论。旅居摩洛哥的美利坚合众国侨民的权利，第 1 卷，p. 235；同上，第二卷，pp. 431-433；于是，美国撤消了它的初步反对意见：同上，p. 434。

³⁰⁶ 参看旅居摩洛哥的美利坚合众国侨民的权利，《1952 年国际法院报告书》，p. 176，at p.179。

领土，”³⁰⁷ 宗主国应“为受保护的国家”负责。”³⁰⁸ 仲裁案中的主要事项是要确保，在由受保护的国家停止直接国际关系的保护国的情况下，不能免除受保护国实施的不法行为对第三国造成损害的国际责任。宗主国同意为受保护国的行为承担义务被视为避免该项危险的适当手段。³⁰⁹ 就此而论，接受这一义务的理由并不是“代表权”关系，而是宗主国几乎实际上控制了受保护国。它不只是一个通讯渠道。

(4) 诸如属地的其他附属关系，完全不属于第 17 条的范围，第 17 条只涉及一国对另一国行为的责任。在一领土与另一领土之间的从属关系的大多数情况下，即使属地拥有一些国际人格，也不是一个国家。联邦的组成单位即使凭它自己的权利、而不是由联邦授权缔结了条约或其他国际法律关系，它本身也不是国际法中的一个国家。就国家责任而论，联邦中各邦的地位与任何其他国家没有任何差别：本条款草案第 4 条至第 9 条中所阐明的标准原则适用于其组成单位的行为，联邦在国际上必须为该行为承担责任，即使该行为属于依照联邦宪法由地方自己控制的范围，也是这样。³¹⁰

(5) 但是，一国行使权利，指挥和控制另一国的行动的情况的确存在或者是可以设想得到的，无论这是条约中作为军事占领的结果或者基于另一些理由。例如，德国在第二次世界大战中作为交战国占领意大利期间，人们通常认为，罗马的意大利警察是在占领国的控制之下开展行动的。因此，教廷对意大利警察于 1944 年 2 月强行进入圣保罗教堂的不法行为提出抗议时指称德国当局应为该行为负责。³¹¹ 在这种情况下，占领国应为它所指挥和控制的被占领国的行为负责。

(6) 第 17 条的适用范围只限于在支配国实际指挥和控制的情形下违背从属国国际义务的情况。国际法庭一贯地拒绝光凭支配国有权干预一从属国内部行政事务

³⁰⁷ 英国在摩洛哥西班牙区的权利主张案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 615(1925)，at p. 649(译文)。

³⁰⁸ 同上，at p. 648。

³⁰⁹ 同上。

³¹⁰ 参看拉格兰德(德国诉美利坚合众国)案，临时措施，《1999 年国际法院报告书》，p. 9，at p. 16，第 28 段。

³¹¹ 参看 R. 阿戈，“战时对罗马的占领与拉特兰条约”，《专题报告与研究》(米兰，朱弗雷出版社，1946)，第二卷，pp. 167-168。

就推断支配国应承担责任，除非该项权力是在特定情况下行使的。例如，在 Robert E. Brown 索赔案中³¹²，仲裁法庭认为，英国当局在布尔战争以前作为南非的宗主国的权力“远未达到应该由它对 Brown 所遭受的不正当行为负责的程​​度”。³¹³ 该法庭还拒绝接受英国拥有干涉内部行政事务的权力，它又说，没有任何证据可证明“英国曾采取这样的干涉行动”。³¹⁴ 因此，宗主关系“并未导致英国对所申诉的行为应负的责任。”³¹⁵ 在吉兹公爵继承人案中，³¹⁶ 法国——意大利调解委员会认为，意大利对西西里在被盟国占领期间对西西里征用财产应承担责任。法庭的决定并不是以盟国没有权力征用财产或制止意大利这样做为依据的。而是因为委员会的大多数成员指出，事实上，“占领军指挥官不干涉，也没有任何盟国当局要求发布征用法令”。³¹⁷ 一国可能拥有对另一国行使指挥和控制的权力这一唯一的事实在某些领域内不能作为在该领域内将任何不法行为归咎于该占领国的充分依据。³¹⁸

(7) 在第 17 条案文中，“控制”一词指对不法行为的实施进行支配的情况，而不仅仅实行监督，影响或关切就更搭不上边了。同样，“指挥”一词的含义并不光是煽动或暗示，而是指实际指挥一项行动。指挥和控制的行为都必须是为了实行不法行为，才能要求支配国承担责任。在英文本中同为“Direction And Control(指挥和控制)”，却在其他语文本中产生一些困难，主要由于“direction(指挥)”在法文本中可能意味着“完全的权力”，但在英文本中并没有这种含义。

³¹² 布朗(美国)诉英国案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第四卷，p. 120(1923)。

³¹³ 同上，at pp. 130。

³¹⁴ 同上，at p.131。

³¹⁵ 同上，at p. 130。

³¹⁶ 吉兹公爵的继承人案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十三卷(1951)，p. 153。

³¹⁷ 同上，p. 161。关于其他情况，可参看德罗兹和雅诺塞克诉法国和西班牙案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，No. 240(1992)；也参看伊里瓦恩·佩雷斯诉法国案，欧洲人权法院，汇编 A 辑，No. 325-C (1995)，at pp. 62-63，第 29-31 段。

³¹⁸ 其情况可能是：从举证责任方面看来，一国依赖另一国的事实是有关的，因为光是有正式国家机构并不排除那种控制实际上是由占领国实行的可能性。参看恢复属于从匈牙利被驱逐出来的犹太人家庭财物的原状(德国)(柏林，坎默格里希特出版社)(1965)，《国际法评论》，第 44 卷，p. 301，at pp. 340-342。

(8) 第 17 条还为责任的承担附带了两个条件。第一、支配国只有在知道使附属国的行为成为不法行为的情况下才需要承担责任。第二、必须证明完成了的行为若由指挥和控制的¹国家自己实施也是不法行为。在不能反对支配国的双边义务情况下，这一条件是重要的。在多边义务尤其是对国际社会承担的²义务的情况下，其重要性小得多。基本原则是：一国应该无法通过另一国做到它自己做不到的事。

(9) 关于被指挥和控制的国家的责任，光凭另一国指挥它执行一国际不法行为的事实并不构成不履行依第一部分第五章承担的³义务的借口。如果该行为会违背其国际义务，它就应该拒绝遵守该项指示。在国际法中，对于国家来说，“超级命令”的辩解是不存在的。这并不是说，受指挥和控制的国家的⁴行为的不法性不得依第五章予以解除，而是说，只有在能够证明已具备诸如不可抗力等解除不法性之条件的情形下，才可予以解除。在这种情况下，受害国只需检视指挥国的情况即可。但就若干国家之间的情况来说，真正的不可抗力情况或胁迫情况是例外情况。反之，如果的确符合第 17 条中所规定的条件，则指挥国不能以受指挥国愿意、甚至热心参与实施该国际不法行为作为不⁵承担责任的借口。

第 18 条

胁迫另一国

胁迫另一国实施一行为的国家应对该行为负国际责任，如果：

- (a) 在没有胁迫的情况下，该行为仍会是被胁迫国的国际不法行为，而且
- (b) 胁迫国在知道该胁迫行为的情况下这样做。

评 注

(1) 第四章所处理的衍生责任的第三种情况是甲国为乙国所胁迫的情况。第 18 条涉及故意实行胁迫，以使一国违背其对第三国的义务的特殊问题。在这种情况下，胁迫国对第三国的责任不是来源于它的胁迫行为，而是来自被胁迫国的行动所引起的不法行为。胁迫行为本身的责任是胁迫国对被胁迫国的责任，而第 18 条规定的责任是胁迫国对该胁迫行为的受害国，尤其是对受到该胁迫行为伤害的第三国的责任。

(2) 为了第 18 条的目的,胁迫与第 23 条所指的不可抗力具有同样的基本特性。必须有迫使被胁迫国意志屈服,除了遵守胁迫国的意愿之外别无选择的行为,才符合第 18 条的规定。光是使得遵守义务更加困难或费力,或者使行为国在行为时受到协助或指挥还不够:这些问题属于前面几个条文的范围。而且,胁迫国必须胁迫另一国实施国际不法行为。光是以胁迫行为使得被胁迫国更加难于遵守义务还不够。

(3) 虽然为了第 18 条的目的,为胁迫规定了狭隘的含义,其适用范围并不限于非法胁迫。³¹⁹ 作为一个实际问题,符合本条要求的大多数胁迫行为将是非法的,例如,因为一国违反宪章的规定而进行了武力威胁或使用了武力,或者由于采取了干预行为,即:以胁迫方式干预他国内政。采取反措施的情况也是这样。它们可能具有胁迫的性质,但如同在第 49 条中明文规定的那样,其作用是要诱使一违法国对采取反措施的国家履行停止和赔偿的义务,不要胁迫该国违背它对第三国承担的义务。³²⁰ 但是,胁迫也可能采取其他形式,例如:施加重大的经济压力使得受胁迫国无法履行被违背的义务。

(4) 将胁迫行为等同于不可抗力意味着:在适用第 18 条的大多数情况下,可以解除受胁迫国对受害第三国承担的责任。这一点反映在第 18 条(a)项的“在没有胁迫的情况下”一语中。等同于不可抗力的胁迫可以成为解除对受胁迫国的一行为之不法性的原因。因此,第 18 条没有起首条款中将该行为称为国际不法行为,在没有可据以解除受援助国或受控制国之行为的不法性的可比较的情况的第 16 条和第 17 条也采取了这样的处理方式。但是,没有任何理由可据以解除该行为对胁迫国的不法性。反之,如果不能使胁迫国对该行为承担责任,受害国可能根本无法采取任何补救办法。

(5) 按照第 18 条承担的责任还有一个条件,即:胁迫国必须意识到如果没有胁迫也会引起被胁迫国之行为的不法性的情况。据理解,在(b)项中提到“情况”是指事实状况而不是指胁迫国对该行为之合法性的判断。这一点从“该行为的情况”一语得到澄清。因此,虽然对法律无知不能作为借口,对事实无知对于确定胁迫国的责任来说,却是实质性的。

³¹⁹ P. 朗泰尔,《条约法导论》(第 3 版), (巴黎,法国大学出版社,1995), pp. 159-161, 第 271-274 段。

³²⁰ 参看第 49 条第 2 款和评注。

(6) 胁迫另一国违背基对第三国的义务的一国必须就该行为的后果对第三国承担责任，而不论胁迫国是否也受到该义务的约束。否则，受害国有可能丧失任何补救办法，因为行为国将能够依靠不可抗力作为解除不法性的情况。因此，第 18 条与第 16 条和第 17 条的不同在于：它的确考虑到被胁迫国在胁迫国本身不受有关义务约束的情况下免除自己对该行为的责任。

(7) 国家实践支持一国对它所胁迫的另一国的国际不法行为承担责任的原则。在罗马尼亚—美国案中，美国政府针对美国公司拥有的若干油库和其他设施由于罗马尼亚政府在一战期间下令破坏而提出的索赔要求起初是对英国政府提出的。当设施受到破坏时，罗马尼亚正在同德国交战，德国正在准备入侵罗马尼亚，美国声称罗马尼亚当局“被迫”按照英国的要求采取该项措施。为了支持其要求，美国政府指出：本案的情况显示了“一个强大的交战国由于海上防卫的要求主要出于它本国的意旨，强迫一个弱小的盟国勉强同意在其境内采取一项军事行动的情况。”³²¹ 英国政府拒绝承担责任，指称：它对罗马尼亚当局的影响绝对没有超过在从事共同事业的协作政府之间进行劝说和忠告的范围。”³²² 美国政府和英国政府之间的争论点不是一国对它所胁迫的另一国的行为承担责任，而是在该案的特定情况中发生“强迫”行为。³²³

第 19 条

本章的效力

本章不妨碍实施有关行为的国家或任何其他国家根据本条款其他规定应该承担的国际责任。

³²¹ 美国驻伦敦大使馆照会，1925 年 2 月 16 日，参看哈克沃思，《文摘》，第五卷，p. 702.

³²² 英国外交部照会，1928 年 7 月 5 日，同上，p. 704.

³²³ 与在拒绝司法的情况下胁迫违约有关的另一个事例，参看 C.L. 博维，“俄罗斯在民事侵权行为中对波斯违约的责任”，《美国国际法学报》，第 6 卷(1912)，p. 389.

评 注

(1) 第 19 条具有三项目的。第一、它保持了实施国际不法行为的国家的责任，虽然它是在另一国的援助或协助、指挥和控制或胁迫的情况下实施的。它确认将国际责任归咎于一协助、指挥、或胁迫它的国家并不能解除该协助、指挥或胁迫国的责任。

(2) 第二、本条澄清了：第四章的规定不妨碍据以确定协助、指挥或胁迫国根据规定特定行为为非法的任何国际法规则必须承担的责任。“根据本条款其他规定”一语特别指可能影响责任问题的第 23 条(不可抗力)。该措词也促请注意这样的事实：本条款的其他规定可能涉及犯下该行为的国家，第四章绝对不排除它在这方面的责任问题。

(3) 第三、第 19 条保持了根据本条款其他规定可能将国际不法行为归咎于它的“任何其他国家”的责任。

(4) 因此，第 19 条是为了在可能来源于初级规则(不包括若干协助形式)或来源于可以根据第二章另外归咎于任何国家的行为的责任方面避免发生任何相反的指摘。本条同时适用于受到牵连的国家和行为国。本条显示：第四章只涉及引起不法性的行为是一国所犯下而不是由其他国家实施的行为的情况。如果两个国家都实施了该行为，那么，该情况将属于第二章所处理的共犯领域。

第 五 章

解除行为不法性的情况

(1) 第五章规定了解除有关国家否则不符合国际义务的行为的不法性的六种情况。某一特定情况下存在的符合本章解除不法性的情况可提供一面盾牌，用以对抗否则是理由充分的对违背某项国际义务的索偿要求。这六种情况是：同意(第 20 条)、自卫(第 21 条)、反措施(第 22 条)、不可抗力(第 23 条)、危难(第 24 条)和危急情况(第 25 条)。第 26 条明确规定，如果援引其中任何一种情况会与一般国际法强制性规范冲突，则不得予以援引。第 27 条述及援引这些情况之一的某些后果。

(2) 与现有条款的拟订原则相一致的是，第五章中规定的解除行为不法性的情况属于普遍适用的情况。除非另有规定，³²⁴ 这些情况适用于任何国际不法行为，无论其是否涉及一国违背一般国际法某项规则、某项条约、某一单方面行为或任何其他来源规定的一种义务。这些情况并不废除或终止该项义务；与之相反，它们会在有关情况继续存在时为不履行义务的行为提供理由或辩解。国际法在“加布奇科沃—大毛罗斯项目案”中强调了这一点。匈牙利力图提出论据证明，该国违背 1977 年条约规定的义务而中止该项目工作的行为的不法性，已为危急情况所解除。国际法院在审理匈牙利的申诉时指出：

“匈牙利声称的危急情况——假设其已确定的话——不能因而允许得出一种结论，即……它的行动根据了 1977 年条约的义务，或这些义务已停止对其具有约束力。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。”³²⁵

因此，必须在解除不法性的情况的作用与终止义务本身两者之间加以区分。第五章中的情况所发挥的是盾牌而不是利剑的作用。如 Fitzmaurice 所述，在适用解除不法性的情况之一时，“不履行不仅只是有理可据而已，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，立即恢复履行……”³²⁶

(3) 在各国际法庭的判决中明显出现了这种区分。在对“彩虹勇士”案的仲裁中，国际法庭认为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，后者则决定当条约仍然有效时，违反条约的行为的后果为何，包括所述行为的不法性是否已告解除的问题。³²⁷ 在“加布奇科沃—大毛罗斯项目”案中，法院指出：

“即使查实确有危急情况存在，也不能用作为终止一项条约的理由。它只能用作为免除一国未能执行一条约的责任。它即使是有理的，也不因

³²⁴ 例如由与之相反的某项条约作出的规定，这种条约将构成第 55 条所述的特别法。

³²⁵ “加布奇科沃—大毛罗斯项目”案，《1997 年国际法院报告书》，p.7, at p.39, 第 48 段。

³²⁶ Fitzmaurice, “关于条约法的第四次报告”，《国际法委员会年鉴》，1959 年，第二卷，p. 41。

³²⁷ “彩虹勇士”案(新西兰/法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217(1990), at pp. 251-252, 第 75 段。

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——除非缔约双方同意终止——它仍然存在。一旦危急情况停止，遵守条约义务的责任立即恢复。”³²⁸

(4) 虽然例如第 23 条所述的不可抗力和《维也纳条约法公约》第 61 条³²⁹所述的发生意外不可能履行的情况所指的可能是相同的事实，但两者是不相同的。只要存在不可抗力情况，它就可为不履行义务提供正当理由；发生意外不可能履行的情况则为根据第 61 条规定的条件终止或暂不适用条约提供正当理由。前者对特定的义务起作用，后者则对作为该义务来源的条约起作用。正如这两种理论的适用范围各不相同，它们的适用方式也各不相同。不可抗力为暂不履行义务作出辩解，但发生意外不可能履行的情况不致使条约自动终止：至少双方之中必须有一方决定终止才行。

(5) 解除行为不法性的情况的概念可追溯到 1930 年海牙会议筹备委员会的工作。在其《讨论基础要点》³³⁰中，该委员会列出了两种“国家可拒不承担其责任的情况”，即自卫和报复。³³¹该委员会认为，在外交保护的意义上，国家责任的范围还可能受到受害国采取的“挑衅态度”的影响（《讨论基础》第 19 点）以及国家不能对其武装部队“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）。但对这些问题均未得出任何结论。

(6) 国际法委员会在其关于对伤害外国人³³²和对履行条约³³³的国际责任的工作中发展了解除不法性的情况的类别。凡是不履行条约的行为的理由主题未包

³²⁸ 《1997 年国际法院报告书》，p.7, at. p.63, 第 101 段；另见 p.38, 第 47 段。

³²⁹ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p.331。

³³⁰ 《国际法委员会年鉴》，1956 年，第二卷，pp. 223-225。

³³¹ 同上，pp.224-225。在同一标题下讨论了在卡尔沃条款和当地补救方法已全部使用条款中提出的问题。

³³² 《国际法委员会年鉴》，1958 年，第二卷，p. 72。关于 Garcia Amador 对各种情况的讨论，见其“关于国家责任的第一次报告”，《国际法委员会年鉴》，1956 年，第二卷，pp. 203-209 及其“关于国家责任的第三次报告”，《国际法委员会年鉴》，1958 年，第二卷，pp. 50-55。

³³³ Fitzmaurice, “关于条约法的第四次报告”，《国际法委员会年鉴》，1959 年，第二卷，pp. 44-47 及其评注，同上，pp. 63-74。

括在《维也纳条约法公约》范围内时³³⁴，该主题就属关于国家责任的法律处理的事项。

(7) 应将解除不法性的情况与实际效果可能是允许一国逃避责任的其他论据区分开来。这些论据与法院或法庭对某一争端是否拥有管辖权或某一索偿要求是否可以受理的问题丝毫无关。应将它们与组成义务的各种要求区分开来，也就是与在出现不法性问题时首先必须存在、并原则上由该项义务本身具体规定的那些成分区分开来。从这一意义上说，解除不法性的情况所起的作用类似国内法律制度中的辩护和辩解，而许多法律制度往往以相同的名称承认第五章确认的各种情况。³³⁵ 另一方面，国内法对这些情况并没有共同的处理办法，而是对第五章中的条件和限制作出了独立的发展。

(8) 如同这些条款不涉及法院或法庭的管辖权问题一样，它们也不涉及证据和举证责任的问题。在关于国家责任的双边争端中，确定国家责任的举证责任原则上落在索赔国身上。然而，在与国际义务冲突的行为应归咎于一国，而该国又试图援引第五章规定的情况回避责任时，状况就发生了变化，该国就负有举证责任，为自己的行为提出理由或进行辩解。事实上通常的情况是，只有该国才充分认识到可为其不履行行为进行辩解的各种事实。

(9) 第五章规定了目前根据一般国际法承认的解除不法性的情况。³³⁶ 可供选择的某些其他情况已被排除在外。例如，不履行的抗辩(未履行契约的抗辩)最好视

³³⁴ 见《维也纳条约法公约》第 73 条。

³³⁵ 见 C. von Bar 的比较评论“欧洲共同侵权行为法”，第二卷(慕尼黑，Beck，2000 年)，pp. 449-592。

³³⁶ 关于受害国或其他人或实体促成损害的作用，见第 39 条及评注。这并不解除不法性，但在确定赔偿的多少和形式时是有关的。

为某种相互或双务义务的一种特性，而不作为一种解除不法性的情况。³³⁷ 一国不得从本身的不法行为中受益的原则可在国家责任领域内产生各种后果，但这是一种一般原则，而不是解除不法性的具体情况。³³⁸ 所谓的“洁手”理论主要是在法院是否可受理索偿要求这一方面援引的，但极少予以适用。这里也不必将其包括在内。³³⁹

第 20 条

同 意

一国以有效方式表示同意另一国实行某项特定行为时，该特定行为的不法性在与该国家的关系上即告解除，但以该行为不逾越该项同意的范围为限。

³³⁷ 比较“默兹河分流案”（荷兰诉比利时），《常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 70 号，p.4，尤其是 at pp. 50、77。另见 Fitzmaurice，“关于条约法的第四次报告”，《1959 年国际法院报告书》，第二卷，pp. 43-47；D.W. Greig，“Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties”，Virginia Journal of International Law，第三十四卷（1994 年），p. 295；关于比较评论，见 G.H. Treitel，《Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account》（牛津，Clarendon Press，1987），pp. 245-317。关于不履行的抗辩与反措施之间的关系，见下文对第三部分第二章第(5)段的评注。

³³⁸ 见“霍茹夫工厂”案，“管辖权”，1927 年，《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 9 号，p. 31；比较“加布奇科沃 - 大毛罗斯项目”案，《1997 年国际法院报告书》，p.7，at p.69，第 110 段。

³³⁹ 见 J.J.A. Salmon，“Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales”，《法国国际法年鉴》，第 10 卷（1964 年），p. 225；A. Miaja de la Muela，“Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux”，载 *Mélanges offerts à Juraj Andrassy*（海牙，Martinus Nijhoff，1968 年）p. 189，以及 Schwebel 法官在“在尼加拉瓜境内进行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）中的反对意见，案情，《1986 年国际法院报告书》，p.14，at. pp. 392-394。

评 注

(1) 第 20 条反映了在第一部分特定意义上的关于同意的国际法基本原则。根据这一原则，一国对另一国某一特定行为表示同意，即解除该行为对于该同意国的不法性，但该项同意必须以有效的方式表示，而且以该行为不逾越所表示同意的范围为限。

(2) 一些国家对另一些国家的行为表示同意是日常发生的事，如果没有这种同意，这种行为就会违背国际义务。简单的例子包括经由一国领空和国内水域过境，在其领土上安置设施，或在该国进行官方调查或查询。但是，在对于某种情况或某种行为过程的同意，与对于作为其依据的义务本身的同意，这两者之间必须作出区分。在双边条约的情况下，缔约国可在任何时候同意终止或暂停该项条约，在这种情况下，条约规定的义务将随之终止或暂停。³⁴⁰ 但除了这种可能性之外，国家有权不履行其应个别履行的某项义务，或一般地允许发生(在没有这种允许的情况下)将成为就它们而言是不法的行为。在这些情况下，首要义务继续制约着两国间的关系，但在某一特定的情况下，或而为了某一特定行为的目的，这一首要义务会因表示了同意而被取代。

(3) 一国可在事先甚至在其正在发生之时对作出的否则会成为不法的行为表示同意。相比之下，在行为发生之后表示的同意属于一种弃权或默认，从而导致丧失援引责任的权利。这一点将在第 45 条述及。

(4) 为了解除不法性，对在特定情况下不履行某一义务的同意必须是“有效的”。是否以有效的方式表示了同意，这是由国家责任框架范围外的国际法规则处理的事项。这方面的问题包括，表明同意的国家行为者或个人是否是在经授权后代表国家这样做的(如果不是，该行为国是否知道或应已知道没有此种授权的情况)，或该项同意因受到胁迫或因其他因素而变得无效。³⁴¹ 事实上，可能存在着国家究竟能

³⁴⁰ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331，第 54(b)条。

³⁴¹ 见关于奥地利对由纽伦堡法庭审理的 1938 年 Anschluss 案表示同意的问题。法庭否定奥地利已表示同意；即使它确已表示同意，也是受胁迫所致，不能成为兼并的借口。见审判德国主要战犯的国际军事法庭 1946 年 10 月 1 日判决书，载于《美国国际法学报》，第 41 卷(1947)，p. 172，at pp. 192-194。

否以有效方式表示同意这一问题。第 20 条提及“以有效方式表示同意”，这强调了必须在某些情况下审议这些问题。

(5) 某一个人或实体是否有权在某一特定情况下给予同意，这是不同于该个人或实体的行为是否可为第二章的目的而归属于该国的问题。例如，已提出的问题是：某一区域当局表示的同意能否使派遣外国军队进入一国领土的行为合法化？还是只有中央政府才能给予这种同意？指出区域当局的行为可根据第 4 条归属于该国并没有解决这些问题。³⁴² 在另一些情况下，给予同意的政府的“合法性”受到了质疑。有时由于同意是在违反该国国内法有关条款的情况下表示的，因此该同意受到了质疑。这些问题应视与表示国家意愿有关的国际法规则而定，也应视国际法在某些情况下提及的国内法的规则而定。

(6) 什么人有权对违反某一规则的行为表示同意，可能视规则而定。同意对使馆馆舍进行搜查是一回事，同意在一国领土上建立军事基地则是另一回事。根据每个国家作出的安排以及关于实际和明显权力的一般原则，不同的官员或机构可拥有不同方面的权力。但在任何情况下，同意都必须遵循某些模式才能有效。同意必须是自由给予和明确确认的。它必须由该国确实地明确表示，而不是仅仅根据如向该国提出请求时它一定会同意的这一假设而作出的推测。同意可能会由于错误、欺诈、贪污或胁迫而变得无效。在这方面，关于对条约同意的有效性的各项原则提供了相关的指导。

(7) 除了提请注意有效同意的先决条件包括表示同意的权力问题之外，对于同意应该是有效的这一要求还起着另一种作用。这种要求表明存在着可能根本无法以有效方式表示同意的情况。这一问题在涉及第 26 条(对强制性规范的遵守)时进行了讨论，该条适用于整个第五部分。³⁴³

(8) 一国表示具有使某一行为合法化作用的同意的例子包括：在另一国领土上进行调查、对外来部队行使管辖权、人道主义救济和拯救行动以及在外国领土上对人员进行逮捕和拘留。在 Savarkar 案中，仲裁法庭认定逮捕 Savarkar 不违反法国主

³⁴² 1960 年比利时向刚果共和国派遣军队时出现了这一问题。见《安全理事会正式记录》，第十五年，第 873 次会议，1960 年 7 月 13 至 14 日，特别是比利时代表的发言，第 186-188、209 段。

³⁴³ 见第 26 条评注，第(6)段。

权，因为法国已暗示同意由其宪兵采取行动将其逮捕，因而法国宪兵协助英国当局进行了逮捕。³⁴⁴ 在考虑在此种案件是否适用第 20 条时，可能必须涉及有关的首要规则。例如，只有外交使团负责人才可同意驻在国进入使团房舍。³⁴⁵

(9) 第 20 条关系到与两个有关国家的关系。在要求有若干国家同意的情况下，一国的同意将不会解除对于另一国的不法性。³⁴⁶ 此外，在必须通过同意才能解除不法性的情况下，必须表明该行为属于该项同意的范围。同意另一国的商用飞机越境飞行，并不解除运送军队和军事设备的飞机越境飞行的不法性。同意外国军队在其领土上驻扎一定时期，并不解除此种部队超期驻扎的不法性。³⁴⁷ 这些限制由第 20 条中的“特定行为”以及“不逾越该项同意的范围为限”等词所指明。

(10) 第 20 条只设想了国家对否则会违背某一国际义务的行为表示的同意。国际法还可考虑到非国家实体如公司或私人的同意。投资者可在多大程度上通过协议事先放弃外交保护的规则，这是很久以来一直有争议的问题，但根据 1965 年《华盛顿公约》，投资者根据该公约对仲裁表示的同意具有暂时停止接受投资者国籍国外交保护权利的作用。³⁴⁸ 受惠者不能放弃国际人权条约赋予的权利，但个人的自由同意对于它们的实施是有意义的。³⁴⁹ 在这些情况下，国际法本身的具体规则考虑到有关

³⁴⁴ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十一卷，p. 249 (1911 年)，at pp. 252-255。

³⁴⁵ 《维也纳外交关系公约》，《联合国条约汇编》，第 500 卷，p. 96，第 22(1)条。

³⁴⁶ 奥地利对拟议的 1931 年关税同盟表示了同意，但这并不解除该同盟在德国应对《凡尔赛和约》所有缔约国承担的关于尊重奥地利独立的义务方面的不法性。同样，德国的同意，也并不解除关税同盟在维持通过《圣日尔曼条约》给予奥地利完全独立方面的不法性。见“德国和奥地利之间的关税制度”，1931 年，《常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 40 号，p. 37 at pp. 46,49。

³⁴⁷ 不遵守同意所附加的条件未必会使行为超越同意的限制。例如，同意外来部队驻扎在某国领土可能要求支付使用设施的租金。不支付租金无疑是一种不法行为，但不致使外来部队变成占领军。

³⁴⁸ 《关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约》，华盛顿，《联合国条约汇编》，第 575 卷，p. 159，第 27(1)条。

³⁴⁹ 见《公民权利和政治权利国际公约》，《联合国条约汇编》，第 999 卷，p. 171；第 7；8(3)；14(1)(g)；23(3)条。

的同意并涉及其作用。相比之下，第 20 条则提出了有关国家享有权利和履行义务的一般原则。

第 21 条

自 卫

一国的行为如构成按照《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。

评 注

(1) 存在着允许自卫作为禁止在国际关系中使用武力的例外情况的一般原则，这是无可争议的。《联合国宪章》第五十一条保护国家在面临武装攻击时进行自卫的“自然权利”，并成为第二条第四项规定的不得威胁使用武力或不得使用武力的义务定义的组成部分。因此，一国在行使《宪章》第五十一条所述的固有的自卫权利时，并没有违背甚至没有潜在地违背第二条第四项的规定。³⁵⁰

(2) 如果不履行《宪章》第二条第四项规定的义务以外的某种义务的行为系与该条款受到违反有关，则自卫可作为此种不履行义务的行为的正当理由。传统的国际法在处理这些问题时，确立了一种单独的战争法律制度，确定了交战国权利的范围，并暂停实施交战各方在爆发战争时有效的大多数条约。³⁵¹ 在宪章时期，宣战是罕见的现象，一方或双方通常在彼此“和平”相处时宣布采取自卫行动。³⁵² 《维也

³⁵⁰ 比较“威胁使用或使用核武器的合法性”，《1966年国际法院报告书》，p. 226，at p. 244，第 38 段；p. 263，第 96 段，其中强调在自卫中使用武力的合法性。

³⁵¹ 另见 A. McNair 和 A. D. Watts，“战争的法律效应”（第四版）（剑桥，剑桥大学出版社，1966 年），p. 579。

³⁵² 在《1996年国际法院报告书》关于“油井案平台”（伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国）的初步反对意见（第 803 页）中，没有否认 1955 年《友好条约》依然有效，虽然美国海军对伊朗采取了许多次行动。在该案中，双方同意在自卫能成为采取任何此种行动的理由的限度内，这些行动是合法的。

纳条约法公约》将这些问题搁置一边，在第 73 条中规定该公约不影响“因国家间爆发敌对行动...而可能对某一条约产生的任何问题”。

(3) 这并不是说，自卫解除了所有情况下行为的不法性或对所有义务的的不法性。这种实例涉及国际人道主义法和人权义务。1949 年《日内瓦四公约》以及 1977 年《第一号议定书》都平等地适用于国际武装冲突的所有当事方，习惯国际人道主义法也是如此。³⁵³ 人权条约载有用于公众紧急状况时期的权利减损条款，包括为自卫采取的行动。至于国际人道主义法规定的义务以及在不可减损的人权条款方面，自卫并不解除行为的不法性。

(4) 国际法院在关于“威胁使用或使用核武器的合法性”的咨询意见中对这一问题提出了指导。法院审理的一个问题是：由于核武器可造成大规模和长期的损害，使用核武器是否必然是违背环境义务的行为？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。”³⁵⁴

如果表明或意指某项国际义务适用于即使是处于武装冲突中的国家，以此作为一种明确的制约因素，则采取自卫行动的一国应受到该项国际义务的“完全限制”。³⁵⁵

(5) 第 21 条的根本作用，是解除面临一个进攻国家时采取自卫行动的一国的行为的不法性。但在有些情况下，可能产生对第三国的作用。国际法院在对“威胁使用或使用核武器的合法性”的咨询意见中指出：

³⁵³ 如国际法院关于“威胁使用或使用核武器的合法性”的咨询意见(《1996 年国际法院报告书》，p. 226, at p. 257, 第 79 段)在述及国际法规则时指出，它们构成了“不可违反的国际习惯法原则”。关于武装冲突期间人权与人道主义法之间的关系，见同上，p.240, 第 25 段。

³⁵⁴ 《1996 年国际法院报告书》，p. 226, at p. 242, 第 30 段。

³⁵⁵ 见《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》，《联合国条约汇编》，第 1108 卷，p. 151。

“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。”³⁵⁶

中立法区分了针对交战国的行为与针对中立国的行为。但中立国并不受存在战争状态的影响。第 21 条搁置了有关自卫行动对第三国影响的所有问题。

(6) 因此，第 21 条反映了一种普遍接受的立场，即自卫解除了在国际法规定的范围内采取的行为的不法性。该条提及的是“按照《联合国宪章》”采取的行动。此外，“合法”一词暗指采取的行动遵守了在武装冲突中适用的完全克制的义务，也遵守了自卫概念中固有的相称和危急情况的要求。就第五章的目的而言，第 21 条只是反映了基本原则，而将自卫的范围和使用问题留给《宪章》中提到的适用的主要规则去处理。

第 22 条

对一国际不法行为采取的反措施

一国不符合其对另一国国际义务的行为，在并且只在该行为构成按照第三部分第二章针对该另一国采取的一项反措施的情况下，其不法性才可解除。

评 注

(1) 在某些情况下，一国作出的国际非法行为可使受该行为损害的另一国有理由采取非强制反措施，以便使之停止，并取得对损害的赔偿。第 22 条是从解除不法性的情况这一角度处理这一状况。第三部分第二章对反措施作了更详细的规定。

(2) 司法决定、国家做法和学说确认了一种论点，即符合某种实质性和程序性条件的反措施可能是合法的。在“加布奇科沃—大毛罗斯项目”案中，国际法院明确同意认为，反措施可为“对另一国先前的和……针对该国的国际非法行为而采取

³⁵⁶ 《1996 年国际法院报告书》，p. 226, at p. 261, 第 89 段。

的”否则是非法的行为提供正当理由。³⁵⁷，但必须符合某些条件。在一些仲裁决定中，尤其是关于 *Naulilaa*、³⁵⁸ *Cysne*³⁵⁹ 和 *Air Services*³⁶⁰ 的裁决书中，也可见到某些案件中的这类措施的合法性得到了类似的承认。

(3) 在有关反措施的文献中，有时提及对先前的一种国际不法行为实行“制裁”或作出“反应”；历史上较常见的用语为“合法报复”或更普通的“自我保护”或“自助”措施。“制裁”一词用于按照一些国际组织的组成文书尤其是按照《联合国宪章》第七章采取的措施——尽管事实上该章使用的是“措施”而不是“制裁”。在目前的情况下，“报复”一词已不再广泛使用，因为它会联系到涉及使用武力的交战报复的法律。至少自 *Air Services* 裁决书以来，³⁶¹ 人们更喜欢使用“反措施”一词，因此为本条款目的也采用了这一用语。

(4) 在按照第 22 条采取反措施的情况下，根本性的义务并未暂停，更没有终止；有关行为的不法性因其反措施性质而暂告解除，但只有在这种情况下，而且只有在符合采取反措施的必要条件时，才能得到解除。第 22 条提及的第三部分第二章规定了这些条件。作为对另一国国际不法行为的一种反应，反措施只有在与该国的关系上才可有正当理由。“在并且只在”以及“针对”该责任国的“反措施”等词强调了这一点。针对第三国的行为不符合这一定义，因此不能将其辩解成为反措施。另一方面，对于不涉及违背对第三国任何义务的独立行为对第三国产生的间接或作为后果的影响，不得采取不属第 22 条范围内的反措施。

(5) 反措施只能解除在受害国与作出国际不法行为的国家间关系中的不法性。在 *Cysne* 案中明确表示了这一原则，法庭在该案中强调指出：

³⁵⁷ “加布奇科沃-大毛罗斯项目”案，(匈牙利/斯洛伐克)《1997 年国际法院报告书》，p.7, at p.55, 第 83 段。

³⁵⁸ “*Naulilaa*”案(德国对南非葡萄牙殖民地造成的损害的责任)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 1011(1928)，at pp. 1025-1026。

³⁵⁹ “*Cysne*”案(德国对在 1914 年 7 月 31 日之后和在葡萄牙参战之前所作行为的责任)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 1035(1930)，at p. 1052。

³⁶⁰ 1946 年 3 月 27 日空运服务协定案(美国诉法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十八卷，p. 416(1979)。

³⁶¹ 同上，第十八卷，p. 416(1979)，尤其是 at pp. 443-446，第 80-98 段。

“报复在原则上是违背国际法的行为，只有在它们是由同样违背国际法的其他某些行为所挑起的情况下，才可予以辩护。只有针对挑衅国采取的报复行为才是允许的。诚然，可能发生的情况是，针对违约国采取的合法报复行为可能影响到某一无辜国家的国民。但这将是一种间接和无意的后果，而在实践中，受害国总会努力避免并尽量限制这种后果。”³⁶²

因此，德国对葡萄牙的行为的不法性未告解除。由于涉及使用武力，该项裁决涉及的是好战的报复，而不是第 22 条意义上的反措施。但如同法院在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中确认的那样，该原则适用于反措施，法院在该案中强调指出，有关的措施必须“针对”责任国。³⁶³

(6) 如果第 22 条孤立存在，就必须为反措施的合法性规定其他条件，尤其包括相称的要求、反措施的暂时性或可逆转性，以及某些不得对之采取反措施的基本义务的地位。由于第三部分第二章已述及这些条件，在此只需提及就已足够。第 22 条包括按照这些条件符合反措施要求的任何行动。有一个问题是，如果对第三国也负有义务，但第三国本身并未单独受到违背该义务的国际不法行为的损害，则第三国是否可采取反措施？³⁶⁴ 例如，在有关应对整个国际社会承担的义务的案件中，国际法院申明，所有国家均可对遵守该义务一事表示合法的关切。³⁶⁵ 第 54 条搁置了一个问题：是否任何国家都可采取措施，确保为了普遍利益而不是为其作为受害国本身的单独利益而遵守某项国际义务？。虽然第 22 条并未述及在这种情况下采取的不符合反措施条件的措施，但该条也未排除这种可能性。

³⁶² 同上，第二卷，p. 1035(1930)， at pp. 1056-1057(横线为原文所加)。

³⁶³ 《1997 年国际法院报告书》，p.7,at p.55,第 83 段。

³⁶⁴ 关于受害国与有权援引国家责任的其他国家之间的区分，见第 42 条和第 48 条及评注。

³⁶⁵ *Bacelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, 《1970 年国际法院报告书》，p. 3, at p. 32, 第 33 段。

第 23 条

不可抗力

1. 一国不遵守其国际义务的行为如起因于不可抗力，即有不可抗拒的力量或该国无力控制、无法预料的事件发生，以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务，则该行为的不法性即告解除。

2. 在下列情况下第 1 款不适用：

- (a) 不可抗力的情况是由援引这种情况的国家的行为单独导致或与其他因素一并导致；或
- (b) 该国已承担发生这种情况的风险。

评 注

(1) 不可抗力经常被援引作为解除一国行为不法性的理由。³⁶⁶ 它涉及的情况是有关国家实际上被迫以不符合其必须履行的某一国际义务要求的方式行事。不可抗力与危难(第 24 条)或危急情况(第 25 条)的状况不同，因为该国否则会成为国际不法行为之行为是非自愿的，或至少不包含任何可自愿选择的因素。

(2) 一种不可抗力的情况只有在符合三种因素的情况下才能解除行为的不法性：(a) 有关行为必须为不可抗拒的力量或无法预料的事件所造成，(b) 该行为超越有关国家的控制范围，以及(c) 该行为使该国在这种情况下实际上不可能履行义务。修饰“力量”一词的形容词“不可抗拒的”强调，必须有一种该国无法以本身的能力避免或抵抗的制约因素。要成为“无法预料”，该事件必须是既未被预料到，也不易预料到的那种事件。此外，“不可抗拒的力量”和“无法预料的事件”必须如“起因于不可抗力……，以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务”等词所述，与事实上不可能履行义务的情况有着偶然的联系。按照第 2 款，在符合这些因素的情况下，只要存在“不可抗力”的情况，该国行为的不法性就可告解除。

³⁶⁶ 见《秘书处调查》，“作为解除不法性的情况的‘不可抗力’和‘意外事故’：关于国家做法、国际司法判决和学说的调查报告”，《国际法委员会年鉴》，1978 年，第二卷，第一部分，p. 61。

(3) 造成事实上不可能履行义务的不可抗力可能起因于自然或环境的事件(例如,可能使一国的飞机改变航向进入另一国领空的恶劣天气以及地震、水灾或旱灾)或起因于人类的干预(如因叛乱而造成失去对国家部分领土的控制,或因第三国进行的军事行动而对某一地区的破坏),或起因于这两种情况的某种结合。某种涉及对国家施行武力的胁迫或强迫的状况,如果符合第 23 条的特定要求,也可等同于不可抗力。尤其是这种情况必须是不可抗拒的,以致该国没有逃脱其影响的实际可能性。不可抗力并不包括例如因某种政治和经济危机而致使义务难以履行的情况。它也不包括因有关国家疏忽或不尽责而造成的状况,³⁶⁷ 即使是引起的损害本身是意外或无意时也是如此。³⁶⁸

(4) 在起草后来成为《维也纳条约法公约》第 61 条条文时,国际法委员会认为,如同发生意外不可能履行义务是终止条约的理由一样,不可抗力是在履行条约方面解除不法性的一种情况。³⁶⁹ 维也纳会议会议采用了同样的观点。³⁷⁰ 但为了条约的稳定性,会议在终止条约方面坚持第 61 条的狭义提法。虽然与作为解除不法性的情况的不可抗力相联系的困难程度相当之大,但它仍低于第 61 条对以危急情况为理由的终止条约的要求,如国际法院在加布奇科沃一大毛罗斯项目案中指出:

³⁶⁷ 例如,关于应由飞行员负责的 1915 年 10 月 17 日德国飞行员轰炸 La-Chaux-de-Fonds 以及 1917 年 4 月 26 日法国飞行员轰炸 Porrentruy 诸事件,该两国保证惩处肇事者,并对遭受的损失作出赔偿:《秘书处调查》,第 255-256 段。

³⁶⁸ 例如,1906 年,美国 Chattanooga 号船进入中国芝罘港时,其一名军官被一艘法国军舰的枪弹击中受伤后身亡。美国政府获得了赔偿,并指出:

“虽然 England 上尉的身亡只能被视为意外,但不能将其视为属于无法避免因而不用为之承担责任的一类事故。事实上, Dupetit Thouars 号军舰负责步枪实弹射击的军官缺乏适当的预防措施,在 Chattanooga 号船通过公海航道正常航行途中进入火力线时,未停止射击。如果没有这种促成因素,是不可能想象会发生这起事故的。”

Whiteman, “Damage”, 第一卷, p. 221。另见《秘书处调查》,第 130 段。

³⁶⁹ 《1996 年国际法委员会年鉴》,第二卷, p. 255。

³⁷⁰ 见墨西哥代表的建议,《联合国条约法会议会议文件正式记录》, pp.182-189, A/CONF.39/14,第 53(a)段。

“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。”³⁷¹

(5) 在实践中，援引“不可能履行义务”的许多案件并未涉及不同于更难以履行义务的实际上不可能履行义务的情况，因此以不可抗力为由的申诉失败。但实际上曾出现过关于不可能履行的案件，如一国的飞机由于天气造成了损伤或失去控制，未经另一国许可而飞入后者领空。在这些案件中，解除不法性的原则得到了接受。³⁷²

(6) 除了空中事故之外，以下条约也在船只无害通过方面承认了第 23 条的原则：1982 年《领海及毗连区公约》³⁷³ 第 14 条第 3 款，(1982 年《联合国海洋法公约》³⁷⁴ 第 18 条第 2 款)，以及 1965 年 7 月 8 日《内陆国家过境贸易公约》³⁷⁵ 第 7 条第 1 款。在这些条款中，纳入了不可抗力作为有关首要规则的组成因素；但在这些情况下对不可抗力的接受有助于确认一项内容类似的国际法一般原则。

(7) 这一原则已为各国际法庭所接受。混合索赔委员会经常引用无法预计叛乱

³⁷¹ 加布奇科沃 - 大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)，《1997 年国际法院报告书》，p.7, at p. 63, 第 102 段。

³⁷² 见关于因天气造成的意外入侵领空的案件，以及在《秘书处调查》第 250-256 段中讨论的第一次世界大战期间因导航错误而意外轰炸中立国领土的案件。另见与 1946 年美国军用飞机进入南斯拉夫领空事件有关的国家之间的来往公文：美利坚合众国，《国务院公报》，第十五卷，第 376 号(1946 年 9 月 15 日)，p. 502；载于《秘书处调查》，第 144 段，以及 1954 年引起向国际法院提交申请的事件：《国际法院书状》，“美利坚合众国飞机和机组人员在匈牙利的待遇”，p. 14 (1953 年 3 月 17 日给匈牙利政府的照会)。至于这些案例究竟是以危难作为依据还是以不可抗力作为依据，则不一定很清楚。

³⁷³ 《联合国条约汇编》，第 516 卷，p. 205。

³⁷⁴ 《联合国条约汇编》，第 1833 卷，p. 397。

³⁷⁵ 《联合国条约汇编》，第 597 卷，p. 42。

分子进攻的情况，否定领土所属国对造成外国人遭受损失的责任。³⁷⁶ 在对“灯塔”案的仲裁中，希腊政府于1915年征用了一家法国公司拥有的灯塔，后来遭到敌方行动毁坏。仲裁法庭依据不可抗力的理由，否决了法国要求修复灯塔的索赔要求。³⁷⁷ 该原则在“俄国赔偿金”案中获得了接受，但以不可抗力为由的申诉失败，因为支付债款不是实际上不可能的事。³⁷⁸ 常设国际法院在“塞尔维亚贷款”和“巴西贷款”两案中承认不可抗力是一项法律的一般原则(虽然又一次依据案件事实否决了申诉)。³⁷⁹ 较近来在对“彩虹勇士”案的仲裁中，法国援引了不可抗力，作为解除其将军官撤离豪岛而在治疗之后未将其送回该岛的行为的不法性的一种情况。法庭对此作出了简要的审理：

“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。”³⁸⁰

(8) 除了适用于国家间案件外，不可抗力还广泛实质性地应用在国际商业仲裁

³⁷⁶ 见美国—英国索赔委员会在 Saint Albans Raid 案(1873年)中的判决，Moore, *International Arbitrations*, 第四卷, p. 4042; 《秘书处调查》，第 339 段; 美国/委内瑞拉索赔委员会在 Wipperman 案中的判决，Moore, *International Arbitrations*, 第三卷, p. 3039; 《秘书处调查》，第 349-350 段。De Brissot and others 案，Moore, *International Arbitrations*, 第三卷, p. 2967; 以及英国/墨西哥索赔委员会在 Gill 案中的判决: 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第五卷, p. 157(1993年); 《秘书处调查》，第 463 段。

³⁷⁷ Ottoman Empire Lighthouse Concession, 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十二卷, p. 155(1956), at pp. 219-220.

³⁷⁸ 同上, 第十一卷 p. 421(1912), at p. 443.

³⁷⁹ “塞尔维亚贷款案”，1929年，《常设国际法院案例汇编》A辑，第 20 号, at pp. 33-40; “巴西贷款案”，《常设国际法院案例汇编》A辑，第 21 号, at p. 120.

³⁸⁰ “彩虹勇士”案(新西兰/法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷, p. 217(1990), at p. 253.

之中，而且有条件可成为一般法律原则。³⁸¹

(9) 如果有关情况是由援引国造成或引起的，则它不得援引不可抗力作为理由。在阿拉伯利比亚投资公司诉布隆迪共和国案³⁸²中，仲裁法庭驳回了以不可抗力为由的申诉，因为“所称的不能履行义务的情况不是由一种不可抗拒的力量或布隆迪无力控制的无法预料的内部事件所造成。事实上，这种不能履行义务是该国单方面决定的结果……”。³⁸³ 根据《维也纳条约法公约》第61条规定的终止条约的同样理由，“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履行义务的情况。类比这项规定，第2款(a)项否定了在不可抗力是因援引此种情况的国家的行为单独与其他因素一并导致的情况下提出的申诉。要适用第2款(a)项，援引不可抗力的国家促成实际上不可履行义务的情况是不够的；不可抗力的情况必须“起因于”援引此种情况的国家的行为。这可允许在以下情况下援引不可抗力：一国非故意地促成了实际上不可能履行义务的情况的发生，其行为在事后看来本来是可以不同的方式进行的，但当时是本着善意行事，该行为本身并未使该事件变得更无法预料。第2款(a)项要求该国在不可抗力的发生方面所起的作用是重大的。

(10) 第2款(b)项涉及该国已接受发生不可抗力的风险的情况，不论它是根据义务本身这样做，还是通过其行为或通过某种单方面行为这样做。这反映了一个原则，即如果该国已力图防止该特定情况的发生，或以其他方式承担风险，则不可抗

³⁸¹ 伊朗——美国索赔法庭判例法关于不可抗力的判例，见 G.H.Aldrich, “Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal,” (牛津, Clarendon Press, 1996), pp.306-320。欧洲法院也承认不可抗力是一般法原则：；见第 145/85 号案件, Denkvit Belgie NV 诉比利时, [1987] E.C.R 565; 第 101/84 号案件, 委员会诉意大利, [1985] E.C.R. 2629。另见联合国国际贸易法委员会《国际货物销售合同公约》第 79 条, 维也纳, 1980 年 4 月 11 日, 《联合国条约汇编》, 第 1489 卷, p.58; P.Schlechtriem & G. Thomas, Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods” (2nd edn.) (Oxford, Clarendon Press, 1998), pp.600-625; 国际统一私法协会《国际商事合同原则》第 7.1.7 条, 载于: 国际统一私法协会, 《国际商事合同原则》(罗马, 1994), 169-171

³⁸² 《国际法汇编》, 第 96 卷(1994)p. 279。

³⁸³ 同上, at p.318, 第 55 段。

力不应成为不履行的理由。³⁸⁴ 一旦该国接受了对某一特定风险的责任，它就不能要求以不可抗力为理由逃避责任。但承担风险必须是毫不含糊的，而且必须针对对应之承担义务的人。

第 24 条

危 难

1. 一国不遵守其国际义务的行为，如有关行为人合理地在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，别无其他合理方法，则该行为的不法性即告解除。

2. 在下列情况下第 1 款不适用：

- (a) 危难情况是由援引这种情况的国家的行为单独导致或与其他因素合起来导致；或
- (b) 有关行为可能造成相仿的或更大的灾难。

评 注

(1) 第 24 条涉及其行为可归属于国家的某个人本人或受其监护的其他人处于险境的具体情况。该条解除国家行为者在其别无其他合理方式拯救生命的情况下采取的行为的不法性。与第 23 条述及的不可抗力的情况不同，在危难情况下采取行动的人并不是非自愿行事，尽管险境实际上已使之没有选择可言。³⁸⁵ 这也不是在遵守国际法与维护作为第 25 条所述危急情况特点的国家其他合法利益两者之间作出选择的情况。此处涉及的利益是拯救无论其国籍为何的人的生命这一迫切利益。

³⁸⁴ 如《秘书处调查》第 31 段指出，国家可通过协议声明放弃援引不可抗力的权利。最普遍的做法是以订立协定或确定义务的方式，事先承担某一特定的不可抗力事件的风险。

³⁸⁵ 因此，考虑到这种情况的撰稿人往往将此定义为“相对不可能”地履行国际义务。见 O.J. Lissitzyn, “近来的国家做法和国际法中对侵犯领空者的处理”，《美国国际法学报》，第 47 卷(1953), p. 588。

(2) 在实践中，危难案件主要涉及飞机或船只在恶劣天气条件下或在发生机械或航行故障后进入国家领地的情况。³⁸⁶ 一个例子是 1946 年美国军用飞机进入南斯拉夫领空事件。美国飞机两次未经准许进入南斯拉夫领空，并遭到南斯拉夫防空部队攻击。美国政府对南斯拉夫的行动提出抗议，理由是该飞机只是为躲避极端危险才进入南斯拉夫领空。南斯拉夫政府作出回应，谴责美国一贯侵犯其领空，声称鉴于其频频发生，这只能是故意的行为。后来，南斯拉夫代办照会通知美国国务院说，铁托元帅已禁止对未经准许飞越南斯拉夫上空的飞机开火，因为美国政府应该会“采取必要措施，制止此种飞行，但紧急状况或恶劣天气除外，对紧急状况或恶劣天气美国 and 南斯拉夫当局可作出安排”。³⁸⁷ 美国代理国务卿在答复时，重申美国飞机没有故意在未经事先准许的情况下飞越南斯拉夫领空，“除非为紧急状况所迫”。然而，代理国务卿补充说：

“我想，南斯拉夫政府应该会认识到，在一架飞机及机上人员遭受危险时，该飞机可改变航道以求安全，即使此种行动可能导致在未经事先许可的情况下飞越南斯拉夫领空。”³⁸⁸

(3) 在侵犯海洋边界的案件中也提出了以危难为由的申诉。例如 1975 年 12 月，在英国海军船只进入冰岛领水后，联合王国政府声称该船只这一行动的目的是力图“躲避恶劣天气，因为根据习惯国际法，它们有权这样做”³⁸⁹。冰岛则认为，英国船只在其水域的唯一目的是挑起事端，但未对如下一点提出抗辩：如果英国船只处于险境，它们可进入冰岛领水。

³⁸⁶ 见《秘书处调查》，“作为解除不法性的情况的‘不可抗力’和‘危急情况’：对国家做法、国际司法裁决和学说的调查”，《1978 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，p.61，第 141-142、252 段。

³⁸⁷ 美国《国务院公报》，第十五卷(1946 年 9 月 15 日)，p. 502，载于《秘书处调查》，第 144 段。

³⁸⁸ 《秘书处调查》，第 145 段。同样的论点可见于美国政府于 1968 年 12 月 2 日向国际法院提交的有关另一起空中事件的诉状：见《国际法院书状，1955 年 7 月 27 日空中事件》，pp. 358-359。

³⁸⁹ 《安全理事会正式记录》，第三十年，第 1866 次会议，1975 年 12 月 16 日；《秘书处调查》，第 136 段。

(4) 虽然历来的做法着重于船只和飞机,但第 24 条并不限于此种情况。³⁹⁰ “彩虹勇士”案仲裁涉及援引危难作为在船只和飞机之外的解除不法性的情况。法国试图为其将两名军官撤离豪岛的行为提供正当理由,其依据是“在涉及影响到国家代理机构基本人道主义考虑的极端紧迫的情况下的危难情况”。³⁹¹ 法庭一致同意认为,该申诉在原则上可以受理,而且大多数意见认为可适用于两起案件之一的事实。至于该项原则,法庭要求法国表明以下三点:

“(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清楚证明存在这种特殊情况。

“(2) 一俟所援引的作为遣返理由的紧急情况不复存在,就恢复原来符合豪岛任务的状况。

“(3) 按照 1986 年协定确曾真诚地征求新西兰的同意。”³⁹²

事实上其中一名军官确实面临可能迫在眉睫的危难,虽然也许不至于危及生命;后来为他检查身体的新西兰医生也没有否认这一点。相形之下,为另一名军官提出的理由(因怀孕而需要接受检查和想要探视临终的父亲)则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未受到任何威胁,何况附近还有极好的医疗设施。法庭认为:

“很明显,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……”³⁹³

(5) 许多条约也接受了援引危难作为对否则为不法的行为提出正当理由的情况。1958 年《领海及毗连区公约》第 14 条(3)款允许船只在通过外国领海航行时停

³⁹⁰ 还有涉及为拯救处于险境的某一个人生命而侵犯陆地边界的案件。见 1862 年意大利士兵侵犯奥地利边界的案件:《秘书处调查》,第 121 段。

³⁹¹ “彩虹勇士”案(新西兰/法国),《联合国国际仲裁裁决报告书》,第二十卷, p. 217(1990), at pp. 254-255, 第 78 段。

³⁹² 同上, at p. 255, 第 79 段。

³⁹³ 同上, at p. 263, 第 99 段。

泊和抛锚，但以危难情况使此种行为成为必要时为限。1982年《海洋法公约》³⁹⁴第18条第2款以十分同样的用语重复了这一条款。类似的条款出现在关于防止海洋污染的国际公约之中。³⁹⁵

(6) 第24条限于人的生命遭受危险的情况。“彩虹勇士”仲裁案对援引危难提供理由的情况似乎采用了一种较宽泛的观点，显然同意认为严重的健康危险就足以使这一理由成立。在将第24条的范围扩大到不致威胁到生命的情况时产生的问题，是在何处确定任何较低的界限。在涉及飞机的危难情况下，要确定是否存在对生命的威胁通常并不困难，其他的情况则提出了一些范围广泛的可能性。鉴于第五章的范围，也鉴于一种可能性，那就是可采用其他办法来解决显然对生命无威胁的情况，因此似乎没有必要将危难情况的范围扩大到超出对生命本身的威胁之外。然而，在国家行为者处于险境而必须采取行动拯救生命的情况下，在评价危难条件时就应有某种程度的灵活性。第24条中“别无其他合理方法”这一标准力图在以下两者之间达到平衡：向国家行为者在为拯救生命而选择行动时提供某种灵活性的愿望，和必须在援引范围的特殊性质方面加以限制的必要性。

(7) 只可在以下情况下，才可援引危难作为解除行为不法性的一种情况：国家某一行为者为拯救其本身的生命而行事，或该国家机关或行为者与处于险境的人之间存在着一种特殊的关系。它不扩大到较为一般的紧急状况，因为这些状况属于危急情况，而不是危难情况。

³⁹⁴ 《联合国海洋法公约》，蒙特哥贝，《联合国条约汇编》，第1833卷，p. 397；另见第39(1)(c)条、第98条和第109条。

³⁹⁵ 见《国际防止海上油污公约》，《联合国条约汇编》，第327卷，p. 3，第四(1)(a)条，该条规定，如果将油倾倒入海的行为的“目的是为了确保船只安全，防止对船只或货物的损害，或拯救海上生命”，则禁止将油倾倒入海的条款不适用。另见《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》，《联合国条约汇编》，第1046卷，p. 138，第五(1)条，该条规定禁止倾倒废物的条款在下列情况下不适用：如果倾倒废物为“确保人的生命或船只、飞机、平台或其他海上人造结构的安全所必需，……在构成对人的生命的危险或对船只、飞机、平台或其他海上人造结构的真正威胁的任何情况下，如果倾倒废物显然是避免此种威胁的唯一方式……”。又比较《防止从船只和飞机倾倒废物污染海洋的公约》，奥斯陆，《联合国条约汇编》，第932卷，p. 3，第8(1)条，《国际防止船舶污染公约》（《防止船污公约》），第1340卷，p. 184，附件一，第11(a)条。

(8) 第 24 条仅解除为避免生命受到威胁的状况所必要的行为的不法性。因此它不免除国家或其行为者遵守其他的(国家或国际)要求,例如向当局通知到达的要求,或提供有关航行、乘客或货物的资料的要求。³⁹⁶

(9) 同不可抗力的情况一样,危难是由援引国造成或引起的情况不属于危难的情况。在许多情况下,援引危难的国家可能会在很大程度上促成,即使是间接地促成这一状况。然而,应优先采取必要的拯救生命的措施,而按照第 2 款(a)项,只有在危难情况是由援引国的行为单独导致或与其它因素合并导致时,才不适用危急情况。这与第 23 条第 2 款(a)项的提法相同。³⁹⁷

(10) 只有在试图予以保护的利益(如乘客或机组人员的生命)显然高于该情况下遭受危险的其他利益时,才能解除行为的不法性。如果试图为其找到理由的行为危及的生命多于其可能拯救的生命,或可能以其他方式造成更大的灾难,则不能要求以危难作为其理由。例如,运载炸药的军用飞机在紧急降落时可能造成灾难,严重故障的核潜艇可能在其谋求收容的港口造成核辐射污染。第 2 款(b)项规定,如果有关行为可能造成同样或更大的灾难,则不得适用危难情况。这与第 1 款相符,该款在提出该行为者是否“别无其他合理方法”来拯救生命时,就确定了一种客观的检验标准。必须在拯救生命的总体目标范围内对“同样或更大的灾难”这一用语作出评价。

第 25 条

危急情况

1. 一国不得援引危急情况作为理由解除不遵守该国所负某项国际义务的行为的不法性,除非:

³⁹⁶ 见 *Cushin and Lewis v. R.*, [1935] Ex.C.R.130 (即使船只是在危难情况下进入港口,也不得免除报告其航行情况的要求)。另见“Rebecca”号案(美利坚合众国——墨西哥普通索赔委员会),《美国国际法学报》,第 23 卷(1929),806 (船只在危难情况下进入港口;因违反海关规定而收缴货物:扣押;进港为情况所必需而非仅为方便之举,因此收缴为非法);“五月号”v. R[1931] S.C.R. 374;“Queen City”号船 v. R[1931]S.C.R.387; *R v. Flahaut*[1935] 2 D.L.R. 685(进行了“真实和不可抗拒”危难情况检验)。

³⁹⁷ 见第 23 条评注第(9)段。

- (a) 该行为是该国保护基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法；而且
 - (b) 该行为并不严重损害作为所负义务对象的一国或数国的基本利益或整个国际社会的基本利益。
2. 一国绝不得在以下情况下援引危急情况作为解除其行为不法性的理由：
- (a) 有关国际义务排除援引危急情况的可能性；或
 - (b) 该国促成了该危急情况。

评 注

(1) “危急情况”(“*état de nécessité*”)一词被用来表示一些特殊情况，在这些情况下，国家可保护受某一严重迫切危险所威胁的基本利益的唯一办法，是暂不履行某些较不重要或较不紧迫的其他国际义务。按照第 25 条严格规定的条件，此种辩解理由被承认为解除行为不法性的一种情况。

(2) 以危急情况为由的辩解在若干方面是特殊的。与同意(第 20 条)、自卫(第 21 条)或反措施(第 22 条)不同的是，它不取决于受害国先前的行为。与不可抗力(第 23 条)不同的是，它不涉及非自愿或受胁迫的行为。与危难(第 24 条)不同的是，危急情况不涉及对国家官员监护的个人的生命危险，而涉及对该国或整个国际社会的基本利益的严重危险。它是在以下情况下出现的：援引危急情况的国家的基本利益与它的一种义务之间存在着无法调和的冲突。这些特殊性质意味着，可采用危急情况作为不履行义务行为的理由的情况是罕见的，而且它必须受到严格限制，保障它不受到可能的滥用。³⁹⁸

³⁹⁸ 德国于 1914 年占领卢森堡和比利时的事件，或许是此种滥用的典型情况。德国试图依据危急情况为此进行辩解。尤其见 1914 年 8 月 2 日德国驻布鲁塞尔公使向比利时外交部部长发出的照会，载于 J.B. Scott 编“有关欧战爆发的外交文件”(纽约，牛津大学出版社，1916)，第一部分，pp. 749-750，以及德国总理贝特曼·霍尔韦格于 1914 年 8 月 4 日在德国国会的讲话，其中有人熟悉的一句话：“我们正处于自卫状态，而我们在危急情况下是不懂得法律的”。*Jahrbuch des Völkerrechts*，第三卷(1916)，p. 728。

(3) 作为解除不法性的情况的危急情况的存在得到了有力的权威性的支持。国家援引了危急情况，若干国际法庭也对它进行了审理。在这些案件中，危急情况已在原则上获得接受，或至少未被驳回。

(4) 在 1832 年英国与葡萄牙的争端中，葡萄牙政府声称，尽管有条约规定，但由于向从事平息内乱的某些特遣部队提供维生给养是紧迫的危急情况，因此占用英国国民拥有的财产有其正当理由。英国政府被告知说，……

“英国和葡萄牙之间的条约的性质[不]十分严格，无法在任何情况下加以修正，必须严格遵守条约规定，不致剥夺葡萄牙政府使用这些财产的权利，因为这些财产对于该国的安全甚至该国的生存本身都可能是绝对必不可少的。危急情况可作为此种占用英国国民财产的行为的理由，其范围必须取决于特定案件的情况，但这种情况必须是迫切和紧迫的。”³⁹⁹

(5) 1837 年的“Caroline”事件尽管经常被称为自卫事件，但其实它涉及的是在关于使用武力原则的依据与现在十分不同的那个时代中援引危急情况的案件。在该案件中，英国武装部队进入美国领土，并袭击和毁坏了美国公民拥有的一艘船只，该船当时正在向加拿大叛乱分子运送新兵以及军事和其他物资。在对美国的抗议作出回应时，英国驻华盛顿公使福克斯提到了“进行自卫和自我保护的危急情况”；向英国政府提供咨询意见的顾问也提出了这一点。该顾问指出，“英国当局的行为”有其正当理由，因为它是“为预防措施所绝对必需的”。⁴⁰⁰ 韦伯斯特国务卿在答复福克斯公使时说，“只有十分明显和绝对的危急情况，才能为在和平时期在一国领土内”作出的“敌对行为提供正当理由”，并指出英国政府必须证明其部队的行动真正是由“自卫的危急情况”所造成，而这种危急情况是迫在眉睫和势不可挡的，不容选择其他的办法，也没有任何考虑的时间。”⁴⁰¹ 1841 年 12 月 7 日，泰勒总统在向国会发表咨文时重申：

³⁹⁹ A. D. McNair 编，“国际法意见”（剑桥，大学出版社，1956），第二卷，p. 232。

⁴⁰⁰ 分别见 W.R.Manning(编)“Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations 1784-1860”（华盛顿，Carnegie Endowment for International Peace,1943），第三卷，p. 422；A. D. McNair 编，“国际法意见”（剑桥，大学出版社，1956），第二卷，p. 22。

⁴⁰¹ 《英国和外国文件》，第 29 卷，p. 1129。

“除了在最紧急和极端的情况下，本国政府绝不承认任何外国政府有权侵犯我国领土，无论是逮捕可能已违反该外国政府国内法的人，或是毁坏这些人的财产……。”⁴⁰²

通过 1842 年两国政府换函，事件才告结束。两国政府在信函中同意认为，“这一重大原则在出现一种极其危急的情况下可以而且必须暂停适用”。英国政府派往华盛顿的特使 Ashburton 勋爵补充说，“必须是在所承认的极端危急情况持续尽可能短的期间内才能这样做，并必须严格限于这种危急情况所限定的狭义范围”。⁴⁰³

(6) 在 1893 年的“俄罗斯海狗”争议事件中，应予保护免受某项“严重迫切危险”的“基本利益”，是不受任何国家管辖或不受任何国际规则约束的某一地区的自然环境。在面临海狗因不加限制的捕掠而遭受灭绝危险的情况下，俄国政府发布了法令，禁止在公海的某一地区捕掠海狗。俄国外交部部长 1893 年 2 月 12/24 日致函英国大使，解释已采取的行动理由，即鉴于捕掠季节即将来临，“绝对必须采取紧急临时措施”。他“强调上述措施基本上属预防性质，而这些措施是在特殊情况的压力下采取的”⁴⁰⁴，并宣布愿与英国政府缔结一项协议，长期解决在该地区捕掠海狗的问题。

(7) 在“俄国赔偿金”案中，奥斯曼政府为拖延向俄国政府支付债款而援引的理由之一，是该国政府财务状况极端困难，它将此形容为“不可抗力”，但更像是一种危急情况。仲裁法庭原则上接受了这一申诉：

“首先援引不可抗力作为例外，在国际公法和私法中都是可争论的；国际法必须使其本身适应政治紧急状况。俄罗斯皇家政府明确承认……，‘如果国家的存在本身受到危险，如果遵守国际义务会造成……自我毁灭’，就可减轻国家履行条约的义务。”⁴⁰⁵

但它认为：

⁴⁰² 《英国和外国文件》，第 30 卷，p. 194。

⁴⁰³ 同上，p. 195。见韦伯斯特国务卿的答复：同上，p. 201。

⁴⁰⁴ 《英国和外国文件》，第 86 卷，p. 220；《秘书处调查》，第 155 段。

⁴⁰⁵ 《国际仲裁裁决报告书》，第十一卷，p.431(1912)，at p. 443；《秘书处调查》，第 394。

“承认以下情况将是一种明显的夸张：支付(或立约规定为该款项借贷)金额相对少的 600 万法郎会危及奥斯曼帝国的生存，或会严重危及其内部或外部局势……。”⁴⁰⁶

它认为，遵守国际义务必然会使应解除的不符合该义务的行为的不法性“自我毁灭”。⁴⁰⁷

(8) 在“比利时商会”案⁴⁰⁸中，根据两份仲裁裁决书，希腊政府应向一家比利时公司支付款项。比利时向常设国际法院提交了一份声明，指出希腊政府拒不执行该裁决书的行为违背了它的国际义务。希腊政府以该国的严重预算和金融状况为由提出申诉。⁴⁰⁹ 法院指出，宣布希腊政府是否有正当理由不执行仲裁裁决书一事不属其职权范围。然而法院含蓄地接受了这项原则，双方对之均表同意。⁴¹⁰

(9) 1967 年 3 月，利比里亚的 Torrey Canyon 号油船在英国领水之外的 Cornwall 海岸的海中岩石上搁浅，溢出大量石油，威胁着英国海岸。在各种补救办法失效之后，英国政府决定轰炸该船，以便燃尽剩余的石油。这一行动获得成功。英国政府没有事前对其行动提出任何合法理由，但强调了存在极其危险的状况，并

⁴⁰⁶ 同上。

⁴⁰⁷ 在一起案件中，争端当事方同意认为，财政严重拮据可作为以不同于原先规定的方式履行义务的正当理由。该案件发生在载于“Forests of Central Phodope”(《国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1405(1933))的仲裁裁决书执行工作方面。见《国际联盟公报》，第 15 年，第 11 号(第一部分)(1934 年 11 月)，p. 1432。

⁴⁰⁸ 比利时商会案，1939 年，《常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 78 号，p. 160。

⁴⁰⁹ 《常设国际法院案例汇编》C 辑，第 87 号，p. 141, 190; 《秘书处调查》，第 278 段。一般情况请见希腊关于危急情况的论点，同上，第 276-287 段。

⁴¹⁰ 比利时商会案，1939 年，《常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 78 号，p. 160; 《秘书处调查》，第 288 段。另见“塞尔维亚贷款案”，其中当事方以及法院对该点的立场十分相似：“塞尔维亚贷款案”，1929 年，《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 20 号; 《秘书处调查》，第 263-268 段; 法资委内瑞拉铁路公司，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十卷，p. 285(1902)，at p. 353; 《秘书处调查》，第 385-386 段。在其对 Oscar Chinn 案的个别意见中，Anzilotti 法官接受了一个原则：“危急情况可作为不履行国际义务的理由”，但依据事实否定了它的可适用性：Oscar Chinn 案，1934 年，《常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 63 号，p. 65，at pp. 112-114。

声称只是在所有其他办法都已失效之后才作出轰炸该船的决定。⁴¹¹ 此事未引起国际抗议。后来缔结了一项公约，处理今后可能证明有必要进行干预以避免严重油污污染的情况。⁴¹²

(10) 在对“彩虹勇士”案仲裁时，仲裁法庭对危急情况的理由存在与否表示怀疑。法庭注意到委员会的条款草案“据称授权一国援引危急情况采取不法行动”，并将委员会的建议说成是“有争议的”。⁴¹³

(11) 相形之下，在“加布奇科沃—大毛罗斯项目”案⁴¹⁴中，国际法院认真审议了根据委员会条款草案(现为第25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，当事双方都依据该条，认为是提法适当，并指出：

“法院认为……，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可得到接受。国际法委员会解释为何采用否定表达方式时，也表示了同样的观点。……因此，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，必须以积累的方式符合满足这些条件；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，……以下基本条件是有关系的：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’；该行为决不能‘严重损

⁴¹¹ “Torrey Canyon 号案”，诏书第 3246 号(伦敦，英国文书局，1967 年)。

⁴¹² 《国际干预公海油污事故公约》，《联合国条约汇编》，第 970 卷，p.211。

⁴¹³ “彩虹勇士”案(新西兰/法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217(1990)，at p.254。在阿拉伯利比亚外国投资公司诉布隆迪共和国案(1994)(《国际法律汇编》，第 96 卷，p. 279 at p. 319)中，法庭拒绝对编撰关于危急情况的理论是否适当作出评论，同时指出布隆迪采取的措施显然并非为保护基本利益对抗某项严重迫切危险的唯一办法。

⁴¹⁴ “加布奇科沃—大毛罗斯项目”案(匈牙利/斯洛伐克)，《1997 年国际法院报告书》，p. 7。

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’。这些条件反映了习惯国际法”。⁴¹⁵

(12) 对危急情况的援引在“渔业管辖权”案中显然有所争议。⁴¹⁶ 西北大西洋渔业组织为养护跨界鱼类种群采取了管制措施，但加拿大认为，由于种种原因，这些措施效力不高。根据1994年《沿海渔业保护法令》，加拿大宣布大浅滩的跨界鱼类种群受到了“灭绝的威胁”，并声称，该法令和条例的目的是“使加拿大得以采取必要紧急行动，防止进一步灭绝这些鱼类种群，并使之得以重新繁殖”。后来，加拿大官员在公海登上并扣押了一艘西班牙 Estai 号渔船，导致与欧洲联盟及西班牙发生冲突。西班牙政府否定对养护的关切可成为扣押该船的理由，“因为这违反了加拿大为其缔约国的《西北大西洋渔业组织公约》的公认条款”⁴¹⁷ 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”。⁴¹⁸ 法院认为它对此案无管辖权。⁴¹⁹

⁴¹⁵ 同上，at pp. 40-41，第 51-52 段。

⁴¹⁶ “渔业管辖权”案(西班牙诉加拿大)，《1998 年国际法院报告书》，p. 431。

⁴¹⁷ 如国际法院判决书所引用：《1998 年国际法院报告书》，p. 431，at p. 443,第 20 段。欧盟于 1995 年 3 月 10 日提出抗议，声称“不能以任何方式”为扣押船只行为“进行辩解”。关于该抗议，见 *Mémoire Du Royaume D'Espagne* (1995 年 9 月)，第 15 段。

⁴¹⁸ 《1998 年国际法院报告书》p.431 at p.443,第 20 段。另见加拿大反诉状(1996 年 2 月)，第 17-45 段。

⁴¹⁹ 根据欧盟与加拿大达成的一项协议记录，加拿大同意将 1994 年法令适用于在西北大西洋渔业组织海域的西班牙和葡萄牙船只的规则予以作废，并释放了 Estai 号。双方明言维持各自“对于《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是否符合习惯国际法和《西北大西洋组织公约》的问题”的立场，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，《国际法材料》(1995)，第 34 卷，p. 1260。另见 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。

(13) 危急情况的能否援引及其限度为何,已在论文作者之间产生了长期的争议。早期的论文作者明言接受其中的大部分内容,但附加了严格条件。⁴²⁰ 十九世纪,与“国家基本权利”概念相联系的滥用危急情况的现象导致了抵制这一理论的反应。二十世纪,反对国际法中危急情况概念的论文作者的人数有所增加,但学说的论争结果仍然是主张可援引此种情况者占上见。⁴²¹

(14) 总体而言,国家做法和司法裁决支持一种意见,认为在某些十分有限的条件下,危急情况可构成解除行为不法性的情况,第25条体现了这一意见。这些案件表明已援引了危急情况,用以解除违背范围广泛的一系列无论是起源于习惯法或公约的义务的为的不法性。⁴²² 已援引危急情况来保护范围广泛的各种利益,包括保护环境,在公共紧急状态期间维护国家及其人民的生存,或确保平民安全。但在允许作出任何此种援引之前,必须规定严格的条件。第25条反映了这一点。尤其是为了强调危急情况的特殊性质以及对其可能被滥用的关切,第25条使用了一种负面的语言(不得援引危急情况……,除非)。⁴²³ 在这方面,它反映了《维也纳条约法公约》中涉及情况根本变化问题的第62条的用语。它还反映了第1款在确定不能援引

⁴²⁰ 见 B.Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582, repr. Washington, Carnegie Institution, 1912), 第二卷, p. 135; A.Gentili, *De jure belli, libri tres*(1612, repr. Oxford, Clarendon Press,1933),第二卷, p. 351; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646, repr. Oxford, Clarendon Press, 1925),第二卷, p. 193; S.Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688, repr. Oxford, Clarendon Press, 1934), 第二卷, pp.295-296; C.Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*(1764, repr. Oxford, Clarendon Press, 1934), 第二卷, pp.173-174; E.de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758, repr. Washington, Carnegie Institution, 1916), 第三卷, p. 149.

⁴²¹ 见对早先学说的综述,《1980年国际法委员会年鉴》,第二卷,第一部分,pp. 47-49;另见 P.A. Pillitu, *Lo stato di necessita nel diritto internazionale*(Perugia, Universita di Perugia/Editrici Licosa,1981);J. Barboza,“Necessity(Revisited)in International Law”,in J. Makarczyk(ed),*Essays in Honour of Judge Mafred Iachs*(The Hague,Martinus Nijhoff,1984),p.27 ;R.Boed,“State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”,*Yale Human Rights & Development Low Journal*,vol.3(2000),p.1.

⁴²² 关于无论被违背的义务的起源为何的一般说明,见第12条和评注。

⁴²³ 国际法院在“加布奇科沃-大毛罗斯项目”案中提及这一负面提法,《1997年国际法院报告书》,p.7, at p.40, 第51段。

危急情况的两个条件时的用语，也反映了第 2 款在确定将两种情况完全排除在以危急情况为理由的范围之外时的用语。⁴²⁴

(15) 第 1 款(a)项规定的第一条件是，只有在为保护基本利益对抗某项严重迫切危险时才可援引危急情况。某一特定利益是否为“基本”利益要视所有的情况而定，而不能事先作出判断。这涉及该国及其人民的特定利益，也涉及整个国际社会的特定利益。但无论是何种利益，只有在它受到严重迫切的危险所威胁时，才符合这一条件。危险必须是客观确定的，而不能仅仅是担心有此可能。危险除了是严重之外，还须是迫切的，也就是近在眼前的。但如法院在“加布奇科沃—大毛罗斯项目”案中所述：

“这并不排除一种可能性：……某一“危险”虽属于长期危险，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，即可认为该危险是“迫切”的。”⁴²⁵

此外，采取的行动必须是可采用的保护该利益的“唯一办法”。如果可采用其他(否则是合法的)办法，即使是代价可能较高或较不方便的办法，则不得援引此种情况。例如在“加布奇科沃—大毛罗斯项目”案中，由于特别考虑到已完成的工作量以及所花费的金钱，并考虑到以其他办法解决任何问题的可能性。法院并不认为单方面暂停并放弃该项目是唯一可采用的做法。⁴²⁶ 第 1 款(a)项中的“办法”一词不限于单方面的行动，而是可包括通过与其他国家或国际组织的合作行动而采取的其他形式的行为(例如通过区域渔业主管机构采取的渔业养护措施)。此外，在援引时必然存在对危急情况的要求：超出该目的绝对必要范围的任何行为都不得包括在内。

(16) 就第 1 款(a)项而言，仅仅是担心发生或可能发生的危险是不够的。诚然，就有关例如养护和环境或大型结构的安全等问题而言，往往会有在科学上不能确定的问题，对于是否存在危险，这种危险的严重或迫切程度如何，以及建议采用的办法是否为该情况下可采用的唯一办法等问题，了解情况的专家也可能会表示不同的观点。按其定义而言，在涉及危急情况的案件中，危险尚未发生。在“加布奇科沃—

⁴²⁴ 通用于所有解除不法性的情况的另一种排除条件涉及强制性规范：见第 26 条和评注。

⁴²⁵ 《1997 年国际法院报告书》，p. 42，第 54 段。

⁴²⁶ 同上，p. 42-43，第 55 段。

大毛罗斯项目”案中，法院指出，援引国不能成为对危急情况作出判断的唯一国家，⁴²⁷ 但如果根据当时以合理方式得到的证据显然确定存在着危险，那末在某种程度上对未来难以预料的情况，未必会使一国不符合援引危急情况的条件。

(17) 第 1 款(b)项规定的援引危急情况的第二个条件是，有关的行为必须严重损害对方国家或有关国家或整个国际社会的基本利益。⁴²⁸ 换言之，援引的利益必须高于所有其他考虑因素，不只是从行为国的观点出发，而是应以对与之竞争的无论是个人或集体利益的合理评估为依据。⁴²⁹

(18) 就用语来说，使用“整个国际社会”一语就足够了，不必象《维也纳条约法公约》第 53 条的具体案文那样使用“国家之国际社会全体”的措词方式。《维也纳条约法公约》第 53 条之所以增添“国家之”一语是为了强调国家对于国际法的发展具有最高权威，尤其是在确立强制性规范方面具有最高权威。另一方面，国际法院在“巴塞隆那电车”案中使用了“整个国际社会”一语，⁴³⁰ 若干条约和其他国际文书通常按照这个词在第 25 条第 1 款(b)项中的含义加以使用。⁴³¹

(19) 除第 25 条第 1 款中的条件之外，第 25 条第 2 款对危急情况的任何援引规定了两种一般性限制。“绝不得”等字的使用表明了这一点。第 2 款(a)项涉及有

⁴²⁷ 同上，p. 40，第 51 段。

⁴²⁸ 关于“整个国际社会”这一用语，见以下评注第(18)段。

⁴²⁹ 在“加布奇科沃—大毛罗斯项目”案中，国际法院申明必须考虑到对方国家的相对利益：《1997 年国际法院报告书》，p.7，at p.46，第 58 段。

⁴³⁰ 巴塞隆那电车、电灯和电力有限公司案，第二阶段，《1970 年国际法院报告书》，p. 3，at p.32，第 33 段。

⁴³¹ 参看《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，《联合国条约汇编》，第 1035 卷，p. 167，序言部分第 3 段；《反对劫持人质国际公约》，《联合国条约汇编》，第 1316 卷，p. 205，序言部分第 4 段；《惩处违反海上航行安全的非法行为公约》，1988 年 3 月 10 日，国际海事组织 SUA/CONF/15/Rev.1 号文件；《国际法律材料》，第 27 卷(1988)，p. 665，序言部分第 5 段；《联合国人员和有关人员安全公约》，1994 年 12 月 9 日，A/RES/49/59，序言部分第 3 段；《反对恐怖主义份子投弹活动公约》，1997 年 12 月 15 日，RES/52/164，序言部分第 10 段；《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日，A/CONF.183/9，序言部分第 9 段；《惩处资助恐怖主义活动国际公约》，1999 年 12 月 9 日，A/RES/54/109，于 2000 年 1 月 10 日开放供签署，序言部分第 9 段。

关的国际义务明确或含蓄地规定不得援引危急情况的各种状况。例如，适用于武装冲突的某些人道主义公约明确规定不得援引军事危急情况。另一些公约虽未明文规定不得援引危急情况，但它们旨在适用于责任国遭受危险并显然涉及其基本利益的非常状况。在这种情况下，不得援引危急情况显然出自该项规则的目标和目的。

(20) 按照第 2 款(b)项，如果责任国促成了危急状况，则不得援引危急情况。例如，在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中，法院认为由于匈牙利“以行为或不行为帮助造成了”所称的危急情况□因而不能援引该状况来解除不法性。⁴³² 要拒绝准许援引第 2 款(b)项规定的危急情况，对危急状况的促成必须是充分实质性的，不仅仅是偶然的或无关紧要的。第 2 款(b)项的措词比第 23 条第 2 款(a)项以及第 24 条第 2 款(a)项更为明确，因为必须对危急情况加以更严格的限制。

(20) 如第 25 条所示，援引危急情况并非旨在涉及原则上受首要义务约束的行为。对于有关在国际关系中不使用武力和有关“军事危急情况”的问题，这一点具有特别重要的意义。诚然，在少数情况下援引了危急情况作为在国外采取军事行动的理由，在声称进行人道主义干预的情况下更是如此。⁴³³ 第 25 条没有涉及的一个问题是：未按照《联合国宪章》第七章和第八章批准的强行的人道主义干预措施，根据现代国际法是否合法？⁴³⁴ “军事危急情况”的理论也是如此，而这种理论首先就是战争和中立法一系列实质性规则的根本标准，而且包括在国际人道主义法领域

⁴³² 在加布奇科沃—大毛罗斯项目案中，国际法院申明必须考虑到对方国家的相对利益：《1997 年国际法院报告书》，at p. 46, 第 57 段。

⁴³³ 例如 1960 年比利时援引了危急情况，作为它在刚果进行军事干预的理由。安全理事会讨论了这一事项，但没有使用援引危急情况这一说法。见《安全理事会正式记录》，第十五年，第 873 次会议，1960 年 7 月 13/14 日，第 144、182、192 段；第 877 次会议，1960 年 7 月 20/21 日，第 31ff、142 段；第 878 次会议，1960 年 7 月 21 日，第 23、65 段；第 879 次会议，1960 年 7 月 21/22 日，第 80ff、118、151 段。关于“Caroline”事件，见上文，第(5)段。

⁴³⁴ 关于不适用解除违背强制性规范行为不法性的情况范围的一般情况，另见第 26 条和评注。

若干条约的条款用语之中。⁴³⁵ 在这两方面，虽然与第 25 条类似的各种基本考虑因素可能有所作用，但在规定和解释首要义务时已将它们考虑在内。⁴³⁶

第 26 条

遵守强制性规范

一国违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性。

评 注

(1) 根据《维也纳条约法公约》第 53 条的规定，条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。根据第 64 条，遇有新的强制规律产生时，任何现有条约之与

⁴³⁵ 见关于《陆战法规和惯例》的《海牙章程》(1899 年《第二号公约》和 1907 年《第四号公约》附件)，其中禁止破坏敌方财产，“除非此种破坏或扣押为战争的危急情况所急需”：J.B.Scott (编)，《海牙和平会议会议记录：1907 年会议》(纽约，牛津大学出版社，1920 年)。第一卷，p. 623。同样，1949 年 8 月 12 日《日内瓦四公约附加议定书》第 54 条第 5 款以及《关于保护国际性武装冲突受难者的第一议定书》(《联合国条约汇编》，第 1125 卷，p. 3)显然允许在“军事危急情况”需要时，可攻击对平民的生存必不可少的物体。

⁴³⁶ 例如见 M. Huber, “Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison”, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 第七卷(1913), p. 351; D.Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (罗马, Athenaeum, 1915), 第三卷, p. 207; C. de Visscher, “Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité”, 《国际公法总评》，第二十四卷(1917), p. 74; N.C.H. Dunbar, “Military necessity in war crime trials”, 《比利时国际法年鉴》，第 29 卷(1952), p. 442; C. Greenwood, “Historical Development and Legal Basis”, in D. Fleck (ed), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, Oxford University Press, 1995), p.1 at pp.30-33; Y. Dinstein, “Military Necessity”, in R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, (Amsterdam, North Holland, 1997), vol.III, pp. 395-397.

该项规律抵触者即成为无效而终止。⁴³⁷ 问题在于：对于第五章中所处理的事项来说，这些条款的含义为何。

(2) 条约法问题特别报告员 Fitzmaurice 以“持续符合国际法”的一个内含条件为根据处理了这个问题，他指出：

“如果对一条约义务的遵守不符合国际法中具有绝对法性质的新规则或禁令，则有理由(而且必须)不遵守涉及上述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。”⁴³⁸

但是，委员会除了第 53 条和第 64 条本身以外，不曾就这个问题拟议任何具体的条文。

(3) 在一些初级义务看来互相抵触的情况下，若其中有一项义务属于一国直接根据一般国际法强制性规范而具有的义务，则显然必须优先遵守该义务。其解释和适用的程序应该能够解决上述问题而无需适用国家责任的次级规则。从理论上说，人们可以设想到以后可能在一项(从表面上看显然合法而从宗旨来说也无可厚非的)条约义务和一项强制性规范之间发生抵触的情况。如果发生这样的情况，光是由于未能预期它在既定情况下的适用情况就使它作废，那就太过分了。但是，在实践中，似乎不曾发生上述情况。⁴³⁹ 即使发生那种情况，一般国际法强制性规范会产生强有力的解释原则，足以解决所有的或大部分的抵触情况。

(4) 但是，必须澄清：在第一部分第五章中解除不法性的情况，并不许可或容忍任何抑损一般国际法强制性规范的情况。例如，采取反措施的一国不得减损诸如以下陈述的规范：先前发生的灭绝种族行为，不能成为随后采取反种族灭绝行为的

⁴³⁷ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331。另见第 44 条第 5 款，其中规定：在...第 53 条所称之情形下，条约之规定...不许分离。

⁴³⁸ Fitzmaurice, “关于条约法问题的第四份报告”，《1959 年国际法委员会年鉴》，第二卷，p. 46。另见 S.Rosenne, 《违背条约义务》(剑桥，Grotius 出版社，1985)，p. 63。

⁴³⁹ 可能采取的类比方式，参阅专案法官 Lauterpacht 在《防止和惩治灭绝种族罪公约》的适用中的评论，临时措施，1993 年 9 月 13 日的命令。《1993 年国际法院报告书》，p. 325, at pp. 439-441。法院没有在其《命令》中处理这些问题。

理由。⁴⁴⁰ 同样，不能援引危急情况作为宽容违背强制性规范行为的借口。以明文规定的方式将个原则纳入第五章的条文中是办得到的，但是，采取分别处理基本原则的方法，一则比较省事，二则比较符合这一级别的规范应该居先的特性。因此，第26条规定：违背一般国际法强制性规范所规定之义务的国家，不得以第五章中的任何内容作为解除其任何行为的不法性的理由。⁴⁴¹

(5) 界定一般国际法强制性规范的标准是严格的。《维也纳条约法公约》第53条不仅要求该规范符合被确认为具有同样约束力的一般国际法规范的所有标准，还要求它被国家的国际社会全体接受并且公认为具有强制性质。到目前为止，已经公认具有这种属性的强制性标准比较稀少。但有许多国家法庭和国际法庭已经确认强制性规范的概念，其范围不限于条约的有效性。⁴⁴² 已经被明确接受和承认的强制性规范包括禁止实行侵略、灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪行和酷刑、以及自决权。⁴⁴³

(6) 按照第26条，解除不法性的情况不能作为一国违背其依一般国际法强制性规则承担的义务的理由或借口。无论是否在任何情况下有过这种违约情事，第26条都不针对先前的问题。这一点与第五章中的若干条文特别有关。甲国无法使乙国免于遵守强制性规范的义务，例如，在与灭绝种族或酷刑有关的方面，无论是以条约或其他方式都办不到这一点。⁴⁴⁴ 但是，在适用某些强制性规范方面，特定国家的

⁴⁴⁰ 如同国际法院在《防止和惩治灭绝种族罪公约》的适用的反诉案判决中所指出的，“绝对不能以一个违约行为作为借口而采取另一个违约行为”：《防止和惩治灭绝种族罪公约》的适用，反诉，《1997年国际法院报告书》，p. 243, at p.258, 第35段。

⁴⁴¹ 为方便起见，又在第三部分第二章中阐明这项限制。参看第50条及评注第(9)和(10)段。

⁴⁴² 参看前南斯拉夫问题刑事法庭对 IT-95-17/1-T 号案件的判决，检察官诉 Anto Furundzija, 1998年12月10日的判决；《国际法律材料》，第38卷(1999)，p. 317, 和英国上议院诉 Bow 街都会区领薪治安官案中所作偏于 Pinochet Ugarte 的判决(No. 3) [1999] 2 All ER 97, 尤其参看 pp.108-109, 和 114-115 (Browne-Wilkinson 勋爵)。参阅威胁使用或使用核武器的合法性，《1996年国际法院报告书》，p. 226, at p. 257, 第79段。

⁴⁴³ 东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995年国际法院报告书》，p. 90, at p. 102, 第29段。

⁴⁴⁴ 见第45条评注第(4)段。

同意可能有关。例如，一国可能基于合法的目的以有效方式同意一外国在其境内派驻军事人员。在何种情况下才算以有效方式给予了同意又是应由其他国际法规则、而不是由国家责任的次级规则加以确定的。⁴⁴⁵

第 27 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) 在并且只在解除行为不法性的情况不再存在时遵守该项义务；
- (b) 对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题。

评 注

(1) 第 27 条是一个不妨碍条款，涉及依第五章援引解除不法性情况的事件或后果。它处理两个问题。第一、它澄清了：解除不法性的情况本身不影响根本的义务，所以，如果情况不再存在，义务也就恢复全部的效力和作用。第二、它指在若干情况下支付赔偿的可能性。第 27 条被构建为一个不妨碍条款，因为就第一点来说，可能在揭示了可解除不法性的情况以后，也会引起义务的终止，而对于第二点来说，则无法在应该支付赔偿的情况下以一般用语加以详细说明。

(2) 第 27 条(a)项载述当防止遵守某项义务的情况不再存在或逐渐不起作用以后怎么办的问题。它明确了：第五章只起到解除的作用。在并且只在解除不法性的情况消失、或不再基于任何理由起到解除作用以后，才必须再度遵守有关义务(假若还生效的话)，因此，早先有借口不予遵守的义务又必须得到遵守了。“在并且只在”等语是为了包括免于遵守义务的条件逐渐消失的情况并且考虑到部分地履行义务。

(3) 法庭在“彩虹勇士”案的仲裁中确认了这个原则，⁴⁴⁶ 国际法院在“加布

⁴⁴⁵ 见第 20 条评注第(4)-(7)段。

⁴⁴⁶ “彩虹勇士”案(新西兰/法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217 (1990)，at pp. 251-252，第 75 段。

奇科沃一大毛罗斯项目”案中对这项原则确认得更是明确。⁴⁴⁷ 匈牙利辩称它可以援引危急情况作为解除中断项目行为的不法性，国际法院在审议这一论点时指出，“一旦危急情况不再存在，遵守条约的义务就恢复了。”⁴⁴⁸ 但是，解除不法性的特殊情况也可能成为终止根本义务的充分依据。因此，根据1969年《维也纳条约法公约》第60条可以成为采取反措施之理由的违约情事可能属于“重大”的违约情事，因而容许受害国终止施行条约。反之，这种义务可能完全恢复、或在原则上完全恢复作用，但是，可能需要将恢复履行义务的方式确定下来。这些都不是根据第27条就解决得了的事项，而只能规定：解除不法性情况的启动不得妨碍“在且只在解除不法性之情况不再存在以后遵守有关义务”。在这种情形下，“遵守有关义务”包括停止不法行为。

(4) 第27条(b)项是对适用第五章的情况下的损害可能需要赔偿之问题的一项保留。虽然第27条(b)项使用了“赔偿”一语，却不涉及对不法行为支付赔偿的第34条范围内的补偿。它涉及的问题却是：只有在解除不法性的情况存在时才无需遵守义务的一国是否应该弥补直接受害的任何国家所受到的重大损失。“重大损失”的含义比本条款中其他地方所载述的损害概念还要狭隘：第27条只涉及一当事方要依靠第五章所规定的情况才能解除其行为的不法性时如何调整可能引起的损失。

(5) (b)项是在若干情况下容许一国据以解除其行为不法性之情况的适当条件。如果该国由于不能满足这一条件而使其行为成为不合法的行为，可能设法将为它自己的利益或利害关系进行辩护的责任转移给善意第三国。匈牙利在“加布奇科沃一大毛罗斯项目”案中援引危急状况时接受了这项原则。法院指出，“匈牙利明确承认，这种危急状况绝对不能使它免除对其伙伴提供赔偿的责任。”⁴⁴⁹

(6) (b)项并没有免除一国必须说明在何种情况下提供赔偿的责任。一般说来，从第五章可能适用的一系列情况看来：不宜规定一套详细的赔偿办法。应由援引解

⁴⁴⁷ “加布奇科沃-大毛罗斯项目”案(匈牙利/斯洛伐克)，《1997年国际法院报告书》，p. 7。

⁴⁴⁸ 同上，at p. 63, 第101段；另见同上，at p. 38, 第47段。

⁴⁴⁹ 同上，at p. 39, 第48段。一个另外的问题是与工程项目有关的应计费用的会计问题：同上，at p. 81, 第152-153段。

除行为不法性的国家同任何受到影响的国家议定在特定情况下提供赔偿的。

第二部分

一国国际责任的内容

(1) 本条款第一部分对国家责任的产生规定了一般性的必要条件，第二部分则载述对责任国的法律后果。的确，一国的国际不法行为可能引起国家责任范围以外的法律后果。例如，对一条约的重大违背情事可能使得一受害国有权全部或部分地终止或暂停该条约。⁴⁵⁰ 但是，第二部分的重点是由于一国犯下国际不法行为而产生的新的法律关系。这一点构成本条款所列一国国际责任的实质或内容。

(2) 在国家责任的范围内，由于一国犯下国际不法行为所产生的后果可能以某种术语作出具体的规定，以便全部或部分地排除其他后果。⁴⁵¹ 但是，在没有作出具体规定的情形下，国际法要求责任国承担新义务，尤其是对该不法行为所产生的损害性后果提供赔偿的义务。《常设国际法院规约》第 36 条第 2 款承认了违背一国际义务行为及其直接法律后果在赔偿义务中的密切关系，《国际法院规约》将这一条文沿用为其第 36 条第 2 款，未作任何改动，其中规定：《规约》缔约国除其他事项外，可在涉及下列事项的争端中将法院的管辖视为具有强制性：

.....

“(寅) 任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务者；

(卯) 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。”

本条款第一部分载列适用于(子)项中所确定之问题的一般法律规则，第二部分则载列(卯)项中所确定之问题的一般法律规则。

(3) 第二部分包含三章。第一章载列若干一般原则并且比较确切地说明了第二部分的范围。第二章把重点放在赔偿的形式(恢复原状、补偿、抵偿)和它们之间的关系。第三章载述严重违背来源于一般国际法强制性规范的义务时所产生的特殊关系，并且规定了这种违约行为对责任国和其他国家的若干法律后果。

⁴⁵⁰ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331，第 60 条。

⁴⁵¹ 关于涉及国家责任的特别法原则，参看第 55 条及评注。

第一章

一般原则

(1) 第二部分第一章包含六个条文，以概括性用语规定了一国国际不法行为的法律后果。个别的违背国际法行为有各种各样的情况，从比较琐细的或微小的情况到危害社区与人民生存、领土完整和各国政治独立以及整个区域的环境等情况。无论有关义务是否对另一国或对另一些或所有的国家乃至整个国际社会承担的，都包括在内。但除了个别情况的严重性和后果以外，为了维护对国际法的遵守和实现各国通过国际层级上的立法工作加以推进的目标，国家责任的规则和制度是至关重要的。

(2) 在第一章范围内，第 28 条是导言性条文，它申明：一国一旦实施了国际不法行为即应承担法律后果的原则。第 29 条表明，这些后果不妨碍责任国继续有义务遵守被它违背了的义务并且不取代这一义务。第 30 条将这一点推进一步，而规定了停止和承诺和保证不重复。第 31 条载列一国对其违背国际法行为所造成的损害提供赔偿的一般义务。第 32 条明确了责任国不得以其国内法为借口规避第二部分所列的停止和赔偿义务。最后，第 33 条规定了该部分的范围，一方面涉及对国家承担义务的情况，另一方面则规定，直接对人或国家以外的实体承担的义务所引起的若干法律后果不属于本条款第二部分或第三部分的范围。

第 28 条

国际不法行为的法律后果

一国依照第一部分的规定对其国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

评 注

(1) 第 28 条起到对第二部分的导言作用，具有说明的性质。第一部分规定一国的国际责任何时产生，第二部分载列国际不法行为的责任所产生的法律后果，第 28 条则把两个部分联系起来。

(2) 第二部分载列的国际不法行为的核心法律后果是责任国停止不法行为的义务(第 30 条)和对国际不法行为造成的损害提供充分赔偿的义务(第 31 条)。若国际不法行为构成对一般国际法强制性规范所涉义务的重大违背,这一违背行为可能对责任国和其他国家引起进一步的后果。最重要的是,在这种情况下,所有国家都有义务合作,以制止违约行为、不承认违约行为所造成的情况为合法、不援助或协助责任国维护违约行为造成的情况(第 40 条、第 41 条)。

(3) 第 28 条不排除国际不法行为可能在该行为的责任国与人或国家以外的实体之间的关系上引起法律后果的可能性。这种情况来源于第 1 条,其中包括该国的所有义务而不仅限于对其他国家承担的义务。因此,国家责任扩大到包括违背人权义务情事和其他违背国际法情事,在这种情况下,被违背的义务的第一受益人不是国家。但是,第一部分适用于国际不法行为可能由一国犯下的所有情况,第二部分的范围则比较有限。它并不适用于对人或对国家以外的实体承担的赔偿义务或由人或由这种实体援引的赔偿义务。换言之,第二部分的规定不妨碍任何人或国家以外的任何实体直接获得的源自一国国际责任的任何权利,第 33 条阐明了这一点。

第 29 条

继续有责任履行

本部分所规定的一国际不法行为的法律后果不影响责任国继续有责任履行所违背的义务。

评 注

(1) 若一国违背一国际义务,关于恢复和因而产生的未来法律关系是主要问题。除了赔偿问题以外,还直接引起两个问题,即:责任国的行为对被违背的义务的影响;和若该为仍在持续则停止该行为。前一问题由第 29 条处理,后一问题则由第 30 条处理。

(2) 第 29 条载述这样的一般原则:国际不法行为的法律后果不影响该国继续有责任履行所违背的义务。国际不法行为发生以后,在责任国和责任国应该向其履行国际义务的一个或数个国家之间建立了新的一套法律关系。但这并不意味着先前

由初级义务确立的法律关系已经消失。即使责任国遵守第二部分规定的停止不法行为和对造成的损害提供充分赔偿的义务，也不能因而解除它继续履行所违背之义务的责任。继续履行一国际义务的义务尽管受到违背，却是持续性不法行为概念(参阅第 14 条)和停止义务(参阅第 30 条(a)项)的依据。

(3) 的确，在某些情况下，违背某项义务的根本影响可能是停止该项义务本身。例如，由于一双边条约受到重大违背而受害的国家可能选择终止该项条约。⁴⁵² 但《维也纳条约法公约》的有关规定阐明了：光是条约受到违背、受到批判的事实并不能作为以终止条约的依据。⁴⁵³ 这是一个应该由受害国在《维也纳条约法公约》容许的范围内对违约行为作出反应的事项。受害国可能无意终止条约，反而要求继续履行条约。若一条约由于被违背而予以正式终止，并不影响该条约在被终止以前已经确立的法律关系，包括对任何违背情事提供赔偿的义务。⁴⁵⁴ 违背依一般国际法产生的义务情事更是不可能影响根本义务，就此而论，永远不至于产生这样的影响。反之，会由于发生违约情事而产生国家责任的次级法律关系，并不需要任何受害国提出援引责任的要求。

(4) 第 29 条无需处理上述可能情况。它所规定只是：国际不法行为在国家责任范围内的法律后果不影响继续履行所违背之义务的责任。尽管该义务受到违背，它是否存在和在什么程度上存在，并不是由国家责任法加以规定的事项，而应该由与初级义务有关的规则加以制约。

⁴⁵² 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331，第 60 条。

⁴⁵³ 的确，在“加布奇科沃-大毛罗斯项目”案中，法院认为，双方的持续性重大违约行为不具有终止该 1977 年条约的效力。“加布奇科沃-大毛罗斯项目”(匈牙利/斯洛伐克)，《1997 年国际法院报告书》，p. 7, at p. 68, 第 114 段。

⁴⁵⁴ 参看“彩虹勇士”案(新西兰/法国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217 (1990)，at p. 266，引述 McNair 院长对 Ambatielos 案的意见(持不同意见)，初步反对意见，《1952 年国际法院报告书》，p. 28, at p. 63。关于法院自己达成一致意见的那个具体论点：同上，载于 p. 45。在“加布奇科沃-大毛罗斯项目”案中，匈牙利同意，它由于捷克斯洛伐克违约而终止 1977 年条约的法律后果只是预期的，并不影响每一当事方的应有权利。《1997 年国际法院报告书》，p. 7, at pp. 73-74, 第 125-127 段。法院认为，该条约仍然有效，因此不曾处理该问题。

第 30 条

停止和不重复

国际不法行为的责任国有义务：

- (a) 在该行为持续时，停止该行为；
- (b) 在必要的情况下，提供不重复该行为的适当承诺和保证。

评 注

(1) 第 30 条涉及由于一国际义务被违背所引起的两个单独、却又相互联系的问题：由责任国停止不法行为问题；在必要情况下由责任国给予承诺和保证不重复的问题。两个问题都涉及在发生违约情事以后恢复和修理法律关系的方面。停止似乎处于未来履行义务的反面，与保证停止持续性不法行为有关，承诺和保证不重复则起到防止的作用，可以称为对未来履行义务的加固。根本义务的继续存在对于两个方面来说，都是一个必要的假设，因为如果该项义务在被违背以后停止了，就不发生停止的问题，也就无所谓承诺和保证不重复了。⁴⁵⁵

(2) 第 30 条(a)项载述国际不法行为的责任国停止该不法行为的义务。依照第 2 条，“行为”一词包括作为和不作为。因此，停止涉及在时间上延续的所有不法行为，“无论国家的行为是作为或不作为……因为停止行为中可能包含不采取若干行动的不作为……”。⁴⁵⁶

(3) 法庭在“彩虹勇士”案的仲裁中着重指出停止不法行为发生的“两个密切联系的必要条件”，“即：不法行为具有持续的性质以及被违背的规则在发布命令的时候仍然有效。”⁴⁵⁷ 虽然停止不法行为的义务通常最有可能在持续不法行为的情

⁴⁵⁵ 参阅《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331，第 70 (1)条。

⁴⁵⁶ “彩虹勇士”案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217 (1990)，at p. 270，第 113 段。

⁴⁵⁷ 同上，at p. 270，第 114 段。

况下发生，⁴⁵⁸ 第 30 条也包括一国接连违背义务的情况，意味着再度发生违约情事的可能性。该条(a)项使用“在该行为持续时”的措词，是为了包括上述两个情况。

(4) 停止违背国际义务的行为是消除不法行为之后果的第一必要条件。它与赔偿一起构成国际不法行为的两个一般性后果。停止通常是违背国际义务的行为所引起的争论的主要焦点。⁴⁵⁹ 在遇到违背国际法情事时，不仅国家会、就是大会和安全理事会等国际机关也会要求停止违法行为。反之，虽然在许多情况下，赔偿很重要，可能并不是各国在有关责任问题的争论中的主要问题。⁴⁶⁰

(5) 停止的作用是制止违背国际法行为并且保障根本初级规则的持续有效性和效力。因此，责任国停止不法行为的义务同时保护着一个或数个受害国以及整个国际社会在维护法治和依靠法治中的利益。

(6) 要求停止不光是为了遵守初级义务的责任，采取这样的处理方式是基于若干理由。第一、停止问题只有在有违法情事时才发生。发生了以后应该如何应对不仅取决于对初级义务的解释，也取决于涉及补救办法的次级规则，在规定国际不法行为之后果的条款中至少以一般性术语加以载述是合适的。第二、持续性不法行为是涉及国家责任的案件的共同特征，第 14 条对此作了具体的处理。在第二部分中阐明这种行为的后果有其必要。

(7) 停止问题往往是在与恢复问题，尤其是恢复原状问题密切联系的情况下发生。停止的结果可能与恢复原状没有区别，例如涉及释放人质或归还所夺取的物品或房地的情况。但是，两者必须区别开来。与恢复原状不同，停止不受与相称有关

⁴⁵⁸ 关于持续性不法行为的概念，见第 14 条评注第(3)-(11)段。

⁴⁵⁹ 世贸组织争端解决机制的焦点在于停止、而不是赔偿：《建立世界贸易组织的协定》，1994 年 4 月 15 日，附件二，《关于解决争端的规则和程序的谅解》，尤其是第 3(7) 第，其中规定：“只有在立即退出该措施为并不实际而作为退出不符合适用协定之前的临时措施时”才给予补偿。就世界贸易组织的情况来说，停止和赔偿之间的区别可参看澳大利亚——向汽车皮革生产商和出口商提供的补贴，小组的报告，2000 年 1 月 21 日世贸组织 WT/DS 126/RW 号文件），第 6.49 段。

⁴⁶⁰ 国际法院认为的确如此的情况可参看“渔业管辖权”案，“案情”(德意志联邦共和国诉冰岛，《1974 年国际法院报告书》，p. 175, at pp. 201-205, 第 65-76 段；“加布奇科沃 - 大毛罗斯项目”案，《1977 年国际法院报告书》，p. 7, at p. 81, 第 153 段。另外参看 C. Gray, 《国际法中的司法补救办法》(牛津, Clarendon 出版社, 1987), pp. 77-92。

的限制。⁴⁶¹ 它可能产生一持续性的义务，即使是在排除了如实恢复原状的可能性或只能恢复到近似原状的情况下，也是这样。

(8) “彩虹勇士”案的仲裁说明了区别停止和恢复原状的困难。新西兰要求将两位人员还押到豪岛。新西兰认为，法国必须在三年的余下期间将这两人还押该岛；该项义务并未终止，因为就该项目来说，不能将在该岛上度过的期间计入。法庭不同意。它认为，该项义务有固定的期限，而且已经届满，因此不存在停止问题。⁴⁶² 显然，如果法国再也没有将该两还押到该岛的持续性义务了，将这两位人员归还新西兰就没有意义了。如果被违背的义务不再存在，恢复原状可能价值不大或根本没有价值。反之，如果责任国必须继续履行所违背的义务，而受害国又无权使责任国免除这项义务，根本没有放弃要求恢复原状的备选办法。对于有关国家的义务来说，停止和恢复原状之间的区别可能具有重要的后果。

(9) 第 30 条(b)项规定责任国有义务在必要情况下提供适当承诺和保证不重复。承诺和保证是为了恢复对一持续关系的信心，但比停止具有大得多的灵活性，而且并不是在所有情况下都需要这样做。通常是在受害国有理由相信光是恢复先前的状态并不能圆满地加以保护时才要求这样做。例如，在美国驻莫斯科大使馆于 1964-1965 年期间一再发生游行示威以后，约翰逊总统声明……

“美国政府必须着重指出，按照国际法和习惯的要求，为了处理各国之间的外交关系，美国外交机构和人员必要得到保护。表示遗憾和提供补偿并不能代替适当的保护。”⁴⁶³

这种要求并不总是采取承诺或保证的形式，但是，它们共同具有的特性是向前看和关注可能发生其他违约情事。它们把重点放在预防而不是赔偿，并且将其内容载入第 30 条。

(10) LaGrand 案中辩论了承诺或保证不重复的义务是不是国际不法行为的法律后果问题。⁴⁶⁴ 该案涉及承认没有按照 1963 年《维也纳领事关系公约》第 36 条发出领事通知的问题。德国在其第四次提交的文件中，要求对未来遵守《公约》的手

⁴⁶¹ 见第 35 条(b)项及评注。

⁴⁶² 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217 (1990)，at p. 266，第 105 段。

⁴⁶³ 载录于《国际法律材料》，第四卷(1965)，p. 698。

⁴⁶⁴ LaGrand 案(德国诉美利坚合众国)，“案情”，2001 年 6 月 27 日的判决。

段提供一般和特殊的承诺和保证。美国辩称，提供这种承诺和保证超越了《公约》中所载义务的范围，而且法院没有提出这种要求的权限。无论如何，正式的承诺和保证是空前未有的，因此不应提出要求。德国要求补救的权利顶多是要求道歉，而美国已经道歉。另一方面，鉴于美国已经采取广泛的行动以确保联邦和各州的官员将来遵守《公约》，提供承诺或保证就不合适了。关于管辖权，法院认为……

“关于德国指称的违背《公约》情事的适当补救办法的纠纷是在解释或适用《公约》时发生的一项争端，因此属于法院的管辖范围。若法院对一特定事项的有关争端具有管辖权，就不需要依据另外的管辖权来审理一当事方就违背义务情事要求予以补救的办法。因此，在本案中德国第四次呈文的内容具有管辖权。”⁴⁶⁵

关于适当性问题，法院指出，在一国没有对有关外国发出领事通知，致使该国侨民“受到长期监禁或被判处严厉刑罚”的任何情况下，光是道歉是不够的。⁴⁶⁶但是，从美国针对将来如何采取步骤遵守公约而提供的资料看来，法院认为……

“美国为了确保履行第 36 条第 1 款(b)项规定的义务已表示愿意执行所采取的特定措施，这一承诺应该视为符合德国关于不重复的一般性保证的要求”。⁴⁶⁷

对于德国要求提供的特殊保证，法院只限于声明……

“……虽然有上面提到的承诺……，如果美国未能遵守提出领事通知的义务因而对德国国民造成不利后果，致使有关个人受到长期监禁或被定罪而判处严厉刑罚，光是道歉是不够的。在上述定罪和判刑的情况下，美国有责任容许审查和重新审理案情，同时应考虑到《公约》中所载述的权利受到侵犯的情况。”⁴⁶⁸

于是，法院确认了它对德国第四次呈文内容的管辖权，并且在其处置决定中作了答复。但是，它没有讨论要求保证不重复的法律依据。

⁴⁶⁵ 同上，第 48 段，引述“霍茹夫工厂”案，“管辖权限”，1927，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 9 号，p. 22。

⁴⁶⁶ LaGrand 案，“案情”，2001 年 6 月 27 日的判决，第 123 段。

⁴⁶⁷ 同上，第 124 段；另见处分原则第 128 (6)段。

⁴⁶⁸ 同上，第 125 段。另见同上，第 127 段，和处分原则第 128 (7)段。

(11) 承诺或保证不重复可以采取抵偿的方式(例如废除容许发生违约情事的法规), 因此两者在实践中有一些重叠。⁴⁶⁹ 但是, 把它视为继续和修复受违约情事影响的法律关系的问题比较合适。在受害国要求承诺和保证不重复的情形下, 这个问题基本上是巩固一持续性法律关系, 把重点放在未来、而不是过去。此外, 受害国以外的一国也有可能按照第 48 条要求承诺和保证不重复。

(12) 承诺通常是以口头方式提供的, 而保证不重复则涉及较多的事项——例如, 责任国必须采取预防措施以避免重复违约行为。对于可能要求提供的保证方式, 国际实践并不一致。受害国通常要求保证不重复违法行为而不指明保证的形式⁴⁷⁰, 在违法行为使其侨民受害的情况下, 则要求对人员和财产提供较妥善的保护。⁴⁷¹ 在 LaGrand 案中, 法院相当明确地说明了美国将来要是再违约就应该承担的义务, 但也指出“这项义务可以用不同的方式予以履行。履行的方法由美国选择。”⁴⁷² 它又指出: 一国不得提供坚定的不重复保证。⁴⁷³ 它能否适当地保证不重复取决于有关义务的性质。

(13) 在某些情况下, 受害国可能要求责任国采取特定措施或以特定方式采取行动, 以避免重复违约行为。有时候, 受害国只要求责任国保证将来尊重受害国的权利。⁴⁷⁴ 在另一些情况下, 受害国要求提出具体说明,⁴⁷⁵ 或采取其他特定行

⁴⁶⁹ 见第 36 条评注第(5)段。

⁴⁷⁰ 在 1904 年的“双桅渔船堤岸”事件中, 联合王国要求“保证不再发生此类不能容忍的事件”: Martens, 新汇编, 第二辑, 第三十三卷, p. 642。参阅 1966 年 3 月发生中国驻雅加达总领事馆遭受攻击的事件以后中国和印度尼西亚两国交换的备忘录, 中国外交部副部长要求保证不再发生同类事件: 《国际公法综合评论》, 第 70 卷(1966), p. 1013。

⁴⁷¹ 这种保证载于 Doane 事件(1886): Moore, 《文摘》, 第六卷, pp. 345-346。

⁴⁷² LaGrand 案, “案情”, 2001 年 6 月 27 日的判决, 第 125 段。

⁴⁷³ 同上, 第 124 段。

⁴⁷⁴ 看 1901 年案件, 奥托曼帝国正式保证从此以后英国、奥地利和法国的邮政服务将在其境内自由开展业务活动: 《国际公法综合评论》, 第 8 卷(1901), p. 777, 载于 pp. 788, 792。

⁴⁷⁵ 参看涉及德国商船“Herzog”号和“Bundesrath”号的事件, 英国海军先后在 1899 年 12 月和 1900 年 12 月 Boer 战争期间扣押这两艘船只, 德国保证英国注意“有必要训令英国海军司令不要骚扰不在战场附近的德国商人”: Martens, 《新汇编》, 第二辑, 第二十九卷, pp. 456, 486。

动。⁴⁷⁶ 但是，承诺和保证不重复并不总是适当，即使应要求这样做，也有问题。多半取决于具体情况，尤其义务和违约行为的性质。(b)项末尾的“在必要情况下”的措词说明了措施的相等特殊的性质。责任国关于承诺和保证不重复的义务采取了灵活的措词方式，以防止滥用或过度提出权利要求，在过去，有些国家就提出过这样的要求。

第 31 条

赔 偿

1. 责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿；
2. 损害包括一国国际不法行为造成的任何损害，无论是物质损害或精神损害。

评 注

(1) 提供充分赔偿的义务是责任国作为实施国际不法行为的结果必须履行的第二项一般义务。常设国际法院在“霍茹夫工厂”案中对实施国际不法行为之后果的一般原则作了如下说明：

“违约行为产生以适当形式提供赔偿的义务，这是一项国际法原则。因此，赔偿是违约的不可或缺的内容，这一点无需在公约中载明。因此，遇有违约情事而必须赔偿时，关于赔偿的不同意见是关于如何实行赔偿的不同意见”。⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ 在“特雷尔冶炼厂”案中，仲裁法庭指明了特雷尔冶炼厂必须采取的措施，包括采取措施以“防止将来对美国的严重熏蒸”：特雷尔冶炼厂(美利坚合众国/加拿大)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1905 (1938, 1941)，at p. 1934。国际机构常常提出修订或废除立法的要求，参看人权事务高级专员办事处的决定：Torres Ramirez 诉乌拉圭，1980年7月23日的决定，第19段，A/35/40, p. 126; Lanza 诉乌拉圭，1980年4月3月的决定，同上，p. 111, at p. 119, 第17段; Dermit Barbato 诉乌拉圭，1982年10月21日的决定，A/38/40, p.133, 第11段。

⁴⁷⁷ “霍茹夫工厂”案，“管辖权”，1927，《常设国际法院案例汇编》A辑，第9号，p. 21。

在多次被引证和适用的这一段引文中，⁴⁷⁸ 法院使用了“赔偿”一词的最概括含义。法院驳回了波兰的如下论点：解释和适用一条约的权限并不随而产生处理有关赔偿形式和内容之争端的权限。争端发展到那个阶段，德国不再为其国民要求归还被夺取的工厂或财产。

(2) 在同一案件的后一阶段，常设国际法院接着更详细地指出赔偿义务的内容。它说：

“非法行为的实际概念有一项基本原则——一项似乎是经由国际惯例、尤其是仲裁法庭裁决建立的原则，它规定赔偿必须尽可能消除非法行为的所有后果，并恢复实行不法行为以前极可能存在的状况。恢复原状或于不可能这样做时偿付一笔相当于恢复原状价值的款额；必要时，并对恢复原状或代替恢复原状的付款不能包括的所受损失，给予赔偿——这些原则应有助于确定违反国际法行为应付的赔偿数额。”⁴⁷⁹

在第一句中，常设国际法院提供了赔偿的一般定义，强调赔偿的功能是恢复受到非法行为影响的状况。⁴⁸⁰ 常设法院在第二句中处理的非法行为作出“补偿”所包括的赔偿方面——即恢复原状或偿付其价值并加上因不法行为所遭受的损失赔偿。

(3) 第 31 条规定责任国承担的义务是提供霍茹夫工厂案中所指的那种“充分赔偿”。换言之，责任国必须努力“消除非法行为的所有后果，并通过本部分第二章中载列的一种或多种赔偿形式恢复实行不法行为以前极可能存在的状况”。⁴⁸¹

(4) 一般赔偿义务在第 31 条中被拟订为国家责任的直接的必然结果，即：拟订为责任国由于违约而产生的一项义务，而不是拟订为一个或数个受害国的权利。这个措词方式避免了在同一义务是同时对数个、许多个或所有国家承担、但只有其

⁴⁷⁸ 参阅国际法院在提到这一决定时的论述，LaGrand 案(德国诉美利坚合众国)，“案情”，2001 年 6 月 27 日的判决，第 48 段。

⁴⁷⁹ “霍茹夫工厂”案，“案情”，1928，《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 17 号，p. 47。

⁴⁸⁰ 参阅 P.-M. Dupuy, “国家的国际责任所产生的行为”，《课程汇编》，第 188 卷(1984-V)，p. 9, at p. 94, 他在这里使用了“恢复”一词。

⁴⁸¹ “霍茹夫工厂”案，“案情”，1928，《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 17 号，p. 47。

中一些国家特别受到影响的情况下可能发生的困难。但是，与超过一个国家有权援引责任的情况所产生的问题相当不同的是，⁴⁸²一旦实施了国际不法行为，一般赔偿义务即自动产生，就此而论，并无需任何国家提出要求或抗议，即使在这种情况下采取的赔偿形式可能取决于一个或数个受害国的反应，也是这样。

(5) 责任国提供充分赔偿的义务涉及“国际不法行为所造成的损害”。第2款中所规定的“损害”的含义应该理解为包括该行为所造成的任何损害。具体而言，按照第2款，“损害”包括所造成的任何物质损害或精神损害。这样的措词旨在具有包容性，把广义的物质损害和精神损害都包括在内，同时又具有限制性，把仅仅属于本身未受到该不法行为影响的国家的抽象关注或一般利益排除在外。⁴⁸³“物质”损害在这里是指对国家和其国民的财产或其他利益造成的经济上可评估的损害。“精神”损害包括由于个人的家庭或私密生活受到侵扰而引起个人的哀伤和苦难、亲爱者的死亡或个人受到的冒犯等事项。本部分第二章中对上述各种损害的赔偿问题有比较详细的载述。⁴⁸⁴

(6) 应受保护之利益受到损害的问题是国际不法行为的必要组成部分，这个问题已经讨论过。⁴⁸⁵通常不作这样的规定；这毋宁是应由有关初级规则加以确定的事项。在某些情况下，一件坏事的主旨是对另一国造成实际损害的原因。在某些情况下，问题在于没有采取必要的预防措施来防止损害，即使结果并没有造成任何损害。在某些情况下，有一种采取指定行动的直率承诺，例如将一致的规则纳入国内法。

⁴⁸² 关于有权援引责任的国家的状况，参看第42条和第48条及其评注。对于有大多数受害国的状况，参看第46条和评注。

⁴⁸³ 这些国家本身虽未受到损害，但可按照第48条针对属于一般利益的某类义务被违背而援引责任。关于伤害和损害概念的一般状况，参看 B. Bollecker-Stem, 《国际责任学说中的损害》(Paris, Pedone, 1973); B. Graefrath, “责任和造成的损害：责任和损害之间的关系”，《课程汇编》，第185卷(1984-II), p. 95; A. Tanzi, “损害是否国际不法行为之存在的一个明显条件？”，载于 M. Spinedi & B. Simma (合编), 《联合国对国家责任的编纂工作》(New York, Oceana, 1987) p. 1; I. Brownlie, 《国际法体系：国家责任》(第一编)(Oxford, Clarendon Press, 1983), pp. 53-88。

⁴⁸⁴ 特别参看第36条和评注。

⁴⁸⁵ 参看第2条评注第(9)段。

在每一情况下，初级义务是确定如何处理的依据。因此，第 12 条将违背国际义务行为定义为没有遵守某项义务。

(7) 作为一项自然的结果，除了有关初级义务所规定的要求以外，并没有一般性的规定，要求一国在就违法行为寻求赔偿以前受到重大伤害或损害。实际损害的存在在很大程度上涉及赔偿的形式和额度。但是，并没有任何一般性的要求规定一国有权就受到的物质伤害或损害寻求某种形式的赔偿。在彩虹勇士案中，有一方起初辩称“按照国际责任的原理，损害是对赔偿责任提供依据的必要条件”，但是，双方后来议定……

“侵犯非物质性利益的非法行为，例如，由于影响一国的荣誉、尊严或声望的行为，受害国有权获得适足的赔偿，即使这些行为没有对原告方造成金钱或物质损失。”⁴⁸⁶

法庭认为，法国的违法行为“在新西兰激起愤怒和引起公愤，还造成具有精神、政治和法律性质的非物质性的损害……，这是因为它一方面冒犯了新西兰的尊严和声望，另一方面也冒犯了它的最高司法和行政当局”。⁴⁸⁷

(8) 若两个议定从事某项特定行为，由于一国未能履行义务，必然涉及另一国。一国违背了议定的承诺，相应地侵犯了另一国采取行动的权利。在这个阶段引用国家责任的次级规则而规定由于没有发生任何可以确定的损害所以不必承担任何责任，是没有根据的。如果双方愿意按照那种方式承担义务，它们可以这样做。在许多情况下，违法行为可能产生的损害(例如在关闭的季节捕鱼对渔业造成的损害、超出规定限度的排放对环境造成的损害、从河流提取超出容许限度的渔捞数量)是远期发生、可能发生或不能确定的。但是，各国可以在这些领域中就其相互的长期利益承担直接的、无条件的承诺。因此，第 31 条以概括和宽泛的方式对“损害”下了定义，在每一案件中由初级义务确定应有的内容。

(9) 第 2 款处理另一个问题，即：国际不法行为与损害之间因果关系问题。只有“一国国际不法行为造成的……损害”才必须给予充分的赔偿。这一短语用于澄清，

⁴⁸⁶ “彩虹勇士”案(新西兰/法国)。《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二十卷，p. 217 (1990)，at p. 267，第 109 段。

⁴⁸⁷ 同上，at p. 267，第 110 段。

总的来说，赔偿的案由是来源于不法行为并可归咎于不法行为的损害，而并非一国际不法行为所生产的任何和所有后果。

(10) 损害或损失归咎于一不法行为，从原则上说，是一个法律的程序而不仅是一个历史的或因果关系的程序。不同的用语被用于描述为了产生赔偿义务必然存在于不法行为和损害之间的联系。例如，有人提到“归咎于（不法行为）近因”的损失，⁴⁸⁸ 有人提到“过于间接、远因过远和无从确定”的按时损害，⁴⁸⁹ 也有人提到不法行为“对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害(包括环境的损害和自然资源的损耗)和伤害。⁴⁹⁰ 因此，实际上的因果关系是赔偿的必要条件但并非充分条件。另一有关的要素是“远因过远”或“过于间接”的损害不属于赔偿的范围。在某些情况下，可以使用“直接”标准，⁴⁹¹ 在另一些情况下，则使用“可预见”⁴⁹²

⁴⁸⁸ 参看美国—德国混合索赔委员会，行政裁定，No. II,《联合国国际仲裁裁决报告书》，第七卷，p. 23 (1923)，at p. 30。另见Dix, 同上，第九卷，p. 119 (1902)，at p. 121，和加拿大在苏联宇宙 954 号核动力卫星于 1978 年在其境内坠毁后发表的声明：《国际法律材料》，第 18 卷(1979)，p. 907，第 23 段。

⁴⁸⁹ 参看“特雷尔冶炼厂”案的仲裁，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1905(1938, 1941)，at p. 1931。另见 A. Hauriou, “国际仲裁中的间接损害”，《国际公法综合评论》，第 31 卷(1924)，p. 209，引述“Alabama”仲裁案为最强有力地适用排除“间接损害”规则的情况。

⁴⁹⁰ 安全理事会第 687(1991)号决议，第 16 段。这是第七章的一项决议，但其措词是为了体现伊拉克“由于入侵科威特...根据国际法应该承担的”赔偿责任。联合国赔偿委员会和理事会就如何解释第 16 段中的指示和原因的要求提供了一些指导。参阅“对伊拉克的索赔”(“B”类索赔)案，1994 年 4 月 14 日的报告(S/AC.26/1994/1)，载录于《国际法报告书》，第 109 卷，p.127；理事会以 1994 年 5 月 26 日第 20 号决定(S/AC.26/Dec.20)予以批准，载录于《国际法报告书》，第 109 卷，p. 622；“井喷控制索赔”案，1996 年 11 月 15 日报告(S/AC.26/1996/5)，载录于《国际法院报告书》，第 109 卷，p. 480，at pp. 506-511，第 66-86 段；理事会以 1996 年 12 月 17 日第 40 号决议(S/AC.26/Dec.40)予以批准，载录于《国际法院报告书》，第 109 卷，p.669。

⁴⁹¹ 参阅安全理事会第 687(1991)号决议第 16 段。

⁴⁹² 例如参看 Naulilaa 案(德国在非洲南部葡萄牙殖民地造成损害的责任)(葡萄牙诉德国)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 1011 (1928)，at p. 1031。

或“近因”标准。⁴⁹³但也可能要考虑到其他因素：例如就所违反的规则的目的而言，国家机关是否故意造成有关伤害，或者造成的伤害是否属于被违背的规则的范围。⁴⁹⁴换言之，就每一违背国际义务情况来说，因果关系的必要条件不一定一样。在国际法和在国内法上，损害的远因问题“不是一项可以用一项单一文字条文就能满意解决的问题”。⁴⁹⁵不是远因过远的充分因果关系的概念体现于第31条中的一般性必要条件中，即：伤害必需是不法行为的结果，但没有附加任何限制性短语。

(11) 影响到赔偿范围的另一个因素是减轻损害的问题。不法行为的受害者即使完全无辜，在面临伤害时应该也会采取合理的行动。这一点虽然常常被称为“减轻损害的义务”，但其本身不是一项产生责任的法律义务。它只是说，受害方如果没有采取减轻损害的行动，可能失去相应的赔偿。⁴⁹⁶国际法院在“加布奇科沃—大毛罗斯项目”案中清楚地说明了这一点：

“斯洛伐克又声称，它在执行备选条文C时，它是根据减轻损害的义务采取行动的。它说：‘国际法的一项一般原则是，因另一缔约方不履约而受到伤害的一方，必须设法减轻它所受的伤害。’根据这项原则，没有采取必要措施减少所受损害的受害国无权对本来可以避免的那一部分损害提出

⁴⁹³ 对因果关系和缺乏明显必要联系问题的比较评论，参看 H.L.A. Hart & A. M. Honore, 《法律中的因果关系》(第二版)(Oxford, Clarendon Press, 1985); A. M. Honore, “损害问题上的因果关系和缺乏明显必要联系的情况”，载于《比较法国际百科全书》(A. Tune 编)，第十一卷，第一编，第七章，156 p.; K. Zweigert and H. Kötz, 《比较法概论》(第三版)(J.A. Weir 译)(Oxford, Clarendon Press, 1998), pp. 601-627 (esp. p. 609ff.); B. S. Markesinis, 《德国义务法》。第二卷。《民事侵权行为法：比较介绍》(Oxford, Clarendon Press, 第三版, 1997), pp. 95-108, 提到许多参考文献。

⁴⁹⁴ 参看伊朗—美国索赔法庭在“伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国”案中的裁决，案号：AI5(IV) and A24, 裁决号：590-A15(IV)/A24-FT, 1998年12月28日。

⁴⁹⁵ P. S. Atiyah, 《契约法导论》(第五版)(Oxford, Clarendon Press, 1995), p. 466。

⁴⁹⁶ 在“井喷控制索赔”案中，联合国赔偿委员会的一个小组指出，“根据有关减轻损害的国际法一般原则...索赔人不仅被允许、而且的确不得不采取合理步骤...减轻造成的损失、损害或伤害”：1996年11月15日的报告(S/AC.26/1994/5)，载录于《国际法报告书》，第109卷，p. 480, at pp. 502-503, 第54段。

赔偿要求。虽然这项原则因此可能为计算损害赔偿提供一个基础，但不能为本来的不法行为辩护。”⁴⁹⁷

(12) 往往发生两个不同的原因并发而造成伤害的情况。在“外交和领事人员”案⁴⁹⁸中，激进学生当初劫持人质(当时他们不是作为国家机构或代理人员采取行动)可归咎于两项因素：‘学生本身的独立行动，和伊朗当局没有采取必要步骤保护大使馆。在“科孚海峡”案中，⁴⁹⁹ 英国船只受到损害是因为第三国的布雷行动和阿尔巴尼亚没有警告水雷存在所造成。在这种情况下，虽然有关伤害的确是由合并因素造成，其中却只有一个因素归咎于责任国，国际实践和国际法庭的判决都不支持为并发原因而减少或减轻赔偿的规定，⁵⁰⁰ 但犯有起到损害作用之过失的情况除外。⁵⁰¹ 例如，在“科孚海峡”案中，即使阿尔巴尼亚本身没有布雷，联合王国还是根据阿尔巴尼亚没有对布雷提出警告的不法行为，从阿尔巴尼亚取得全部索赔款额。⁵⁰² 在并发原因不是另一国的行为(该国可能应另行负责)，而是个人的行为或水灾等一些自

⁴⁹⁷ “加布奇科沃-大毛罗斯项目”案(匈牙利/斯洛伐克)，《1997年国际法院报告书》，p. 7, at p. 55, 第 80 段。

⁴⁹⁸ “美国驻德黑兰外交和领事人员”案，《1980年国际法院报告书》，p. 3, at pp. 29-32。

⁴⁹⁹ “科孚海峡”案，“案情”，《1949年国际法院报告书》，p. 4, at pp. 17-18, 22-23。

⁵⁰⁰ 这种作法符合通常在国内法中处理这类问题的方式。“通则是：如果认定犯侵权行为者的行为是受害人遭受损害的原因，该案犯应对因此造成的所有损害支付赔偿，虽然该项损害的形成有并行的原因而且该原因应由另一人负责…。换言之，犯侵权行为者对受害人的责任不因为考虑到还有另一人也应负责任而受影响”：J.A. Weir, “复合责任”，载于 A. Tune (编)，《比较法国际百科全书》，(Tübingen, Mohr, 1983)，第十一卷，p. 41。美国在“航空事故”案中的答辩引述了这种比较法上的经验(美利坚合众国诉保加利亚)，它提到《规约》第 38(1)(c) and (d)，指出，“在所有文明国家中，这项规则实质上是一样的。权利受到侵害的原告人可以一并或一次针对数人的方式起诉任何或所有的侵权行为者，虽然他可能只从他们或他们之中的任何一个或几个收取所受损害的全部数额”。1958年12月2日备忘录，载于《国际法院答辩书》，“1955年7月27日航空事故”案，at p. 229。

⁵⁰¹ 见和第 39 条和评注。

⁵⁰² 见“科孚海峡”案(“评估赔偿数额”)，《1949年国际法院报告书》，p. 244, at p. 250。

然事件的情况下，其结果应该相同。在外交和领事人员案中，伊朗伊斯兰共和国从它没有保护人质的时刻开始，就必须对人质的拘留充分负责。⁵⁰³

(13) 诚然，这样的情况可能发生，即：能够适当地把一项可确定的伤害要素单独地归咎于几个实际原因中的一个原因。但是，除非能够证明在因果关系上可以把一部分的伤害同归咎于应负责任国家的伤害分开，不然，应负责任国家应对其不法行为的所有后果(不是间接或远因后果)负责。事实上，在 Zafiro 号索赔案中，法庭更进一步，实际上规定应负责任国家有责任证明有多少损害不能归咎于它的行为。法庭说：

“我们认为明确的是，并非所有的损害都是由 Zafiro 号的中国船员造成的。证据表明有未能查明的一部分损害是菲律宾叛乱者造成。但是，我们并不认为英国有举证的责任，以证明哪些损害应由 Zafiro 号偿付。由于证明显示 Zafiro 号上的中国船员在很大程度上参与，同时不能证明身份不明的违法者担负的部分，我们不得不认定美国应负全部责任。然而，由于我们的调查确定，有很大一部分(但未能查明)的损害不应由 Zafiro 号的中国船员负责，因此，我们认为不得索偿款额的利息。”⁵⁰⁴

(14) 有时有人表示这样的关切：违法行为造成的所有损失的一般赔偿原则可能导致与违法行为严重性完全不成比例的赔偿额度。但是，“相称”的概念以不同的方式适用于不同的赔偿形式。⁵⁰⁵ 载述赔偿形式的第二章的个别条文中酌情处理了这个问题。

第 32 条

与国内法无关

责任国不得以其国内法的规定作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。

⁵⁰³ 《1980 年国际法院报告书》，p. 3, at pp. 31-33.

⁵⁰⁴ The Zafiro 案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第六卷，p. 160 (1925)，at pp. 164-165.

⁵⁰⁵ 见第 35 条(b)项、第 37 条第 3 款、第 39 条及其评注。

评 注

(1) 第 3 条涉及国内法在将一行为定性为违法行为中的作用。第 32 条明确规定一国的国内法与遵守停止和赔偿的义务无关。该条规定：实施了国际不法行为的一国不得援引其国内法作为不能按照本部分的规定遵守其义务的理由。第 3 条和第 32 条为了国家责任的目的都实行这样的一般原则：一国不得以其国内法作为不能遵守其国际义务的理由。⁵⁰⁶ 虽然一国的机关可能由于必须在本国运作的法律制度规则而在遵守国际义务上发生实际困难，该国并无权以其本国法律或实践作为不能履行第二部分所列国际义务的法律障碍。

(2) 第 32 条是以 1969 年《维也纳条约法公约》第 27 条作为范本，⁵⁰⁷ 该条规定：一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。这项一般原则同样适用于第二部分中所列国家责任规则所产生的国际义务。这项原则可以有有关初级规则，或以次级特别法加以限制，例如《欧洲人权公约》第 41 条规定“如果上述当事国的国内法只容许给予部分赔偿”则以有充分根据的抵偿代替充分赔偿。⁵⁰⁸

(3) 责任国不得以其国内法为理由而不履行由于实施一国际不法行为所产生的义务的原则在国家实践和国际判决中得到支持。例如，1906 年日本和美国之间对加利福尼亚州歧视性教育政策的纠纷通过修正加利福尼亚州的立法而得到解决。⁵⁰⁹ 在涉及《威玛宪章》第 61 条第 2 款的事件中，对该《宪法》作了一项修正，以确保《凡尔赛条约》第 80 条所产生的义务得到履行。⁵¹⁰ 在“Peter Pdzmny 大学”案中，常设国际法院阐明：归还的财产应“免于任何转让措施、强制管理、或没收”。⁵¹¹ 总

⁵⁰⁶ 见第 3 条评注第(2)-(4)段。

⁵⁰⁷ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，p. 331。

⁵⁰⁸ 《联合国条约汇编》，第 213 卷，p. 221，按照《1994 年第十一号议定书》重新编号。其他事例包括 1949 年 4 月 23 日《和平解决争端一般条例》第 32 条，《联合国条约汇编》，第 72 卷，p. 101，和《1957 年和平解决争端欧洲公约》第 30 条，《联合国条约汇编》，第 320 卷，p. 243。

⁵⁰⁹ 见 R.L. Buell “美国反日煽动的发展”，《政治科学季刊》，第 37 卷(1922)，620。

⁵¹⁰ 《英国和外国文件》，第 112 卷，p. 1094。

⁵¹¹ “从匈牙利——捷克斯洛伐克混合仲裁法庭的一项判决引起的上诉”(Peter Pdzmny 大学)，1933，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 61 号，p. 208, at p. 249。

之，国际法不承认：第二部分所规定的责任国义务受到该国国内法制度的限制，也不容许以国内法作为理由而不履行停止和赔偿的义务。

第 33 条

本部分所载国际义务的范围

1. 本部分规定的责任国义务可能是对另一国、对若干国家或对整个国际社会承担的义务，具体取决于该国际义务的特性和内容及违反义务的情况。

2. 本部分不妨碍任何人或国家以外的任何实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。

评 注

(1) 第 33 条是第二部分第一章的最后一条，本条澄清了本部分所列国际义务的范围和作用。第 1 条尤其明确了：如何确定应承担第二部分所列责任国义务的一国或数国，取决于据以确立被违背之义务的初级规则和违反义务的情况。例如，对海洋的污染，如果程度严重而且分布广泛，可能影响整个国际社会或一区域的沿岸国；在另一些情况下，它可能只影响单一的邻国。显然，违约行为的严重性也会影响停止和赔偿的义务的范围。

(2) 第 1 款规定，在特定情况中，责任国的义务可能是对另一国、数国或整个国际社会承担的。提到数国的情况包括一违约行为影响一条约所有其他缔约方或根据习惯国际法确立的某一法律制度的情况。例如，当一义务可以被界定为一“整体”义务的时候，一国对该义务的违背必定影响该条约的所有其他缔约方。⁵¹²

(3) 在一赔偿义务是对某一国承担的情况下，赔偿不一定使该国得到利益。例如，一国违背一保护人权条约所规定义务的责任，可能是对该条约所有其他缔约方承担的，但是，有关的个人应被视为根本受益人，从这个意义上说，应被视为有关

⁵¹² 另外参阅第 42 条(b)项(二)目和评注。

权利的持有人。国际法中的个人权利也可能产生于人权的范围以外。⁵¹³ 国际法院在 LaGrand 案中所作的判决显示了各种可能的情况,⁵¹⁴ 法院认为,《维也纳领事关系公约》第 36 条“创造了个人的权利,由于《任择议定书》第一条,被羁押人的国籍国可在本法院援引该项权利”。⁵¹⁵

(4) 上述可能性成为需要第 33 条第 2 款的基础。第二部分载述国家在停止和赔偿方面的次级义务,以及除其他事项外,可能对一国或数国或对整个国际社会承担的那些义务。在对国家以外的实体承担初级义务的情况下,可能已有可供该实体自行援引而无需任何国家仲介的一些程序。例如,一些人权条约规定受到影响的个人有提出请愿的权利,属于这种情况。一些双边协定或区域投资保护协定规定的权利,也属于这种情况。第三部分涉及由其他国家援引责任的情况,无论它们是依第 42 条视为“受害国”,或依第 48 条视为其他利益攸关国,也无论它们是否可以根据一些特别规则行使援引责任的特定权利(参阅第 55 条)。本条不处理人或国家以外的实体援引责任的可能性,第 2 款澄清了这一点。人或国家以外的实体是否有权自行援引责任和多大程度上有权自行援引责任应由特定初级规则加以确定。第 2 款只承认可能性:所以列入“任何人或国家以外的任何实体……可能直接取得的”一语。

第二章

赔偿损害

第二章涉及损害的赔偿方式,进一步阐述了第 31 条所述一般原则,尤其是力求更清楚地确定恢复原状、补偿和抵偿这几种不同赔偿方式之间的关系、利息的作用以及考虑关于受害者是否可能在任何程度上促成所受损害的问题等。

⁵¹³ 参阅“但泽法院的权限”,1928 年,《常设国际法院案例汇编》B 辑,第 15 号,pp. 17-21。

⁵¹⁴ LaGrand 案(德国诉美利坚合众国),“案情”,2001 年 6 月 27 日的判决。

⁵¹⁵ 同上,第 77 段。在这种情况下,法院不认为必需决定是否个人的权利“呈现了人权的特性”:同上,第 78 段。

第 34 条

赔偿方式

对国际不法行为造成的损害的充分赔偿，应按照本章的规定，单独或合并地采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。

评 注

(1) 第二章第 34 条开宗明义，确定了单独或合并地履行对国际不法行为造成的损害进行充分赔偿的义务。由于第 31 条已在关于充分赔偿的一般性义务规定中确定了“损害”概念以及不法行为与损害之间必要的因果关系，⁵¹⁶ 第 34 条仅需提及“对……损害的充分赔偿”。

(2) 在“霍茹夫工厂”案中，所涉损害为物质损害，常设法院只审理了恢复原状和补偿这两种形式的赔偿问题。⁵¹⁷ 在某些情况下，可能还需以抵偿作为进一步的赔偿方式。因此，要想进行充分赔偿，可能得视具体情况予以恢复原状、补偿和抵偿。第 34 条还明确指出，在某些情况下，只有并用各种赔偿方式，才能进行充分赔偿。例如，如果不法行为造成了进一步的物质损失，例如丧失对遭非法扣留的财产的使用权造成的损害，光是恢复不法行为发生之前的状态可能还够不上充分赔偿。因此，视所造成的损害的类别和程度，消除不法行为的一切后果可能需要提供几种或所有方式的赔偿。

(3) 遭违背的主要义务也可能会大大影响赔偿的方式和程度。尤其是，如果恢复原状并不涉及归还受害国的人员、财产或领土，则须将所涉国家的有关权利和职权恢复到先前状态。例如，如果所涉义务是关于国家行使实质权力的一项程序性义

⁵¹⁶ 见第 31 条的评注，第(4)-(14)段。

⁵¹⁷ “霍茹夫工厂”案，“案情”，1928，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，P.47。

务，可能就得如此。在这类情况下，恢复原状不应使受害国获得的权利多于在履行义务情况下本应获得的权利。⁵¹⁸

(4) 提供第 34 条所述的每种赔偿须符合第二章随后各条中确定的各项条件。“应按照本章的规定”一语即表达了这层意思。受害国还可合理选择不同的赔偿方式。例如，在多数情况下，受害国有权选择获得补偿，而不是恢复原状。第 43 条即反映了受害国有权选择赔偿方式这一点。

(5) 人们有时担心，充分赔偿原则可能会引致对有关责任国提出不相称的、甚至带有破坏性的、难以满足的要求。这里的问题是，是否应将相称性原则作为充分赔偿义务的一部分。在本条款中，在规规定每种赔偿方式时，按各自的特点，考虑到了相称性因素。因此，如果所造成的负担与受害国或其它当事方获得的好处毫不相称，即不得采用恢复原状方式。⁵¹⁹ 只补偿因国际不法行为实际造成的损害，而不补偿间接的或远因过远的损失。⁵²⁰ 抵偿不得“与损失不成比例”。⁵²¹ 因此，在每种赔偿方式中均考虑到了这类因素。

(6) 第二章所述的几种赔偿方式是履行第 31 条确定的基本赔偿义务的几种办法。实际上并无单独的、次要的恢复原状、补偿和抵偿的义务。在实践中，如想满足第 31 条所确定的充分赔偿损害的要求，在要求一种方式的赔偿、而不要求另一种方式的赔偿是否适当的问题上，有一定的灵活性。⁵²² 如果迫于具体情况不采用或无法采用某种方式的赔偿，其它赔偿方式、尤其是抵偿将相应变得更为重要。

⁵¹⁸ 在 LaGrand 案中，国际法院指出，如果违反《维也纳领事关系公约》第 36 条的通知规定，《联合国条约汇编》，第 596 卷，p. 261，造成严惩或长期拘留情况，将需“在考虑到侵犯《公约》所定权利的情况下，重审判决的公正性：LaGrand(Germeny v. United States of America)，‘案情’，2001 年 6 月 27 日的判决，第 125 段。这种恢复原状考虑到了所涉权利的有限性质。

⁵¹⁹ 见第 35 条(b)项和评注。

⁵²⁰ 见第 31 条和评注。

⁵²¹ 见第 37 条第 3 款和评注。

⁵²² 例如，Mélanie Lachenal，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十三卷，p. 116(1954)，at pp.130-131，法国与意大利调解委员会认为，由于恢复原状需要困难的内部程序，因此放弃了原先决定的恢复原状安排，而接受了补偿办法。另见第 35 条评注第(4)段。

第 35 条

恢复原状

在并且只在下列情况下，一国际不法行为的责任国有义务恢复原状，即恢复到实施不法行为以前所存在的状况：

- (a) 恢复原状并非实际上办不到的；
- (b) 从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。

评 注

(1) 根据第 34 条，恢复原状是国际不法行为受害国可援用的第一种赔偿方式。恢复原状指尽量恢复国际不法行为发生之前存在的状况，但条件是此状况发生的任何变化均可追溯到此项国际不法行为。最简单的恢复原状涉及释放遭不法拘留者或归还遭不法扣押的财产等行为。在其它情况下，恢复原状可能远更为复杂。

(2) 恢复原状概念并无统一的定义。据一种定义，恢复原状指的是恢复先前状态，即恢复实施不法行为以前所存在的状况。据另一定义，恢复原状指的是建立或恢复如果不实施不法行为原本会存在的状况。第一种定义范围较窄，按照这一定义，不用给予受害方可能应得的补偿，不用补偿其蒙受的损失(如遭不法扣押后归还的财产使用权方面的损失)。第二种定义在恢复原状概念中引入了充分赔偿的其他内容，将恢复原状视为一种赔偿方式和基本的赔偿义务。第 35 条采用的是范围较窄的定义，这样做的好处是将重点放在评估客观状况上，而不需设想并探讨如果没有发生不法行为将会出现的情况。当然，如第 36 条所表明的那样，在这种狭义的恢复原状之外也许还必须作出补偿，以确保充分赔偿所造成的损害。

(3) 由于恢复原状最贴近关于责任国有义务通过恢复实行不法行为前存在的状态以消除其不法行为造成的法律后果和实质后果的一般性原则，在各种形式的赔偿中，恢复原状为首选。国际常设法院在“霍茹夫工厂”案中确认了恢复原状的优先地位。常设法院称，责任国“有义务恢复原状，如果不可能做到这一点，则有义务支付赔偿额，以代替已变得不可能的恢复原状措施”。⁵²³ 法院进一步指出，“由于

⁵²³ “霍茹夫工厂”案，“案情”，1928，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，p. 48.

当事方均认为无法恢复霍茹夫工厂，因此只能用等值赔偿代替恢复原状”。⁵²⁴ 因此，从判例中可以看出，法庭只在认定由于某种原因无法恢复原状的情况下才考虑采取补偿措施。⁵²⁵ 不过，尽管在实践中恢复原状可能会遇到困难，与补偿相比，国家却往往更倾向于要求恢复原状。事实上，在某些案件中，尤其是在涉及应用强制法规的案件中，可能会将恢复原状要求作为履行主要义务的一部分看待。

(4) 另一方面，经常出现无法恢复原状的情况，或对受害国来说恢复原状的价值大大降低了，因此其它形式的赔偿享有优先。第三部分阐述了在不同赔偿形式之间进行选择的问题。⁵²⁶ 不管受害国或其它实体是否作出合理选择，也许实际上根本就无法恢复原状，例如有关财物已经灭失或性质上大有改变，或者出于某种其它原因而不可能恢复先前状态。事实上，在某些案件中，法庭从当事方的协议条款或立场中推定，法院有权给予补偿，而不采用恢复原状办法。例如，在 *Walter Fletcher Smith* 案中，仲裁员一方面坚持原则上应恢复原状，一方面认为根据仲裁协议有权给予补偿，并称给予补偿符合“当事方和公众的最佳利益”。⁵²⁷ 在 *Aminoil* 案的仲裁中，当事方认定，在科威特法令取消特许权之后实际上无法恢复先前状态。⁵²⁸

(5) 恢复原状可以是物质上恢复或归还领土、人员或财产，或取消某项法令，或两者兼而有之。恢复物质原状包括释放被拘留的个人，向另一国移交在本国领土

⁵²⁴ 同上。

⁵²⁵ 例如见，“英国在摩洛哥西班牙区域中的权利主张”案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 615(1925)，at pp. 621-625, 651-742；“葡萄牙没收教会财产”案，同上，第一卷，p. 7(1920)；*Walter Fletcher Smith* 案，同上，第二卷，p. 913(1927)，at p. 918；“*Heirs of Lebas de Courmont*”，同上，第十三卷，p. 761(1957)，at p. 764。

⁵²⁶ 见第 43 条和第 45 条及其评注。

⁵²⁷ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 915(1929)，at p. 918。在“希腊电话公司”案中，仲裁庭在下令恢复原状时指出，“出于重大的国家原因”，责任国也可提供补偿。见 J. G. Welter & S.M. Schwebel, “Some little known cases on concessions”, 《英国国际法年鉴》，第 40 卷(1964)，p. 216, at p. 221。

⁵²⁸ “*Government of Kuwait v. American Independent Oil Company*”, (1982) 《国际法报告书》，第 66 卷，p. 529, at p. 533。

上逮捕的个人，⁵²⁹ 原样归还船舶⁵³⁰ 或其它类财产⁵³¹，其中包括文件、艺术品、股票等⁵³²。有时使用的“法律上恢复原状”术语指的是需要或涉及更改责任国法律制度中或与受害国法律关系上的法律状况。这类例子有：撤回、取消或修订违背国际法规则的宪法或立法规定，⁵³³ 取消或重审就外国人的人身或财产非法采取的行政措施或法律措施，⁵³⁴ 或(在国际法允许的情况下)要求采取措施终止条约。⁵³⁵ 在有些案例中，可能既涉及恢复物质原状，又涉及法律上恢复原状。⁵³⁶ 在其他一些情

⁵²⁹ 实质上归还人员的例子有，归还“Trent号”(1861年)和“Florida号”(1864年)事件中在船上被捕的个人：Moore, Digest, vol. VII, pp. 768, 1090-1091)，在使领馆工作人员案中，国际法院命令伊朗立即释放遭扣押的每一位美国国民：“驻德黑兰外交和领事人员”案，《1980年国际法院报告书》，p. 3, at pp. 44-45。

⁵³⁰ 例如在“Giaffarieh号”事件(1886年)中，一艘埃及军舰在红海上扣押了在意大利注册的来自 Massawa 的 4 艘商船：Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Consiglio Nazionale delle Ricerche,《意大利国际法实践》，第 1 辑(Dobbs Ferry, Oceana, 1970)，第二卷，pp. 901-902。

⁵³¹ 例如见“柏威夏庙宇”案，“案情”，《1962年国际法院报告书》，p. 6, at pp. 36-37，国际法院在此案中作出了对柬埔寨有利的裁决，其中包括归还泰国当局从该地区和该庙宇中拿走的某些物品。另见“Hôtel Métropole”案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十三卷，p. 219 (1950)，Ottoz 案，同上，第十三卷，p. 240 (1950)，Hénon 案，同上，第十三卷，p. 249 (1951)。

⁵³² 在“Buzau-Nehoiasi 铁路”案中，仲裁庭要求向一家德国公司归还一家罗马尼亚铁路公司的股票：《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1839 (1939)。

⁵³³ 关于法律本身违背国际义务的例证，见第 12 条评注第(12)段。

⁵³⁴ 例如 Martini 案，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，p. 973 (1930)。

⁵³⁵ 在《Bryan-Chamorro 条约》案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)中，中美洲法院作出判决，认定“就本案所涉事项而言，尼加拉瓜政府有义务根据国际法采取可能的措施，恢复并维持在《Bryan-Chamorro 条约》之前这两个当事国之间存在的法律状况……”《美国国际法学报》，第 11 卷(1917)，p. 674, at pp. 683, 696。

⁵³⁶ 例如常设法院认定，捷克斯洛伐克“有义务向匈牙利布达佩斯 Peter Pázmány 皇家大学归还其索要的不动产，不得采取任何转移、强制管理或扣押措施，且须将这些不动产恢复到实行这些措施之前的状态”：“Appeal from a judgement of the Hungaro-Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal” (The Peter Pázmány University), 1933,《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 61 号，p. 208, at p. 249。

况下，国际法院或法庭也可通过确定对当事方具有约束力的法律立场，下令责任国以另一形式恢复原状。⁵³⁷ 因此，第 35 条中“恢复原状”用语是广义的，涵盖了责任国为将其国际不法行为导致的状况恢复到原来状态须采取的任何行动。

(6) 为了恢复原状而可能需要采取的做法往往取决于遭违背的主要义务的内容。如果所违背的义务具有持续性，尤其是此项义务源于一般国际法的强制规则，作为首要赔偿形式的恢复原状措施特别重要。例如，在非法吞并一国的情况下，撤回占领国的军队和废除任何吞并法令可被视为停止措施，而不是恢复原状。⁵³⁸ 但无论是停止还是恢复原状，都需采取附加措施，归还在侵略过程中扣押的人员或财产。

(7) 恢复原状的义务并非毫无限制。尤其是，根据第 35 条的规定，“在并且只在”并非实际上做不到或并非完全不成比例的情况下才需恢复原状。“在并且只在”等字明确表明，恢复原状是有条件的，即责任国有义务在并非实际上做不到或不成比例的情况下采取恢复原状措施。

(8) 根据第 35 条(a)项，如果恢复原状“实际上做不到”，则无须恢复原状。例如应归还的财产已永久灭失，或已被损坏到毫无价值的地步，则不需恢复原状。另一方面，不能仅以法律困难或实际困难为由称无法恢复原状，责任国可能必须为克服这些困难做出特别的努力。根据第 32 条的规定，不法行为国不得援引其国内法规定为无法提供充分赔偿开脱，另外，也不能纯以政治或行政障碍为由称无法恢复原状。

(9) 实际上做不到恢复原状并不限于所涉物品已灭失的情况，它可以涵盖更复杂的情况。在“罗多皮中部森林”案中，原告只对森林的一部分拥有产权，而其他人并未提起诉讼。由于森林的状况已与非法抢占时不一样，因此，需要进行详细的调查才能确定其状况。另外，自抢占后，第三方获得了对森林的产权。由于这些原

⁵³⁷ 在“东格陵兰法律地位”案中，常设法院认定，“挪威政府于 1931 年 7 月 10 日发表的占领声明以及该国政府在此方面采取的任何步骤违背了现行法律状况，因此是非法和无效的”：1933，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 53 号，p. 22, at p. 75。在“Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex”案中，常设法院认定，法国“必须根据有关条约和文书的规定拆除海关……只要当事国未商定更改，这一制度就应继续有效”：1932，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 46 号，p. 96, at p. 172。另见 F.A. Mann, “The consequences of an international wrong in international and municipal law”, 《英国国际法年鉴》，第 48 卷(1976-77), p. 1 at pp. 5-8。

⁵³⁸ 见上文第 30 条评注第(8)段。

因，法院未要求恢复原状。⁵³⁹ 从此案来看，需要广义理解无法恢复原状概念。此案涉及根据责任国的法律体制解决财产权问题。⁵⁴⁰ 但如果直接涉及国际权利和义务，立场可能就不一样了。在这方面，恢复原状发挥着特别重要的作用。

(10) 在某些情况下，在考虑是否可以恢复物质原状时可能还须考虑第三方的立场。“罗多皮中部森林”案正是如此。⁵⁴¹ 至于第三方的立场是否会与恢复原状相排斥，这取决于具体情况，包括第三方在成交时或获得所争议的权利时是否真诚行事，并且是否注意到了关于恢复原状的诉求。

(11) 第 35 条(b)项规定的第二种例外涉及从恢复原状中得到的利益与对责任国的负担完全不相称的情况。具体而言，如果“从促使恢复原状而不要求补偿所得到的利益……与所引起的负担完全不成比例”，即不得要求恢复原状。这只适用于恢复原状对责任国造成的负担与受害国或不法行为的任何受害者将得到的利益严重不称的情况，这是出于公正性和合理性考虑。⁵⁴² 不管怎么样，如果在权衡恢复原状与补偿时对补偿并无明显偏好，则须侧重受害国的立场。在任何案件中，如果不恢复原状将有损受害国的政治独立或经济稳定，将毫无例外地偏重受害国的立场。

第 36 条

补 偿

1. 一国际不法行为的责任国有义务补偿该行为造成的任何损害，如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿；

⁵³⁹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1405 (1933)，at p. 1432.

⁵⁴⁰ 关于国家合约仲裁的恢复原状问题，见“Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic”，(1977)《国际法报告书》，第 53 卷，p. 389，at pp. 507-8，第 109 段；“BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic”，(1974)《国际法报告书》，第 53 卷，p. 297，at p. 354；“Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic”，(1977)《国际法报告书》，第 62 卷，p. 140，at p. 200.

⁵⁴¹ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第三卷，p. 1405 (1933)，at p. 1432.

⁵⁴² 例如见，J.H.W. Verzijl, 《International Law in Historical Perspective》(Leyden, Sijthoff, 1973)，part VI, p. 744，以及 Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht 的立场，《1969 年……年鉴》，第二卷，p. 155.

2. 这种补偿应弥补经济上可评估的任何损害，包括可确定的利润损失。

评 注

(1) 根据第 36 条的规定，在国际不法行为造成的损害如果没有以恢复原状的方式得到赔偿，即需赔偿这种损失。第 31 条第 2 款确定的“损害”概念既包括物质损害，也包括精神损害。⁵⁴³ 第 36 条第 2 款进一步诠释了这一定义，规定补偿应该弥补在所涉案件中资金上可以评估的、包括利润损失在内的任何损害。使用“经济上可评估的”这一限定语的用意是排除有时被称作对一国“精神损害”的补偿。这种精神损害，例如与财产或人员实际损失无关的侵权行为造成的冒犯或损害，属于第 37 条抵偿专题的范围。

(2) 在各种形式的赔偿中，补偿也许是国际实践中人们最普遍寻求的赔偿方式。在“加布奇科沃—大主罗斯项目”案中，法院宣称：“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，这是国际法的一项既定规则”。⁵⁴⁴ 根据既定规则，在国家责任诉求方面具有管辖权的国际法院或法庭，按照此项管辖权，有权就所受损害给予补偿。⁵⁴⁵

(3) 第 36 条第 1 款最后的短语阐明了补偿与恢复原状这种赔偿形式之间的关系（“如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿”）。尽管恢复原状就法律原则来讲是占第一位的，但往往没有或不足。这种方式可能会部分或全部被排除，理由可能是第 35 条所提到的意外情况，或者是因为受害国倾向于以补偿方式得到赔偿或其他原因。即使恢复原状可能，仍有可能保证不了全部赔偿。补偿的作用是填补任

⁵⁴³ 见第 31 条评注第(5)、(6)、(8)段。

⁵⁴⁴ “加布奇科沃—大主罗斯项目”案，(匈牙利/斯洛伐克)，《1997 年国际法院报告书》，p. 7, at p. 81, 第 152 段。另见常设国际法院就“霍茹夫工厂”案作出的声明，常设法院宣称，“弥补所受冤屈可能包括赔偿，这是国际法的一项原则”：“霍茹夫工厂”案，“案情”，1928，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，p. 47。

⁵⁴⁵ “霍茹夫工厂”案，“管辖权”1927，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 9 号，p. 21；“渔业管辖权”案，(德意志联邦共和国诉冰岛)，“案情”，《1974 年国际法院报告书》，at pp. 203-205, 第 71-76 段；“尼加拉瓜境内针对尼加拉瓜的军事活动和准军事活动”案(尼加拉瓜诉美国)“案情”，《1986 年国际法院报告书》，p. 14, at p. 142。

何差距，以便确保全部赔偿所受损失。⁵⁴⁶ 如“Lusitania”一案的仲裁人所说：

“‘损害’的基本概念是……赔偿所受损失，即对不法行为给予经过法律上核实的补偿。补救应与损失相称，以使受害方全部获赔。”⁵⁴⁷

同样，常设法院就补偿作用阐述如下：

“实际恢复原状，或在不可能实际恢复原状时支付与恢复原状相等价的钱款；必要时，对于实际恢复原状或取而代之的付款抵消不了的所受损失给予损害赔偿，这些是有助于确定为有违国际法的行为应付多大数额补偿的原则。”⁵⁴⁸

大量的案例法、国家实践及法学家的著作均证实有权补偿这类损失。

(4) 与抵偿相比，补偿的功能是补救国际不法行为造成的实际损失。换言之，第36条的作用如其标题所示，纯属补偿性质。补偿行为针对的是受害国或其国民遭受的经济上可评估的损害。补偿的目的不是要惩罚责任国，补偿也不具有示范性或警戒性。⁵⁴⁹ 因而，补偿一般包括支付一笔款项(尽管有时可能经商定采取其他价值

⁵⁴⁶ “霍茹夫工厂”案，“案情”，1928，《常设国际法院案例汇编》，A辑，第17号，pp. 47-48。

⁵⁴⁷ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第七卷，p.32 (1923)，at p. 39(着重号为原文中的着重号)。

⁵⁴⁸ “霍茹夫工厂”案，“案情”，1928，《常设国际法院案例汇编》，A辑，第17号，p.47，另外，国际海洋法法庭引述并应用了这一观点，The M/V “Saiga”(No.2)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，1999年7月1日的判决，第170段。另见Papamichalopoulos v.Greece(Art.50)，E.C.H.R.，Series A，No.330-B(1995)，at para. 36(European Court of Human Rights)；Velásquez Rodriguez，Inter-Am.Ct.H.R.，Series C，No.4(1989)，at pp.26-27,30-31(Inter-American Court of Human Rights)；Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v.TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran and Others，(1984)6 Iran-U.S.C.T.R.219,at p.225。

⁵⁴⁹ 在Velásquez Rodriguez(补偿)案中，美洲人权法院认为，国际法不承认惩罚性或警戒性损害赔偿的概念：《美洲人权法院案例汇编》，C辑，第7号(1989)，p.52。另见Re Letelier and Moffit案，(1992)《国际法报告书》，第88卷，p.727，涉及智利特务在华盛顿暗杀一名前智利部长；和解办法排除了任何惩罚性损害赔偿，尽管按美国法律是可以给予这种赔偿的。关于惩罚性赔偿，另见N. Jorgensen，“A. Reappraisal of Punitive Damages in International Law”，《英国国际法年鉴》，第68卷(1997)，P. 247；S. Wittich，“Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages in the Law of State Responsibility”，《奥地利国际法和欧洲法评论》，第3卷(1998)，p. 31。

形式)。的确，第 37 条所述抵偿可能需要采取付款形式，但这种付款有着不同于补偿的功能。钱款补偿的用意是在可能的范围内弥补受害国因不法行为遭受的损害。抵偿涉及的是对国家非物质性的伤害，而这种伤害的货币价值只能以十分模糊和抽象的方式加以估计。⁵⁵⁰

(5) 与第二部分的其他规定相一致，第 36 条表现为责任国有义务为实行国际不法行为的后果提供赔偿。⁵⁵¹ “在资金上可以评估的任何损害”这一短语界定了这项义务的范围，即可从经济角度加以估价的任何损害。在资金上可以评估的损害既包括国家本身(其财产或人员受到损害或为补救或减轻国际不法行为造成的损害而支出的开支)遭受的损害，也包括本国自然人或公司遭受的损害，国家是以其名义在外交保护的框架内提出索赔的。

(6) 除国际法院外，处理补偿问题的国际法庭还有国际海洋法法庭⁵⁵²、伊朗—美国索赔法庭⁵⁵³、各人权法院和其它机构⁵⁵⁴、依 1965 年《华盛顿公约》设立的解决投资争端国际中心法庭⁵⁵⁵ 等。也有通过协议、通常在不加损害的基础上按协议

⁵⁵⁰ 见第 37 条评注第(3)段。

⁵⁵¹ 关于国际不法行为与损害之间充足因果关联的要求，见第 31 条评注第(11)-(13)段。

⁵⁵² 例如见 *The M/V “Saiga” (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 1 July 1999, paras 170-177.

⁵⁵³ 伊朗—美国索赔法庭积累了大量的评估损失和确定没收财产价值问题的判例法。关于该法庭估价和赔偿的判例法详见 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*, (The Hague, Nijhoff, 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*, (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), pp.185-266; D. P. Stewart, “Compensation and Valuation Issues”, *ibid.*, pp.325-385.

⁵⁵⁴ 关于这类机构如何做出赔偿裁决的情况，见 D.Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, (Oxford, Oxford University Press, 1999), pp.214-279.

⁵⁵⁵ 解决投资争端国际中心法庭有权对缔约国及其国民之间的投资纠纷案件裁决赔偿损失或采取其它补救办法。有些索赔须直接诉诸国际法，见亚洲农业产品公司诉斯里兰卡共和国 (1990 年) 4, 解决投资争端国际中心报告，第 245 页。

条件支付大量赔款来解决赔偿要求的情况。⁵⁵⁶ 这些机构确定的补偿评估规则和原则可被视为体现了第 36 条所述的一般原则。

(7) 关于可补偿损失的适当类别和定量时采用的评估原则，由于某些主要义务的内容，对当事方各自行为的评价，而且更由于对达成公平和可接受结果的关切，认识不尽相同。⁵⁵⁷ 以下列举的例子说明了可赔偿的损失类别和可利用的定量方法。

(8) 对国家本身的损害可能产生于击落其飞行器或击沉其船舶、对其外交驻地和外交人员的袭击、对其他公共财产所造成的损失、对污染损害作出反应所涉的费用，或诸如由于某一不法行为造成必须向受伤官员支付养恤金和医疗费用而产生的附带损失等。这样的清单不可能是全面的，国家所遭受的应予补偿的损害的类别不止此处列举的类别。

(9) 在“科尔孚海峡”案中，联合王国曾就三项损失寻求补偿：一是更换已遭彻底毁坏的“索玛雷斯号”驱逐舰，二是补偿“沃拉奇号”驱逐舰所遭受的损失，三是补偿因海军人员伤亡而造成的损失。法院将评估工作委托给专家调查。关于“索玛雷斯号”驱逐舰的问题，法院断定：“赔偿的真正尺度”是“赔偿[驱逐舰]在其毁坏时的价格”，并认为联合王国政府所提出的赔偿金额(700,087 英镑)是合理的。关于“沃拉奇号”驱逐舰的赔偿，专家们达成了一个比联合王国的索赔金额 93,812 英镑略低的数字，“其理由是估价上必然约略的性质，特别是在补给品和设备方面”。除了判决作为赔偿两艘驱逐舰的金额之外，法院还支持联合王国 50,048 英镑的索赔，

⁵⁵⁶ 见“瑙鲁某些磷酸盐土地案”，国际法院报告书，1992 年，第 240 页，法院关于解决后的中止令，国际法院报告书，1993 年，第 322 页；“大贝尔特海峡通行案”（芬兰诉丹麦），国际法院报告书，1992 年，第 348 页（解决后的中止令）；1988 年 7 月 3 日航空事件案（伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国），国际法院报告书，1996 年，第 9 页（解决后的中止令）。

⁵⁵⁷ 参看 G.H.Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p.242, See also B.Graefrath, “Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages”, *Recueil des cours*, vol.185(1984-II), p.95 at p.101; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l’acte illicite en droit international* (Paris, Sirey, 1938); C.D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), pp.33-34; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*(Paris, 1939); M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell’illecito internazionale*(Giuffré, Milan, 1990).

作为“它对受害者或其家属支付的养恤金费用和其他补助金，以及管理、医疗等费用。”⁵⁵⁸

(10) 圣文森特和格林纳丁斯在对一艘在圣文森特和格林纳丁斯注册的船舶“赛加号”及其船员的错误拘留和扣押之后向几内亚提出索赔。国际海洋法法庭的判决补偿总额为 2,123,357 美元外加利息。所补偿的损害包括：该船舶所遭受的损害，其中包括修理费用、就该轮的租用方面所遭受的损失、与该轮被扣押有关的费用，以及拘押该轮船长、船员以及在船上的其他人员所造成的损害。圣文森特和格林纳丁斯曾经就因拘留和扣押“赛加号”而引起的对该国在悬挂其国旗的船舶方面的权利的侵犯提出索赔，但是法庭认为，它宣称几内亚在当时的情况下扣押该轮并使用过分的武力是不法行为，这种宣称已经构成了充分的补偿。⁵⁵⁹ 关于由于非法扣押该轮而导致的注册收入损失的索赔以及官员们因处理拘留和拘押该轮及其船员一事所损失的时间而导致的费用的索赔也没有成功。就前一索赔而言，法庭认为圣文森特和格林纳丁斯没有提出支持证据。就后一索赔而言，法庭认为这类费用是不能获得赔偿的，因为这是在行使一个船旗国的正常职责过程中所涉及的费用。⁵⁶⁰

(11) 在若干案件中，赔款的支付是在引起船舶损害或沉没，或在有些情况下是在引起船员死亡或伤害的对船舶的不法袭击事件之后由受害国和加害国直接谈判的。⁵⁶¹ 在发生对某国的飞行器造成损害时也有就类似的赔款支付进行谈判的事例，

⁵⁵⁸ Corfu Channel case (Assessment of Compensation), I.C.J. Reports 1949 p. 244, at p. 249.

⁵⁵⁹ The M/V “Saiga” (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 1 July 1999, para. 176.

⁵⁶⁰ 同上，第 177 段。

⁵⁶¹ 参见就古巴飞机在公海上炸沉一艘巴哈马船舶造成船员死亡的事件古巴对巴哈马的赔款(国际公法总览，第 85 卷(1981)，第 540 页)、就 1967 年对美国船舶“自由号”的袭击造成船员伤亡的事件以色列的赔款(出处同上，第 562 页)，以及就 1987 年 5 月伊拉克飞机严重损坏美国船舶“Stark 号”中发生的 37 人死亡事件伊拉克支付 27,000,000 美元完全最终解决一切索赔案(A. J. I. L., 第 83 卷(1989 年)，第 561 页)。

例如在就摧毁一架伊朗飞机并使机上的 290 名乘客丧命的事件产生的争端以后伊朗和美国所达成的“完全最终解决办法。”⁵⁶²

(12) 各国还经常在对外交驻地的袭击之后就使馆本身的损坏⁵⁶³ 或其人员的受伤⁵⁶⁴ 谈判关于支付赔偿的协议。对其他公共财产例如道路和基础设施造成的损害也一向是索赔的主题。⁵⁶⁵ 在许多案件中, 所作出的赔偿是自愿恩惠, 不损及利益, 且并不承认有任何责任。⁵⁶⁶

(13) 国家可以就国家本身遭受的损害索赔的另一种情况是为了对污染损害作出反应而支出了费用。1978 年 1 月, 苏联“宇宙-954 号”人造卫星在加拿大领土坠毁以后, 加拿大曾经提出这类索赔。加拿大关于因确定放射性碎片的位置与找回、清除和测试这些碎片以及清洗受影响地区所涉费用的索赔是“共同和分别地根据(a) 各有关国际协议……以及(b) 国际法的一般原则。”⁵⁶⁷ 加拿大在计算其索赔金额时, 声称它是应用“由国际法的一般原则所确定的有关准则, 根据该准则应该付给公平的赔偿, 其方法是在其索赔中只包括由于卫星的闯入和碎片的积淀而直接引起的合

⁵⁶² 1988 年 7 月 3 日的空中事件(伊朗伊斯兰共和国诉美国), 1996 年国际法院报告书, 第 9 页(关于解决之后撤诉的命令)。关于解决协议本身, 参见伊朗和美国 1996 年 2 月 9 日就解决某些国际法院和法庭案件的总协议, 1996 年 2 月 22 日, 由伊朗—美国索赔法庭下令作出了议定裁决: (1996)32 Iran-U.S.C.T.R.207, at P.213。

⁵⁶³ 例如参见 1966 年 12 月 1 日联合王国和印度尼西亚就后者因在暴民的暴力行为中对英国大使馆造成的损害支付赔款所达成的协议(联合王国条约系列, 第 34 号(1967 年), 以及巴基斯坦就 1979 年抢掠美国驻伊斯兰堡大使馆事件对美国作出的赔款: 国际公法总览, 第 85 卷(1981), 第 880 页。

⁵⁶⁴ 例如见 Claim of Consul Henry R. Myers (United States v. San Salvador), [1890] U.S. For. Rels. pp. 64-65; [1892] U.S. For. Rels. pp. 24-43, 44, 49-51; [1893] U.S. For. Rels. pp. 174-179, 181-182, 184); Whiteman, Damages, vol. I, pp. 80-81。

⁵⁶⁵ 例如见 Whiteman, Damages, vol. I, p. 81。

⁵⁶⁶ 例如根据美国与中国达成的协议, 美国同意向 1999 年 5 月 7 日中国驻贝尔格莱德使馆被炸事件中伤亡人员的家庭赔付 450 万美元, A.J.I.L., vol.94(2000), p.127。

⁵⁶⁷ 加拿大, 就苏联宇宙 954 号造成的损害对苏联的索赔, 1979 年 1 月 23 日, I.R.M. 第 18 卷(1979 年), 第 899 段, 第 905 页。

理费用，该费用可以以合理的确实程度进行计算”。⁵⁶⁸ 该索赔案最终于 1981 年 4 月份解决，当时双方同意由苏方支付 300 万加元的惠给金(约为索赔金额的 50%)。⁵⁶⁹

(14) 联合国赔偿委员会审理了与污染费用相关的索赔案，评估了伊拉克根据国际法“对其非法入侵和占领科威特造成的任何直接损失和损害——包括环境损害和自然资源损耗……”所负的责任。⁵⁷⁰ 赔偿委员会理事会第 7 号决定阐明了“环境损害和自然资源损耗”所涉的各种损失。⁵⁷¹

(15) 在发生某一件引起或威胁引起环境损害的国际不法行为之后给予或同意给予赔偿的情况中，赔款一向是用于向受害国偿付污染预防或补救工作所涉的费用，或用于向因污染损害而降低价值财产提供补偿。⁵⁷² 但是，环境损害往往大大超过可以容易地从清洗费用或财产贬值的角度予以定量的程度。从原则上说，对于这类环境价值的损害(生物多样性、环境的舒适性等——有时称为“非使用价值”)，其真实和应该予以赔偿的程度不亚于对财产的损害，不过可能很难定量。

(16) 在外交保护领域，尤其在个人伤害和有形财产遭占取或损害方面，已有大量关于适当补偿标准和估价方法的参考文献。按照明确的规则，国家可要求补偿其官员或国民在该国本身于同一事件中遭受的任何直接伤害之外所受的个人伤害。应予补偿的个人伤害既包括相关的物质损失，如收入和收入能力的损失和医疗费等，也包括个人遭受的非物质损害。在某些国家的法律制度中，有人有时将非物质损害称为“精神损害”。非物质损害一般包括丧失亲人、疼痛和痛苦以及因个人、家庭或私生活遭侵扰所蒙受的感情伤害。如 Lusitania 一案所示，与受害国遭受的物质伤害

⁵⁶⁸ 出处同上，第 906 页。

⁵⁶⁹ 加拿大与苏联之间的议定书，1981 年 4 月 2 日，I. L. M.，第 20 卷(1981 年)，第 689 页。

⁵⁷⁰ 安理会第 687(1991)号决议，第 16 段。

⁵⁷¹ 1992 年 3 月 17 日第 7 号决定，适用另外类别赔偿要求的标准，S/AC.26/1991/7/Rev.1。

⁵⁷² 见 Trail 冶炼厂仲裁案，UNRIAA，第三卷第 1907 页(1938 年，1941 年)所载的仲裁庭的决定，该决定规定就国境另一边加拿大的一家冶炼厂排放的二氧化硫对土地和财产造成的损害向美国提供赔偿。赔偿金额是根据受影响的土地的贬值而估定的。

一样，非物质损害也是可予经济估价的，并且是可以要求补偿的。⁵⁷³ 首席仲裁员认为，根据国际法规定，应补偿精神痛苦、感情伤害、羞辱、耻辱、人格受损、社会地位丧失或信誉和名誉受损等情况，条件是这类伤害“必须是确实的。难以按金钱衡量或估价并不有损其真实性，因此没有什么道理不补偿受害人……”⁵⁷⁴

(17) 各国际法院和法庭多次估算了个人伤害的补偿额。例如，在 M. V. Saiga 一案⁵⁷⁵ 中，法庭裁定圣文森特和格林纳丁斯有权获得补偿，其中包括补偿船员遭受的伤害、非法逮捕、拘留以及其他形式虐待造成的损害。

(18) 从历史上来看，对一国国民或官员个人伤害的补偿，主要由处理对外国人伤害的国家责任的混合索赔委员会提出。索赔委员会曾裁定对非正常死亡和剥夺自由行为造成的个人伤害给予补偿。在非正常死亡索赔案中，受损额一般按未亡继承人的损失估算，即按仲裁长 Parker 在“Lusitania”一案所用的著名公式估算：

“(a) 假如死者未遇害可能为索赔人提供的资金额，加上(b) 死者在照顾、教育或监护索赔人方面的个人服务对索赔人的经济价值，再加上(c) 合理补偿索赔人因这类死亡可能实际遭受的突然丧亲的精神痛苦或冲击。将这些估算额的总和换算成目前的现金额通常就等于索赔人的损失额。”⁵⁷⁶

在剥夺自由情况下，仲裁员有时按拘留期计算给予每天固定数额的补偿。⁵⁷⁷ 如果在遭不法逮捕和监禁后拘押条约过于严酷，结果造成特别严惩的身、心伤害，则往往增加补偿额。⁵⁷⁸

(19) 人权机构，尤其是欧洲人权法院和美洲人权法院，也处理个人伤害的赔

⁵⁷³ UNRIAA, vol. VII. p. 32(1923)。国际法庭经常对遭受精神伤害的个人予以经济补偿。这方面的例子见 Chevreau (*France v. United Kingdom*), 同上, vol. II. p. 1113 (1923); A. J. I. L., vol. 27, 1933. p. 153; Gage, UNRIAA, vol. X., p. 226 (1903); Di Caro, 同上, vol. X, p. 597 (1903); Heirs of Jean Maninat, 同上, vol. X, p.55 (1903)。

⁵⁷⁴ UNRIAA, vol VII, p. 32(1923), at p.40.

⁵⁷⁵ *The M/V. "Saiga"(No.2)*, (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*), International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 1 July 1999.

⁵⁷⁶ UNRIAA, vol. VII, p. 32 (1923), at p. 35.

⁵⁷⁷ E.g. *Topaze*, 同上, vol. IX, p. 387 (1903), at p. 389; *Faulkner*, 同上, vol. IV, p. 67 (1926), at p. 71.

⁵⁷⁸ E.g. *William McNeil*, 同上, vol. V, p. 164 (1931), at p. 168.

偿问题。所裁定的补偿额涵盖物质损失(收入损失、养老金损失、医药费等)和非物质损害(疼痛和痛苦、精神焦虑、羞辱、丧失生活乐趣以及丧失同伴或配偶)。非物质损害通常是按公平估算办法予以量化。迄今为止,这些机构给予或建议给予的补偿或损害赔偿数额很小。⁵⁷⁹ 但有关人权机构的补偿决定是参照一般国际法规定的赔偿原则作出的。⁵⁸⁰

(20) 除了大量的涉及多重索赔的一次总付补偿协议外,⁵⁸¹ 许多特设和常设法庭及委员会也曾裁定对国际不法行为引起的国民财产索赔进行补偿,所报告的案件跨越时间长达两个世纪。由于裁决机构各不相同,作出的裁决自然差异很大,⁵⁸² 但它们为确定这一损害项下的补偿提供了有用的指导原则。

⁵⁷⁹ 见 the review by D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), chs. 8, 9; A. Randelzhofer & C. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, (The Hague, Nijhoff, 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.

⁵⁸⁰ 见 the decision of the Inter-American Court in the *Velásquez Rodríguez*, Inter-Am.Ct.H.R., Series C, No. 4 (1989) at pp. 26-27, 30-1. Cf. also *Papamichalopoulos v. Greece* (Article 50), E.C.H.R., Series A, No. 330-B (1995), at para. 36.

⁵⁸¹ 见 R. B. Lillich & B. H. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975); B. H. Weston, R.B. Lillich and D.J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Ardsey, N.Y., Transnational Publishers, 1999).

⁵⁸² 关于没收案,尤其是关于在常设国际法院于 *Chorzów, Merits 工厂案*(1928, P.C.I.J. Series A, No. 17 p. 47)中对国家合法没收财产与非法占取加以明确区分情况下所适用的补偿标准问题,一直存有争议。在若干案件中,法庭根据这一区别作出裁决,补偿了非法占取案中的利润损失(见 the observations of the arbitrator in *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of Libya*, (1982) I.L.R., vol. 62, p. 141, at pp. 202-203; and also the *Aminoil arbitration: Government of Kuwait v. American Independent Oil Company*, (1982) I.L.R., vol. 66, p. 529, at p. 600, para. 138; and *Amoco International Finance Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1987) 15 Iran-U.S.C.T.R. 189, at p. 246, para. 192)。但并非在所有案件中均按占取行为的合法性或非法性确定适用的补偿原则见 the decision of the Iran-United States Tribunal in *Phillips Petroleum Co. Iran v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1989) 21 Iran-U.S.C.T.R. 79, at p. 122, para. 110。另见 *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, (1987) 16 Iran-U.S.C.T.R. 79, 其中法庭对占取的合法性不做区别,其裁定包括了利润损失赔偿。

(21) 估算损失参照的是财产权被侵犯的索赔人所遭受的损失。这一损失通常按具体损失项目算出：(1) 资本价值补偿额；(2) 利润损失补偿额；以及 (3) 杂费。

(22) 通过国际不法行为没收或毁损的财产，反映其资本价值的补偿通常按受损财产的“公平市场价值”进行评估。⁵⁸³ 然而，评估“公平市场价值”的方法取决于有关资产的性质。当有关财产或可比财产可在公开市场上自由交易时，其价值较容易确定。此时，除了长期未解决的索赔的举证困难外，选择和采用基于市场数据和资产实际性质的估价方法没有什么争议。⁵⁸⁴ 与之相反，当有关财产独特或不寻常如艺术品和其他文化财产⁵⁸⁵ 或不属于频繁或经常性市场交易的对象时，确定价值比较困难。例如，某些属于营业中性质的企业，特别是其股票并非经常交易的企业便是这样。⁵⁸⁶

(23) 1945 年以来各种临时性法庭的决定大多涉及对国有化商业实体的索赔。这些情况下较为可取的方法是审查企业的资料，酌情折让商业信誉和利润率。这一方法的优点在于在尽可能对企业的有形资产的价值作出客观估价的基础上提出赔

⁵⁸³ 见美国国际集团公司诉伊朗伊斯兰共和国案，其中说，根据一般国际法，“应根据股票的公平市场价值进行估价”：(1983) 4 Iran-U.S.C.T.R. 96, at p.106。在 Starret 房产公司诉伊朗伊斯兰共和国案中，法庭接受了专家关于公平市场价值的意见，即“公平市场价值是愿意购买的买主向愿意出售的卖主支付的价格，双方都了解情况，都希望获得最大利益，均不受任何胁迫和威胁”：(1987) 16 Iran-U.S.C.T.R. 112, at p.201。另见《世界银行关于外国直接投资待遇的准则》，其中第 4 部分第 3 段说，赔偿“如果基于被占取财产的公平市场价值，应认为是适当的，因为这一价值是占取或占取的决定公布前夕确定的。”：世界银行，《外国投资待遇的法律框架》，2 vols., (Washington, I.B.R.D., 1992), vol. II, p. 41。同样，根据《能源宪章条约》第 13 条第 1 款(I.L.M., vol. 33 (1994), p. 360)，没收的赔偿“应相当于没收前夕被没收投资的公平市场价值……。”

⁵⁸⁴ 尤其是在一次性总付清算案中，索赔历经数十年后才达成协议。见例如，1986 年 7 月 15 日苏联——联合王国关于追溯到 1917 年的索赔协议和中国——联合王国 1987 年 6 月 5 日关于 1949 年产生的索赔问题协议，在这类案件中，估价方法的选用有时取决于是否存在证据。

⁵⁸⁵ 见《专员小组就第一批 100,000 美元以上损失的 personal 索赔提出的报告和建议》，1998 年 3 月 12 日，S/AC.26/1998/3, 第 48-49 段，其中联合国赔偿委员会审议了伊拉克军事人员夺取索赔人艺术收藏的索赔。

⁵⁸⁶ 凡股票价格可提供有利的价值证据时，即可采用股票价格，例如在 INA 公司诉伊朗伊斯兰共和国案中就这样作了，(1985) 8 Iran-U.S. C.T.R. 373。

偿。商业信誉和其他利润指标，除非由最近的销售或可接受的公平开价的资料得以证实，否则可能不确定。然而，对于那些整体大于各部分相加盈利企业来说，如不对这类因素给以应有的注意，补偿就不够全面。⁵⁸⁷

(24) 对资本损失的另一种估价方法是确定帐面净价，即企业总资产与帐面的总负债之间的差额。其优点在于这些数据可参考市场成本加以确定，它们通常取自同期记录，它们所依据的数据是索赔人为其他用途提供的，而非用于索赔的证明。因此，帐面净价(或这种方法的某些变体)通常被用来评估企业的价值。这一方法的局限性是：依赖历史数字；使用的某些会计规则往往低估资产价值，特别是通货膨胀期间的资产价值；编制数据的目的并未考虑赔偿用途和任何赔偿规则。资产负债表中可能载有商业信誉项目，但这类数字的可靠性取决于与实际销售时间是否接近。

(25) 凡遇有不属于营业中的企业时，⁵⁸⁸ 通常使用“财产清理”、“清算”或“解散”价值。在采用这一估价方法时，对于超出或高于个人财产市场价值的部分没有规定。已研究出了一些方法，在无实际交易情况下推定一种假设价值，代表有意愿的买方和卖方可能协议的价值。⁵⁸⁹

(26) 1945 年以后，制定了将风险和概率的不同因素考虑进去的估价方法。⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ 早期索赔承认，即便夺取财产合法，对于经营中的商业实体的赔偿应当大于该商业实体财产内容的价值。比如，美国——墨西哥索赔委员会在驳回一起合法占用利润损失索赔案中称，对财产内容的偿付将会“因构成有经营价值的内容的存在而增加”：Wells Fargo & Company 诉墨西哥(第 22-B 号决定)，美国——墨西哥索赔委员会(1926)，第 153 页。又见联合国赔偿委员会理事会第 9 号决定，S/AC.26/1992/9，第 16 段。

⁵⁸⁸ 关于非经营中的企业，见 Phelps Dodge 公司诉伊朗伊斯兰共和国(1986)，10 Iran-U.S.C.T.R. 121，该企业建立时间不长，无法表明它的生存能力。在 Sedco 诉 NIOC 案中，索赔只索取解散价值：(1986)10 Iran-U.S.C.T.R. 180。

⁵⁸⁹ 在 Amoco 国际金融公司诉伊朗伊斯兰共和国一案中，讨论了假设性结果，15 伊——美索赔法庭报告 189 (1987)，第 256-257 页(第 220-223 段)。

⁵⁹⁰ 见联合国赔偿委员会为评估科威特公司索赔而制定的详细方法(《专员小组就第一批“E4”索赔提出的报告和建议》)，1999 年 3 月 19 日，S/AC.26/1999/4，第 32-62 段)，另见代表非科威特公司和其他商业实体提出的索赔，不包括石油部门、建筑/工程和出口担保索赔(《专员小组就第三批“E2”索赔提出的报告和建议》)，1999 年 12 月 9 日，S/AC.26/1999/22)。

现金流量贴现法(DCF)因而受到青睐,尤其是在计算一段有限时间内的收入的情况下,例如耗减资产,尤其如此。虽然是作为一种商业价值评估手段开发的,但也可用于为赔偿目的计算价值。⁵⁹¹ 不过,在采用现金流量贴现法确定补偿的资本价值时出现若干困难。该方法分析各种固有的投机性成份,有些对结果具有重要影响(如贴现率、币值波动、通货膨胀数字、商品价格、利率和其他商业风险)。于是,法庭在采用这一方法确定补偿时十分慎重。尽管基于收入的方法原则上已获接受,但基于资产的方法则更为人们所推崇。⁵⁹² 一个令人关切的问题是从一个企业的资本价值与合同所定利润之间关系中产生的双重计算风险。⁵⁹³

(27) 第 36 条第 2 款确认,在某些情况下,利润损失赔偿可能是合适的。一些国际法庭在评估赔偿额时将利润损失赔偿列入在内。例如,“合恩角鸽子”案⁵⁹⁴ 和

⁵⁹¹ 利用现金流动贴现方法评估资本价值,在以下案例中有详细分析: Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran, (1987) 15 Iran-U.S.C.T.R. 189; Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran, (1987) 16 Iran-U.S. C.T.R. 112; Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran, (1989) 21 Iran-U.S.C.T.R. 79; and Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran, (1994) 30 Iran-U.S.C.T.R. 170.

⁵⁹² 见 Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran, 15 Iran-U.S.C.T.R. 189 (1987); Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran, 16 Iran-U.S.C.T.R. 112 (1987), Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran, 21 Iran-U.S.C.T.R. 79 (1989)。关于利润损失索赔,相应青睐于以过去的业绩而不是以预测来评估索赔。例如,联合国赔偿委员会第 9 号决定中的企业损失估价准则(S/AC.26/1992/9, 第 19 段)称:估价方法应该注重过去业绩而非未来预测。”

⁵⁹³ 见 Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran, (1994) 30 Iran-U.S.C.T.R. 170, para. 159.

⁵⁹⁴ United States of America v. Russia, UNRIAA, vol. IX, p. 63 (1902), (包括对扣押一艘美国捕鲸船利润损失的赔偿)。类似结论,见 Delagoa Bay Railway case (1900), Martens, Nouveau Recueil, 2nd series, vol. XXX, p. 329; Moore, International Arbitrations, vol. II, p. 1865 (1900), the William Lee case, Moore, International Arbitrations, vol. IV, pp. 3405-3407 (1867) and the Yuille Shortridge and Co. case (Great Britain v. Portugal), de Lapradelle & Politis, Recueil des arbitrages internationaux, vol. II, p. 78 (1861). Contrast the decisions in the Canada case (United States of America v. Brazil), Moore, International Arbitrations, vol. II, p. 1733 (1870) and the Lacaze case, de Lapradelle & Politis, Recueil des arbitrages internationaux, vol. II, p. 290.

“Sapphire 国际石油有限公司诉伊朗国家石油公司”案⁵⁹⁵的裁决。利润损失在“Chorzów 工厂”案中起到一定作用，常设法院裁定受害方应该根据赔偿时的损害情况而非没收时的损害情况获赔财产价值。⁵⁹⁶“在利比亚和美国石油公司(LIAMCO)诉利比亚”一案⁵⁹⁷和国际投资争端解决中心的仲裁中，⁵⁹⁸对基于合同的利润损失做出了利润损失补偿裁定。然而，裁定对利润损失的补偿实际上不如裁定对应计损失的补偿那么普遍。法庭不原意对本身带有投机成分的索赔提供补偿。⁵⁹⁹与有形资产相比，利润(以及按收入计算的无形资产)较容易受商业和政治风险的影响，而且越是对将来进行预测越是如此。在已裁决的未来利润损失案中，预期收入已具有足够的属性，可以被认为是受到法律保护且有足够可能受到补偿的一种利益。⁶⁰⁰这通常是通过合同安排或者在某些情况下有可靠的交易历史而实现的。⁶⁰¹

⁵⁹⁵ (1963) I.L.R., vol. 35, p.136, at pp. 187, 189.

⁵⁹⁶ Factory at Chorzów (Merits), 1928, P.C.I.J. Series A, No. 17., pp. 47-48, 53.

⁵⁹⁷ (1977) I.L.R., vol. 62, p. 140.

⁵⁹⁸ 见 Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case, (1990) 1 I. C. S. I. D. Reports 377; AGIP Spa v. Government of the People's Republic of the Congo, (1979) 1 I. C. S. I. D. Reports 306.

⁵⁹⁹ 根据 Shufeldt (美国诉危地马拉)案的仲裁员, UNRIAA, vol. II, p. 1079 (1930), at p. 1099, “lucrum cessans 一定是合同的直接成果, 并非过于遥远, 也不是投机性的。”另见 Amco 亚洲公司和其他人诉印度尼西亚一案((1990)1 I. C. S. I. D. Reports 569, at p. 612, para. 178, 其中说, “非投机性利润”是可以回收的。联合国赔偿委员会也要求索赔人提供“明确和确凿证据说明企业在营业中或预期可以盈利。”(见《专员小组就第一批“E3”索赔提出的报告和建议》, 1998年12月17日, (S/AC.26/1998/13), 第147段)。在评估建筑合同的利润损失索赔时, 专员小组一般要求索赔人的计算考虑固有的风险(出处同上, 第157段, 《专员小组就第四批“E3”索赔提出的报告和建议》, 1999年9月30日(S/AC.26/1999/14), 第126段)。

⁶⁰⁰ 在审议未来利润索赔时, 处理第四批“E3”索赔的联合国赔偿委员会专员小组表示, 这些索赔要取得获赔建议, “必须以足够的书面或其他适当证据证明具有成功经营的历史, 从经营状态中可以认定, 这些合同今后可以盈利的假定有充分的根据。”: 《专员小组就第四批“E3”索赔提出的报告和建议》, 1999年9月30日, (S/AC.26/1999/14), 第140段。

⁶⁰¹ Whiteman 指出, “要想使预期利润得到允许, 它就不能太具投机性、太偶然、太不确定等等。必须有证据表明它是完全有理由被预计到的; 而且预计到的利润非常确定, 而不仅仅是有可能。”见 Whiteman, Damages, vol. III, p. 1837.

(28) 利润损失可以明确区分为三种类型：第一，在使用权暂时丧失但所有权未受干涉期间，产生收入的财产的利润损失；第二，在所有权被剥夺之日至裁决之日，产生收入财产的利润损失；⁶⁰² 第三，在作出裁决之日后预期利润的未来利润损失。⁶⁰³

(29) 第一类涉及因使用权暂时丧失但仍享有产生收入财产所有权期间利润损失的索赔。⁶⁰⁴ 在这些情况下，所有权未受干预，因此在有关期间获赔损失是指索赔者在所有权未遭侵犯时理应得到的收入。

(30) 第二类索赔涉及非法占取产生收入的财产。在这类情况下，对直至裁决之时的利润损失给予赔偿。在“Chorzów 工厂”案中，⁶⁰⁵ 利润损失的形式是再投资的收入，代表着占取到裁定这一期间的利润。在“挪威船主”案中，⁶⁰⁶ 对裁定之日以后时期的利润损失不予赔偿。产生收入财产的资本价值通过补偿机制一旦得到恢复，以补偿形式支付的资金可以再次投资，以重新建立收入来源。尽管此种情况下

⁶⁰² 最经常涉及的是剥夺财产，而不是非法中止合同或优惠。如果裁决为恢复原状，那么对利润损失的裁决就类似于暂时剥夺财产。如果象“Chorzów (Merits)工厂”案 1928,P. C. I. J. Series A, No. 17,p. 47)和“挪威船主”案(挪威诉美国, UNRIAA, vol. I, p. 307 (1922)), 中那样没有裁决为恢复原状, 那么到作为替代恢复原状的补偿得到之时可以裁定利润损失。

⁶⁰³ 正如在“Amco 亚洲”案(Amco 亚洲公司和其他人诉印度尼西亚共和国, 第一次仲裁(1984); 驳回(1986), 再次提交(1990) I I. C. S. I. D. Reports 377)所述, 对未来利润损失的裁决是根据受合同保护的持续性收入而不是根据没收的创收财产确定的。在联合国赔偿委员会就第二批“E2”索赔提出的报告和建议(S/AC.26/1999/6)中, 专员小组在讨论利润减少时认为, 由于生意滑坡造成的损失可以得到补偿, 尽管有形资产并没有受到影响, 而且在相关阶段生意仍然在运作(出处同上, 第 76 段)。

⁶⁰⁴ 许多早期案例涉及船只被扣押。在 Montijo 一案中, 一艘美国船舶在巴拿马被扣押, 首席仲裁员允许就船只的使用损失每天支付一定数额。见 Moore, International Arbitrations, 第 2 卷, (1875 年), 第 1421 页。在 Betsey 一案中, 不仅裁定对被扣押的货物价值作出赔偿, 而且还对被扣期间的滞留费即使用损失费给予补偿。见 Moore, International Adjudications, vol. V, p. 47, at p. 113 (1794)。

⁶⁰⁵ Factory at Chorzów (Merits), 1928,P. C. I. J. Series A, No. 17,p. 47.

⁶⁰⁶ Norwegian Shipowners (Norway/USA), UNRIAA, vol. I, p. 307 (1922)。

利润损失裁定的理由没有十分明确地说出，但可能等于承认索赔人在可能恢复原状转化为赔偿金之前对财产有权获得连续性收益。⁶⁰⁷

(31) 第三类利润损失索赔是在特许权和其他受合同保护利益的情况下发生的。在这类情况下，未来收入损失有时获得赔偿。⁶⁰⁸ 涉及合同时，获赔的是未来收入，直至对所有权的法律承认结束时为止。在有些合同中，这是立即的，例如当合同在国家请求下确定时⁶⁰⁹，或中止合同的某些其他基础仍然存在时，便是如此。它也可以产生于合同条款标明的未来某个日期。

(32) 在其他情况下，利润损失因不能被充分确定为受法律保护的利益而遭排斥。例如，在“Oscar Chinn”一案中⁶¹⁰，没有给予垄断以既得权利的地位。在“亚洲农产品”案件中⁶¹¹一家新成立的公司提出的利润损失索赔因缺乏明确的收入证据而被驳回。利润损失索赔还必须服从于对弥补损失的通常限制范围，例如因果关系、间接性、证据要求以及会计原则，以试图从估计数据中剔除风险成分。

⁶⁰⁷ 关于联合国赔偿委员会处理伊拉克入侵科威特后摧毁商业机构、造成利润损失索赔的方法，见专员小组就第一批“E4”索赔提出的报告和建议，1999年3月19日，(S/AC.26/1999/4)，第184-187段。

⁶⁰⁸ 在有些案例中，裁决之日后不再赔偿利润损失，尽管原因与产生收入财产的性质无关。见 Robert May (United States v. Guatemala), 1900 For. Rel. 648; Whiteman, Damages, vol III, pp. 1704, 1860, 其中特许权已到期。在另一些案例中，产生不可抗力的情况致使合同义务中止：见 Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defence, (1984) 6 Iran-U.S.C.T.R. 272; Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran, (1985) 8 Iran-U. S. C. T. R. 298. In Delagoa Bay Railway Co. (Great Britain, United States of America/Portugal), Martens, Nouveau Recueil, 2nd series, vol. XXX, p. 329; Moore, International Arbitrations, vol. II, p. 1865 (1900), and in Shufeldt (USA/Guatemala), UNRIAA, vol. II, p. 1079 (1930), 对已终止的特许权赔偿利润损失。In Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company, (1963) I.L.R., vol. 35, p. 136; Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, (1977) I.L.R., vol. 62, p. 140 and Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1 I.C.S.I.D. Reports 377, 根据合同关系维持利润损失赔偿。

⁶⁰⁹ 见 Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran, (1985) 8 Iran-U.S.C.T.R. 298.

⁶¹⁰ 1934, P. C. I. J., Series A/B, No. 63, p. 65.

⁶¹¹ Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, (1990) 4 I. C. S. I. D. Reports 245.

(33) 如果要裁定利润损失，那么根据第 38 条在同一期间对获利资本支付利息是不恰当的，因为资本金额不能既赚取利息又同时产出利润。主要目的是在确保充分赔偿的同时避免双重索赔。

(34) 有一点十分明确：如果在修复损害和以其他方式减轻破坏行为造成的损失时合理地支出杂费，那么这些杂费可以得到赔偿。⁶¹² 这种费用可能涉及人员撤离或有必要保存或出售遭损失的未交付产品。

第 37 条

抵 偿

1. 一国际不法行为的责任国有义务抵偿该行为造成的损失，如果这种损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿。
2. 抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉或另一种合适方式。
3. 抵偿不应与损失不成比例，而且不得采取羞辱责任国的方式。

评 注

(1) 抵偿是责任国在履行其对一国际不法行为所造成的伤害作出全面赔偿的义务时可采取的第三种赔偿方式。它并非属于赔偿的标准方式，其含义在于在许多情况下由一国国际不法行为造成的损害可通过恢复原状和/或补偿加以充分补救。“在[损害]无法以恢复原状或补偿予以弥补时”一句强调了抵偿补救的例外性质及其与充分赔偿原则的关系。只有在上述两种方式未能提供充分赔偿情况下才需要抵偿。

⁶¹² 联合国赔偿委员会已裁定过对这类临时费用的补偿(见就第一批“E2”索赔提出的报告和建议(S/AC.26/1998/7)，其中对撤离和救助费用(第 133、153 和 249 段)、遣返(第 228 段)、解雇费用(第 214 段)、修缮费用(第 225 段)以及减轻损失的费用(第 183 段)裁定作出补偿，伊朗-美国索赔法庭(见 *General Electric Company v. Iran*.26 Iran- U. S. C. T. R. 148(1991)，第 50 至 56 段，第 68 页)也对遭受损失的物品重新出售和保存费用作出了补偿裁决。

(2) 第 37 条分为 3 款，每 1 款涉及抵偿的单独一个方面。第 1 款涉及的是抵偿的法律性质和可作出抵偿的损害类型。第 2 款以非穷尽方式描述了一部分抵偿的方式。第 3 款注意到以往曾发生过有时要求不合理的抵偿方式的情况故而对作出抵偿的义务加以了限定。

(3) 根据第 1 款，责任国有义务作出充分赔偿的损害包括“由一国国际不法行为造成的无论是物质或道义的任何损害”。由于国际不法行为造成的物质和道义损害通常可作出财务估价，因此可以补偿作出补救。而抵偿是对那些无法作出财务评估，相当于对它国冒犯的伤害作出的一种补救。这类损害常常具有一种象征性质，起源于违反义务，与对有关国家的物质后果无关。

(4) 国际法早已确立了对这种损害即有时称之为“非物质损害”⁶¹³ 的抵偿补救。例如，法庭在彩虹勇士号判决书中指出：

“各国及国际法院和国际法庭对于违反国际义务采用抵偿作为一种补救或赔偿方式(从广义上说)已属于一种长期的既定实践。这一实践尤其涉及直接给国家造成了道义或法律损害的情况，它尤其与涉及国际责任的对个人的损害不同”。⁶¹⁴

国家实践还提供了许多当一国的国际不法行为给另一国造成非物质损害而后者要求前者予以抵偿的情况。这类例子包括侮辱国家象征，例如国旗，⁶¹⁵ 侵犯主权或领土完整，⁶¹⁶ 对船只和飞机作出攻击，⁶¹⁷ 虐待或蓄意攻击国家元首或政府首脑或

⁶¹³ 见 C. Dominicé, “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État”, in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation; Recueil d'études* (Paris, P.U.F., 1997) p. 349, at p. 354.

⁶¹⁴ 彩虹勇士号(新西兰诉法国), UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990), at pp. 272-273, para. 122.

⁶¹⁵ 例子包括 Magee 一案(1874) (Whiteman, Damages, vol. I, p. 64), the Petit Vaisseau 一案(1863 年) (Whiteman, Damages, 2nd series, vol. III, No. 2564) 和 1920 年在柏林因侮辱法国国旗引发的案件(C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928), pp. 186-187).

⁶¹⁶ 尤如彩虹勇士号判决书所述, UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990).

⁶¹⁷ 例子包括 1961 年在地中海国际水域法国战斗机对载有勃列日涅夫主席的苏联飞机的攻击(R.G.D.I.P., vol. 65 (1961), p. 603)和 1980 年一架古巴飞机击沉了一艘巴哈马轮船(R.G.D.I.P., vol. 84 (1980), pp. 1078-1079).

外交和领事代表或其他受保护的人士⁶¹⁸和侵犯使领馆馆邸或使团人员的驻地。⁶¹⁹

(5) 第 37 条第 2 款规定抵偿可采取承认不法行为、表示遗憾、正式道歉、或另一种恰当的方式。该条所列举的抵偿的形式只不过是几个例子。抵偿的恰当方式取决于所处的情况，因此无法事先规定。⁶²⁰ 存在许多可能性，其中包括对造成伤害或损害事件的原因作出应有的调查，⁶²¹ 为受益人设立管理补偿付款的信托基金，对其行为造成国际不法行为的个人采取纪律或刑事处罚⁶²²，或对非金钱损害作出象征性的损害赔偿。⁶²³ 在有关中止范围内的条款中所述及的不再重复的保证和保障也属于一种抵偿方式。⁶²⁴ 第 2 款并未力图举出所有可能性，但也无意排除各种可能性。

⁶¹⁸ 见 F. Przetacznik, “La responsabilité internationale de l’Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat”, R.G.D.I.P., vol. 78 (1974), p. 917, at p. 951.

⁶¹⁹ 例子包括 1851 年新奥尔良游行示威者对西班牙领馆的袭击(Moore, Digest, vol. VI, p. 811, at p. 812), 和 1888 年两名埃及警察试图闯入意大利驻亚历山大领馆馆邸但却未遂的事件(La prassi italiana di diritto internazionale, 2nd series, (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1970) vol. III, No. 2558)。又见 1961 年在贝尔格莱德法国大使馆门前发生的示威游行之后作出的道歉和表达的遗憾(R.G.D.I.P., vol. 65 (1961), p. 610), 和 1964 年开罗美国新闻处图书馆发生的火灾(R.G.D.I.P., vol. 69 (1965), pp. 130-131)和 1965 卡拉奇美国新闻处图书馆发生的火灾(R.G.D.I.P., vol. 70 (1966), pp. 165-166)。

⁶²⁰ 在彩虹勇士号判决书中，法庭虽然拒绝了新西兰提出的恢复原状和/或中止要求并拒绝予以补偿，但作出了关于抵偿的各种宣布，此外建议“协助[各方]结束目前的不愉快事件”。它具体建议法国为有待设立的一项基金捐款 200 万美元以“促进两国公民之间的密切和友好关系”。见 UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990), at p. 274, paras. 126-127。又见 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”, R.G.D.I.P., vol. 96 (1992), p. 61。

⁶²¹ 例如美国海军对造成美国潜艇和一艘日本渔船“爱媛丸号”，在檀香山水域相撞的原因作出调查: New York Times, 8 Feb. 2001, section 1, p.1, col. 6。

⁶²² 对伯纳多特伯爵 1948 年在巴勒斯坦受命联合国服务时被害涉案个人要求采取的行动(Whiteman, Digest, vol. 8, pp. 742-743)和两名美国官员在德黑兰被害一案(R.G.D.I.P., vol. 80, p. 257)。

⁶²³ 例如见 The “I’m Alone”, UNRIAA, vol. III, p. 1609 (1935); Rainbow Warrior, 同上, vol. XX, p. 217 (1990)。

⁶²⁴ 见第 30 条评注第(11)段。

此外，第2款中抵偿方式的排序也无意体现任何塔尖式结构或厚此薄彼。第2款只是给出例子，它并未按照恰当性或严重性排序。如果存在某种恰当方式，应当按照个案的具体情况来决定。

(6) 在对一国作出道义和非物质损害情况下最常见的抵偿方式是由主管法院或法庭宣布该行为违法。国际法院在科孚海峡案中确认宣布式慰藉作为抵偿的一种方式在对一国的非物质损害案中是有用的，其中法院认定英国海军在爆炸之后进行的扫雷作业(“零售行动”)属于非法，并指出：

“为确保遵守国际法，本法庭作为国际法的一个机关宣布英国海军的行动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领事的请求作出的，其本身属于一种恰当的抵偿。”⁶²⁵

此后的许多案例都沿循了这一做法。⁶²⁶ 然而，虽然可将主管法院或法庭作出的声明作为一种抵偿方式对待，但这类声明并非与抵偿补救内在的联系在一起。任何对于争端有管辖权的法院或法庭均具备判定审理的行为合法与否并就调查结果作出声明的权威，并且作为案件裁定程序的一部分。这种声明可能是关于任何赔偿方式裁定的前奏，也可能是所寻求的唯一补救。法庭在科孚海峡一案中采用宣布作为一种抵偿方式，因为阿尔巴尼亚并未要求其他方式的补救。然而，这种宣布还有其他好处：它应当明确并能自圆其说，按照定义不能超出第37条第3款所述抵偿的范围和限度。第2款之所以没有将司法宣布列入，就是因为这一宣布必须由对争端具有管辖权的符合资格的第三方作出，而条款无意具体述及第三方或涉足司法管辖权问题。相反，第37条将责任国承认不法行为作为一种抵偿方式。

(7) 道歉是抵偿的另一种常见方式，它可由恰当的官员甚至是国家元首口头或书面作出。在“只有我一人”、⁶²⁷ 凯利特⁶²⁸ 和彩虹勇士号⁶²⁹ 案件中，要求当事

⁶²⁵ 科孚海峡案的法律依据，I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 35, repeated in the dispositive at p. 36.

⁶²⁶ 例如彩虹勇士号，UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990), at p. 273, para. 123.

⁶²⁷ 同上，vol. III, p. 1609 (1935).

⁶²⁸ Moore, Digest, vol. V, p. 43 (1897).

⁶²⁹ UNRIAA, vol. XX, p. 217 (1990).

方表示遗憾或作出道歉，而在领事关系⁶³⁰和“La Grand”⁶³¹案件中，责任国作出了上述表示。要求道歉和作出道歉是外交实践中的一个常见特征，提供及时道歉在形势要求这样做的情况下可极大地有助于解决争端。在其他情况下，可能不需要道歉，例如以通融方式解决的案件，或者道歉是不够的。在La Grand一案中，法院认为“在本案中道歉是不够的，因为正像其他类似案件一样，其中并未遵照《维也纳公约》第三十六条第1款及时告之外籍人士所享有的权利而将其长期拘留或判处严重刑罚”。⁶³²

(8) 以往以“抵偿”为掩护提出的过分要求⁶³³表明，需要对以抵偿方式寻求的措施施加某些限制从而防止违反各国平等原则的滥用行为，⁶³⁴尤其是，抵偿本义并不具备惩罚性质，它也不包括惩罚性的损害赔偿。第37条第3款用确立两条标准的方式对作出抵偿的义务施加了限制：第一，抵偿与损害成比例；第二，要求抵偿不得采取羞辱责任国的方式。的确，“羞辱”一词欠精确，但历史上确实存在提出这种要求的例子。

⁶³⁰ 《维也纳领事关系公约》(巴拉圭诉美国)，临时措施，《1998年国际法院报告书》，p. 248。关于美国的道歉内容，见美国国务院在巴拉圭亚松森发布的声明内容；发言人詹姆斯·P·鲁本1998年11月4日的新闻发布稿。关于不再继续诉讼令，见国际法院报告书，1998,p. 426。

⁶³¹ LaGrand (德国诉美利坚合众国)，临时措施，《1999年国际法院报告书》，p. 9和LaGrand (德国诉美利坚合众国)，法律依据，2001年6月27日的判决。

⁶³² 同上，第123段。

⁶³³ 例如，1900年发生义和团运动之后提交给中国政府的联合照会和1923年“泰利尼”事件之后使节会议对希腊提出的要求：见C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928), pp.187-188。

⁶³⁴ 早期的法学著作作家们强调了防止滥用抵偿的必要性，例如J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, (3rd edn.) (Nördlingen, 1878); French trans by C. Lardy, *Le droit international codifié*, (5th rev. edn.)(Paris, 1895), pp. 268-269。

第 38 条

利 息

1. 为确保充分赔偿，在有必要时，应支付根据本章所应支付的任何本金金额的利息。应为取得这一结果规定利率和计算方法。

2. 利息应从支付本金金额之日起算，至履行了支付义务之日为止。

评 注

(1) 利息不是一种自动的赔偿方式，在每一案例中亦非属于补偿的必要部分。出于此种原因，在第 38 条中采用了“本金”一词而非“补偿”一词。然而，在某些情况下需要对利息作出裁定以便对由一国际不法行为造成的损害作出充分赔偿，而它通常属于赔偿索赔和法庭裁决中单独处理的一项。

(2) 作为一项一般原则，受损害国有权对体现其损失的本金的利息提出要求，但数额应在有关索赔的解决或判决或裁决之日以前确定，而且属于为确保充分赔偿而有必要的。⁶³⁵ 国际法学界支持作为充分赔偿的一个方面将利息裁定作为一项一般规则。⁶³⁶ 在 SS “Wimbledon” 一案中，常设法院裁定由作出判决之日起偿付简单利息 6%，其依据是利息只应“从确定本金数额和证实具有赔偿义务之时起”予以支付。⁶³⁷

⁶³⁵ 因此凡按现行价值做出的损失评估自裁决之日起无需交付利息。见灯塔一案仲裁书，UNRIAA, vol. XII, p. 155 (1956), at pp. 252-253.

⁶³⁶ 例如见 Illinois 中央铁路一案中作出的利息裁决，UNRIAA, vol. IV, p. 134 (1926); the Lucas case (1966) I. L. R., vol. 30, p. 220; 又见美德混合索赔委员会作出的第三号行政决定，UNRIAA, vol. VII, pp. 66 (1923)

⁶³⁷ 1923, P. C. I. J., Series A, No. 1, p. 32. 法院考虑到“世界目前的财政状况和……公共贷款的主流条件”，认为法国提出的 6% 的利息率公平合理。

(3) 利息裁定问题时常出现在其他法庭，案例包括基本索赔涉及对私人当事方的损害和对国家本身的损害。⁶³⁸ 伊美索赔法庭的经验值得借鉴。在伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国(案例 A-19)中，法庭一致认为其处理索赔的总的司法管辖权包括裁定利息的权利，但它拒绝为利息裁定规定统一的标准，理由是利息裁定属于每一分庭的司法管辖权，并且涉及“在裁决每一特殊案例时行使的酌处权”。⁶³⁹ 关于原则问题，法庭指出：

“利息索赔属于提出的赔偿索赔的一部分，它并不构成需要独立司法批准的一项单独行动的原因。《理赔声明》第 5 条要求本法庭“以法律为依规”对索赔作出裁决。法院在作出处理时通常将利息索赔作为其有责任裁定的“索赔”的一个有机组成部分。本法庭注意到各分庭一贯将利息裁定作为“对因延迟付款而蒙受的损害的赔偿”……的确，虽然仲裁协定中未明确提到利息，但仲裁法庭习惯将利息裁定作为损害赔偿裁定的一部分。鉴于利息裁定属于法庭对索赔作出裁决的职权中所固有的权利，排除这种权利只能由《理赔声明》的一项明示条款作出规定。不存在这种条款。因此，法庭得出结论，裁定利息显然属于其对所受损害作出赔偿裁定的权力范围。”⁶⁴⁰

对于政府之间的索赔法庭裁定的利息率不同而且较低。⁶⁴¹ 法庭在某些案件中未作利息裁定，例如凡认为一揽子裁定已体现了充分赔偿的情况或其他有关的情况。⁶⁴²

⁶³⁸ 在 M/V “Saiga”(第 2 号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)一案中，国际海洋法法庭按照不同的利率对不同类别的损失作出了利息裁定：见判决书，1999 年 7 月 1 日，第 173 段。

⁶³⁹ 在(1987)16 Iran-U. S. C. T. R. 285, at p. 290. G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) pp.475-6 指出，三个分庭的做法并不完全一致。

⁶⁴⁰ (1987) 16 Iran-U. S. C. T. R. 285, at pp. 289-90.

⁶⁴¹ 见 C.N. Brower & J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (The Hague, Nijhoff, 1998), pp. 626-7, with references to the cases. 采纳的利息率为 10%，而商业索赔的利息率为 12%。

⁶⁴² 见第三分庭对以下案件的详细分析：McCullough & Co. Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & Others, (1986) 11 Iran-U.S.C.T.R. 3, at pp. 26-31.

(4) 联合国赔偿委员会理事会第 16 号决定涉及到利息问题，理事会决定：

“1. 获赔利息的计息期将从所受损失之日起至付款之日止，利率应足以赔偿获赔人因未能使用裁定赔偿的本金所受的损失。

2. 理事会将在适当时候审议利息的计算和支付方法。

3. 利息将在裁定赔偿的本金支付后支付。”⁶⁴³

这一规定包含了原则上赞同赔偿利息的决定，对于赔偿索赔人这亦属于必要，在应用时应当灵活。同时，利息作为赔偿的一种形式被视为次要内容，从属于索赔的本金。

(5) 各人权法院和法庭也预见到利息裁定，尽管这类机构的赔偿做法较为谨慎，而且索赔一项未得到偿付。这样做在于保护以分期付款方式支付的损害索赔金的价值。⁶⁴⁴

(6) 在其最近的实践中，国家赔偿委员会和法庭通常在评估赔偿时也受理利息问题。然而，在某些部分性一揽子理赔中，对于索赔均明确限定为本金损失的数额，理由是由于分配的资金有限，本金索赔应优先。⁶⁴⁵ 一些国家法院的裁定也涉及到根据国际法的利息问题，⁶⁴⁶ 尽管利息问题常常是作为诉讼地法的一部分处理的。

(7) 虽然国际裁决和实践正朝着作为充分赔偿的一部分赔偿利息的方向发展，但受损害国并非自动获得偿付利息的权利。利息的裁定取决于每个案件的情况；尤其是裁定利息属于确保充分赔偿之必须。这一做法与各种法系以及国际法庭的实践相一致。

⁶⁴³ “利息裁定”，1993 年 1 月 4 日第 16 号决定(S/AC.26/1992/16)。

⁶⁴⁴ 例如见 *Velásquez Rodríguez (Compensatory Damages) Inter-Am.Ct.H.R., Series C, No. 7 (1990), para. 57. See also Papamichalopoulos v. Greece (Article 50), E.C.H.R., Series A, No. 330-B (1995), para. 39*, 其中只对裁定的金钱损失支付利息。又见 *D. Shelton, Remedies in International Human Rights Law (Oxford, Clarendon Press, 1999), pp. 270-2.*

⁶⁴⁵ 例如见外国赔偿(中华人民共和国)令，1987 年(联合王国) s.10 使 1987 年 6 月 5 日的一项理赔协定生效：U.K.T.S. No. 37 (1987)。

⁶⁴⁶ 例如见 *McKesson Corporation v. Islamic Republic of Iran, 116 F. Supp. 2d 13 (District Court, D.C., 2000).*

(8) 利息问题的一个方面就是可能裁定复合利息。法院和法庭的一般看法反对裁定复合利息，即便是认为索赔人通常有权获得利息赔偿的法庭也是如此。例如，伊美索赔法庭一贯否决对复合利息的索赔，其中包括索赔人应与索赔有关的负债而蒙受交纳复合利息费用所蒙受损失的案情。在 R.J. 雷诺尔德烟草公司诉伊朗伊斯兰共和国政府一案中，法庭未能找出……

“任何有别于通常不作复合利息裁定的国际先例的特殊原因。正如一名权威人士所述，‘在国际法损害赔偿问题的范围内没有什么规则的解决能够超过不批准复合利息的规则了’……即便是‘所有数额’可推定为包括利息进而允许复合利息的话，由于措词的模糊性，本法庭按照所述国际规则对这一条作出解释，因而排除复合利息。”⁶⁴⁷

与这一做法相一致，法庭未按照似乎对复合利息作出规定的合同条款行事，为的是防止索赔人赚取的利润与可能的损失完全不成比例，而这种损失可能因本应由其支配而未到位的数额造成”。⁶⁴⁸ 因此主流法学权威继续支持仲裁人休伯在英国就摩洛哥、西班牙管区中的索赔一案中表达的观点：

“涉及赔偿一国对另一国损害——由一国国民在另一国领土上所遭受的损害——的仲裁案例法……一致拒绝复合利息。在这种情况下，需要有极强有力和非常具体的论据才能准许这种利息……”⁶⁴⁹

对于国与国之间索赔的复合利息也是一样。

(9) 然而一些法学著作作者争论说，应当对这一原则作出重新审议，理由是“由受损害方应得的“复合利息应作为可追索的损害项处理”。⁶⁵⁰ 这一观点在某些案件

⁶⁴⁷ (1984) 7 Iran-U.S.C.T.R. 181, at pp. 191-2, citing Whiteman, Damages, vol. III, p. 1997.

⁶⁴⁸ Anaconda-Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, (1986) 13 Iran-U.S.C.T.R. 199, at p. 235. 又见 G. Aldrich, The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal (Oxford, Clarendon Press, 1996) pp. 477-478.

⁶⁴⁹ UNRIAA, vol. II, p. 615 (1924), at p. 650. 参见阿敏石油仲裁案，其中裁定的利息。在一段时间内为复合利息而未说明理由。它占最终裁定赔偿额的一半以上：科威特政府诉美国独立石油公司(1982) I.L.R., vol. 66, p. 519, at p. 613, para. 178 (5).

⁶⁵⁰ 例如 F.A. Mann, “Compound Interest as an Item of Damage in International Law”, in Further Studies in International Law (Oxford, Clarendon Press, 1990) p. 377 at p. 383.

中也得到仲裁法庭的支持。⁶⁵¹ 但就国际法目前的状况看,在缺乏证明部分复合要素作为充分赔偿的一个方面属于合情合理的特殊情况下无法说受损害的国家有权得到复合利息。

(10) 实际计算赔偿时应付本金的利息造成了一系列复杂的问题,它会涉及起始日(违约日、⁶⁵² 应付款日、索赔日或要求日)、终止日(经常协定日或裁定日、实际支付日)以及应采用的利息率(被告国现行利息率、原告国现行利息率、国际拆借利息率)。对于应付利息额的量化和评估问题国际上没有统一的做法。⁶⁵³ 在实践中每一案件的特殊情况和当事方的行为均严重影响到结果。在伊美索赔法庭就这类事宜发表的意见中有一种睿智的看法,即如果当事方不能解决,必须由“赋予[单独法庭]在裁决每一具体案情时……行使酌处权”。⁶⁵⁴ 另一方面,目前实际做法不明朗的状态又使得对利息的计算作出一项一般规定十分有用,因此,第38条表明,利息应从支付本金之日起计算,直至履行了该项义务之日为止。利息率和计算方式的确定其目的在于为因国际不法行为而蒙受的损害作出充分的赔偿。

(11) 如在要求赔偿由于不法行为造成的损害时已经列入了对利润损失的索赔额,尚若受损害国因此获得双重赔偿而裁定利息即为不妥。从概念上说本金不可能

⁶⁵¹ 例如见 *Compañía des Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/96/1, final award of 1 February 2000, paras. 103-105.

⁶⁵² 采用违约日作为计算利息条件的起始日是有问题的,因为可能难以确定该日期,而且许多法系要求索赔人在利息生效之前提出支付要求。在俄罗斯赔偿案中正式提出的要求日被作为相关的日期, *UNRIAA*, vol. XI, p. 421 (1912), at p. 442, 这是由欧洲法系的一般性立场推导出来的。无论如何,在确定是否理赔利息时是否及时提出支付索赔是十分有关的。

⁶⁵³ 例如见 *J.Y. Gotanda, Supplemental Damages in Private International Law (The Hague, Kluwer, 1998)*, p. 13. 应当指出,一些伊斯兰国家受伊斯兰法的影响,在其本国的法律中甚至在其宪法中禁止支付利息,然而,在商业和国际商务中,它们定出了替代利息的其他方法。例如,《伊朗宪法》第43、49条原则禁止支付利息,但未教委员会认为这一规定不适用于“外国政府、机构、公司和个人,它们按照它们自己所信仰的原则,并不认为[利息]属于被禁止之列……”见同上, pp.39-40, 及参考文。

⁶⁵⁴ 伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国(Case No. A19), (1987) 16 Iran-US C.T.R. 285, at p. 290.

在赚取利息的同时又赚取利润。但利润是可以赚取利息的，然而又会从原所有者那里扣除。

(12) 第 38 条并未涉及判决后的或延期偿付的利息。第 38 条只涉及构成法院或法庭应当裁定的那一数额的利息，即赔偿利息，法院或法庭裁定判决后利息的权力是一项程序事宜。

第 39 条

促成损害

在确定赔偿时，应考虑到提出索赔的受害国或任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为促成损害的情况。

评 注

(1) 第 39 条处理的是由一国国际不法行为造成的损害，其中根据第 1 条和第 28 条，该国对这一损害负责，但受损害国或这一不法行为受害的个人由于某种故意或疏忽行为或不作为而实质上促成了这一损害。它着眼于在国内法律制度中所指的被害人本身的过失”、“相对过失”、“受害者的过失”、等。⁶⁵⁵

(2) 第 39 条承认，在评估赔偿的方式和程度时应当予以赔偿的受害国或任何个人或实体的行为加以考虑。这完全同对因国际不法行为引起的损害应予以充分赔偿但仅此而指的原则相一致。它还同责任国和不法行为受害者之间应当公平合理这一点相一致。

(3) 在 LaGrand 一案中，国际法院承认受赔国的行为与确定赔偿的方式和数额有关。德国在提出发生了不法行为和诉诸法律手段时出现了延误。法院指出“德

⁶⁵⁵ 见 C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, volume two (Munich, Beck, 2000), pp. 517-540.

国提出诉讼的方式和提出的时间应受到批评”，应指出，“倘若德国提出的申诉包含一项要求赔偿的索赔”，法院将把上述因素和其他因素一道加以考虑。⁶⁵⁶

(4) 受损害国促成损害的因素与确定恰当赔偿之间的关系已得到法律文献⁶⁵⁷和国家实践的广泛承认。⁶⁵⁸ 虽然受损害国促成损害的问题时常在赔偿情况下出现，但这一原则与其他赔偿方式也有关。例如，如果一艘国有船只被另一国非法拘留并在扣留期内因船长的疏忽而受到损害，可能只要求责任国归还受损害的船只。

(5) 就这一点而言并非促成所受损害的每一作为或不作为都有关。相反，第 39 条只要求将那些可认为属于故意或疏忽的作为或不作为加以考虑，即不法行为的受害者对其本人的财产或权利明显缺乏应有的注意。⁶⁵⁹ 虽然对疏忽性作为或不作为的概念未加以定性，例如疏忽应当达到“严重”或“重大”程度这一要求，但任何疏忽与赔偿的关系取决于它所促成损害的程度以及案内的其他情况。⁶⁶⁰ “应考虑到”一词表示该条处理的是在恰当案件中可能影响到索赔方式或减少赔偿额的因素。

⁶⁵⁶ LaGrand (德国诉美利坚合众国)，法律依据，判决书，2001 年 6 月 27 日，第 57、116 段。关于延误与丧失援引责任的权利之间的关系，见第 45 条(b)项)和评注。

⁶⁵⁷ 例如见 B. Graefrath, “Responsibility and Damage Caused: relations between responsibility and damages”, in *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), p. 95; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973), pp. 265-300.

⁶⁵⁸ 在德拉瓜湾(大不列颠及、美国/葡萄牙)一案中，仲裁人指出：“所有能够引证对租赁公司不利而对葡萄牙政府有利的情况均减少了后者的责任并值得……减少赔偿”；(1990), Martens, *Nouveau Recueil*, 2nd series, vol. XXX, p. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900)). In *The S. S. “Wimbledon”*, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 31, 产生了这样一个问题：在选择其他航道之前应通过基尔海峡遭到拒绝而在基尔停靠了一段时间的船只是否促成了所受到的损害。尽管法院认为船长在当时的条件下属于合理行事，但却按时承认船长的行为可能影响赔偿额。关于其他例子，见 C.D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 23.

⁶⁵⁹ 该名词术语取自《外空物体所造成损害的国际责任公约》第六条 1 款，《联合国条约汇编》，vol. 961, p. 187.

⁶⁶⁰ 有可能设想这种情况：其他损害安全是由于受害者的行为造成的而与“责任”国毫不相干。这种情况是由第 31 条所提到的关于最近原因的总的要求所涵盖的而不是由第 39 条所涵盖的。关于减少损害的问题，见第 31 条评注第(11)段。

(6) 促成损害的故意或疏忽性作为或不作为可能是受损害国或“提出索赔的任何个人或实体”的行为。这一句的目的在于不仅包含国家在外交保护领域代表其国民索赔的情况，而且还包含在主要影响到第三方的行为方面国家援引另一国的责任的情况。根据第 42 条和第 48 条，出现这种情况时可能产生若干不同的情况。基本想法是就有利于另一国的赔偿而言，谋求赔偿的国家所处的地位不应当优于如果个人或实体单独提出索赔时所处的地位。

第三章

严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务

(1) 第二部分第三章题为：“严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务”。这一章提出了违反国际法的一些具体情况引起的某些后果，提出了两条标准：第一，它们涉及违背依一般国际法强制性规范承担的义务；第二，有关违反行为考虑到其规模或性质，本身是严重的。第三章包括两条，第一条规定了本章的适用范围(第 40 条)，第二条规定了属于本章范围的违反行为引起的法律后果(第 41 条)。

(2) 不同情况的违反国际法，是否应承认之间存在质的区别，曾有过重要争论。⁶⁶¹ 国际法院在 *Barcelona Traction* 一案中强调了这个问题，讲到：

“在国家对整个国际社会所负义务和对他国所负外交保护义务之间，应作基本区分。在性质上，前一项义务是所有国家都关切的。由于所牵涉权利的重要性，可认定所有国家在保护这些权利上具有合法利益；这是一种对所有国家的义务。”⁶⁶²

⁶⁶¹ 详见的参考文献见 M. Spinedi, “Crimes of States: A Bibliography”, in J. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (eds.), *International Crimes of States* (Berlin/New York, De Gruyter, 1989), pp. 339-353 and N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes* (Oxford, Oxford University Press, 2000) pp. 299-314.

⁶⁶² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 32, para. 33. See M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, Clarendon Press, 1997).

在这里，国际法院对比了受害国在外交保护上所处的立场，和所有国家在违背对整个国际社会的义务上所处的立场。虽然在该案中不存在那种义务，但法院的声明明确表示，对国家责任而言，某些义务是对整个国际社会的，“由于所涉权利的重要性”，因此所有国家在这些权利的保护上均有重要的法律意义。

(3) 国际法院还利用了之后的几次机会，重申了对整个国际社会承担义务的概念，尽管在适用上法院十分谨慎。在东帝汶案中，法院说：“葡萄牙认为从《宪章》和联合国的实践中演化而来的人民自决权具有普遍性，这种说法无可指摘。”⁶⁶³ 在《防止及惩治灭绝种族罪公约》适用案的初步反对意见阶段，该法院表示：“《种族灭绝公约》中所载的权利和义务，是所有国家的权利和义务”；⁶⁶⁴ 这项裁决促使法院作出结论，它在时间上对索赔的司法权并不限于当事方受《公约》约束之后。

(4) 一个有密切联系的情况，是《维也纳条约法公约》的第 53 和第 64 条，也承认国际法强制规范的概念。⁶⁶⁵ 这些规定承认具根本性的实质性规范的存在，即使条约也不允许有任何减损。⁶⁶⁶

(5) 从一开始即承认，上述情况会对国家责任的二级规则产生影响，需以某种方式在条款中得到反映。最初的想法是，可通过提出一类“国家的国际犯罪”来做到这一点，它与所有其它情况的国际不法行为(“国际侵权行为”)截然不同。⁶⁶⁷ 但对国家违反此类基本规范的刑事后果，却没有任何新的发展。比如，国际法尚未承认对损害的惩罚性赔偿，即使是严重违反强制规范的义务。根据第 34 条，损害的作用基本上是补偿性的。⁶⁶⁸ 总体而言，仍是国际军事法庭在 1946 年讲到的情况：

⁶⁶³ 东帝汶案(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995 年国际法院报告书》，第 90 页，见 102 页，第 29 段。

⁶⁶⁴ 《防止并惩治种族灭绝罪公约》的适用案，初步反对意见，《1996 年国际法院报告书》，第 595 页，见第 616 页，第 31 段。

⁶⁶⁵ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，vol. 1155, p. 331。

⁶⁶⁶ 见第 26 条及评注。

⁶⁶⁷ 见 1976 年年报，第二卷第二部分，第 95 至 122 页，特别是第 6 至 34 段。另见第 12 条评注第(5)段。

⁶⁶⁸ 见第 36 条评注第(4)段。

“违反国际法的罪行是人的行为，而不是抽象的实体，因此只有通过惩治犯下此类罪行的个人，才能使国际法的规定得到实施。”⁶⁶⁹

(6) 根据这一方针，尽管纽伦堡和东京军事法庭对一些具体的政府官员以其官方身份犯下的罪行进行了审判并定罪，但设立这两个法庭的文书都没有将德国和日本作为“罪犯”对待。⁶⁷⁰ 至于更近的国际上的做法，联合国安全理事会建立的南斯拉夫和乌干达特设法庭也是建立在同样方针的基础上。两个法庭都只对个人提出起诉。⁶⁷¹ 在有关公诉人诉 Blaskic 一案传票的决定中，前南斯拉夫国际刑事法院上诉庭表示：“根据目前的国际法，很清楚国家依其定义，不能作为类似于国家刑法制度规定的刑事制裁的主体。”⁶⁷² 同样，1998年7月17日的《罗马国际刑事法院规约》确定了“对引起整个国际社会关注的最严重罪行”的管辖权，但将这一管辖权限于“自然人”(第25条(1))，该条还明确规定，《规约》“有关个人刑事责任的任何规定均不影响国家对国际法责任”。⁶⁷³

(7) 因此，现在的这些条款也不承认对第一部分而言国家的“罪行”与“不法行为”之间存在任何区别。一方面，条款必须反映出，在国家责任领域，一般国际

⁶⁶⁹ International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals, judgment of 1 October 1946, reprinted in *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), p. 172, at p. 221.

⁶⁷⁰ 尽管1945年的《伦敦章程》明确规定，可将“群体或组织”判为“罪犯”，见《国际军事法庭章程》，伦敦，《联合国条约汇编》，vol. 82, p. 279, arts. 9, 10.

⁶⁷¹ 分别见《起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭规约》，1993年5月25日(最初作为S/25704和Add.1的附件发表，安全理事会第827号决议(1993年)通过；1998年5月13日第1166号决议(1998)和2000年11月30日第1329号决议(2000)修订)；和《起诉应对在卢旺达境内严重违反国际人道主义法行为负责者和应对邻国境内这类违法行为负责的卢旺达公民的国际法庭规约》第1和第7条，1994年11月8日，安全理事会第955号决议(1994)批准。

⁶⁷² Case IT-95-14-AR 108bis, *Prosecutor v. Blaskić*, *I.L.R.*, vol. 110, p. 688 (1997), at p. 698, para. 25. 参看“《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用”，“初步反对意见”，《1996年国际法院报告书》，第595页，其中没有任何当事方认为程序具有刑事性。另见第12条评注第(6)段。

⁶⁷³ 《罗马国际刑事法院规约》，1998年7月17日。A/CONF.183/9，第25条第4款。也见第10条：“本部分的任何内容均不应解释为以任何方式限制或损害为本规约以外的其它目的已有或正在制定中的国际法规则。”

法的强制规范与对整个国际社会的义务，这些基本概念会引起某些后果。不论一般国际法的强制规范与对整个国际社会的义务是不是一个单一基本思想的不同方面，至少在它们之间存在着相当大的重叠。国际法院提出的对整个国际社会义务的举例，⁶⁷⁴ 一般认为都是一般国际法强制规范产生的义务。同样，本委员会在它的评注中提出的强制规范的例子，后来又成为《维也纳公约》第 53 条，⁶⁷⁵ 也是对整个国际社会的义务。但至少重点不同。一般国际法的强制规范强调一定数量的基本义务的范围和优先性，而对整个国际社会的义务则主要是所有国家遵守的法律意义——如就这几条而言，在于有权提出任何违反国家的责任问题。根据它们重点的不同，应以两种各自不同的方式反应这两个概念的后果。第一，严重违背一般国际法强制性规范产生的义务，可引起更多的后果，不仅对负有责任的国家，而且也对所有其他国家。第二，所有国家都有权对违背对整个国际社会的义务提出责任问题。这两个论点的第一个，是本章的问题、第二个在 48 条中处理。

第 40 条

本章的适用

1. 本章适用于一国严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务所产生的国际责任。

⁶⁷⁴ 国际法院认为，普遍义务“在当代国际法中，源于——举例而言——规定侵略和种族灭绝行为为非法，也源于人的基本权利的原则和规则，包括不受奴役和种族歧视的保护”：*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 32, para. 34。另见“东帝汶”案(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995 年国际法院报告书》，第 90 页，见第 102 页，第 29 段；“威胁使用或使用核武器的合法性”，《1996 年国际法院报告书》，第 226 页，见第 258 页，第 83 段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用”，“初步反对意见”，《1996 年国际法院报告书》，第 595 页，见第 615-616 页，第 31-32 段。

⁶⁷⁵ 国际法委员会以下列条约为例，由于与一般国际法的强制性规范或强制性规则发生冲突，因此违反本条：“(a) 企图违反《宪章》的原则非法使用武力的条约，(b) 企图采取任何其它国际法规定的犯罪行为的条约，和(c) 企图或纵容此种行为的条约，如奴隶贸易、海盗行为或种族灭绝，要求所有国家在制止这类行为方面进行合作……其它可能的例子，还提到了侵犯人权、各国平等和自决原则的条约。”1996 年年鉴，第 2 卷，第 248 页。

2. 如果这种违约情况是由于责任国严重或系统性违约所引起的, 则为严重违约行为。

评 注

(1) 第 40 条的作用, 是确定本章下的违背范围。这一条确定了两条标准, 以区分“严重违背依一般国际法强制性规范承担的义务”, 和其它类型的违反情况。前者是所违反义务的性质, 它必须源于一般国际法的强制性规范。第二条限制了违反的程度, 必须性质严重。第三章只适用于能够满足这两项标准的违反国际法的情况。

(2) 第一条标准涉及到所违反义务的性质。为了产生适用本章的问题, 违反情况必须涉及一般国际法强制性规范下的义务。根据《维也纳条约法公约》第 53 条,⁶⁷⁶ 一般国际法的强制性规范应为……

“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律使得更改之规律。”

一般国际法的强制性规范, 这个概念在国际实践中、在国际和国家法院和法庭的判例和法律原则中都得到承认。⁶⁷⁷

(3) 不宜在第 40 条的案文中列出强制性规范的例子, 如同不宜在《维也纳条约法公约》第 53 条的案文中那样做一样。第 40 条所指的义务来自一些实质性行为守则, 这些守则禁止某些行为, 那些行为由于威胁到国家和人民的生存以及最基本的人类价值而被视为不可容忍。

(4) 在这些禁止的行为中, 一般都同意, 禁止侵略应视为强制性的。这方面证据的例子, 有后来成为第 53 条的委员会的评注,⁶⁷⁸ 维也纳会议期间一些政府无争议的发言,⁶⁷⁹ “军事和准军事活动”一案中双方提出的材料和委员会自己在该案中

⁶⁷⁶ 《维也纳条约法公约》,《联合国条约汇编》,vol. 1155. p. 331

⁶⁷⁷ 有关确认强制规范要求的进一步论述, 见第 26 条评注第[5]段, 其中讲到了一些判例法和法律专著。

⁶⁷⁸ 《1966 年……年鉴》, 第 2 卷第 247 页。

⁶⁷⁹ 维也纳会议期间, 一些政府将禁止侵略和禁止非法使用武力定性为强制性: 见联合国条约法会议第一届会议, A/CONF.39/11, pp. 294,296-7,300,301,302,303,304,306, 307,311,312,318,320,322,323-4,326.

的立场。⁶⁸⁰ 委员会对第 53 条的评注中列举的其它例子, 似乎也得到广泛的认同, 如禁止奴役制和奴隶贸易、种族灭绝, 禁止种族歧视和种族隔离等。这类行为在得到广泛批准的国际条约和公约中都受到禁止, 不允许例外。维也纳会议上各国政府普遍同意对这些行为的禁止具有强制性。至于禁止种族灭绝的强制性, 已得到一些国家和国际法院决定的支持。⁶⁸¹

(5) 虽然没有在委员会对维也纳公约第 53 条的评注中具体列出, 其它一些规范的强制性似乎也已得到普遍接受。如 1984 年 12 月 10 日的《禁止酷刑和其它残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 1 条规定的酷刑便受到禁止。⁶⁸² 这项禁止的强制性, 已得到各种国际和国家机构决定的确认。⁶⁸³ 鉴于国际法院将适用于武装冲突的一些国际人道主义法基本规则称之为具有“不可侵犯”性, 因此似乎也有理由将那些规则作为强制性处理。⁶⁸⁴ 最后, 还应提到尊重自决权的义务。如国际法院

⁶⁸⁰ 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国案), *Merits, I. C. J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 100-1, para. 190. See also President Nagendra Singh, *ibid.*, at p. 153.

⁶⁸¹ 例如见国际法院“《防止及惩治种族灭绝罪公约》的适用”, “临时措施”, 《1993 年国际法院报告书》, 第 325 页, 见第 439-440 页; “反诉”, 《1997 年国际法院报告书》, 第 243 页; the District Court of Jerusalem in *Attorney-General of the Government of Israel v. Eichmann*, (1996) *I. L. R.*, vol. 36, p. 5.

⁶⁸² 《联合国条约汇编》, 第 1465 卷, 第 112 页。

⁶⁸³ Cf. the U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, in *Siderman de Blake v. Argentina*, (1992) *I. L. R.*, vol. 103, p. 455, at p. 471.; the United Kingdom Court of Appeal in *Al Adsani v. Government of Kuwait*, (1996) *I. L. R.*, vol. 107, p. 536 at pp. 540-541; the United Kingdom House of Lords in *R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 *W.L.R.* 827, at pp. 841, 881. Cf. the U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit *Filartiga v. Pena-Irala*, (1980), 630 F. 2d 876, *I.L.R.*, vol. 77, p. 169, at pp. 177-179.

⁶⁸⁴ “威胁使用或使用核武器的合法性”, 《1996 年国际法院报告书》, 第 226 页, 见第 257 页, 第 79 段。

在东帝汶案中所指出的：“自决权利原则……是当代国际法中的一项基本原则”，因此，要求整个国际社会有义务允许和尊重这项原则的存在。⁶⁸⁵

(6) 应强调指出，上面所举的例子并不是完全的。而且，维也纳公约第 64 条考虑到，如第 53 条所言，一般国际法的强制性规范，随着整个国际社会的接受和承认，还会有新的强制性规范出现。因此，此处所举的例子并不损害能够满足第 53 条下强制性规范标准的现有和正在制订中的国际法规则。

(7) 满足强制性条件的规范，数量相对较小，除其范围有限之外，对本章而言第 40 条还施加了另一个限制，即违反情况本身也许是“严重的”。第 2 款对“严重”违背的定义是，“责任国严重或有系统地未履行有关义务”的情况。“严重”一词，意味着违反情节必须达到一定程度，以便不会使违反的情况无分巨细，但也无意表明，无论如何违反这类义务都不算严重，或在某些方面可以原谅。可以设想违背强制性规范存在情节不太严重的情况，因此有必要将本章的范围限于较为严重和有系统的违反情况。这种限制，可在国家实践中找到一些依据。例如，在对违反国际法作出反应时，各国常常强调其系统性、大规模和极端恶劣的性质。同样，国际诉讼程序，例如在人权领域，也认为有系统的违反情况造成不同的后果，如在不适用用尽当地补救办法的规则上。⁶⁸⁶

(8) 有系统的违反，必须是有组织和蓄意进行的。另一方面，“严重”一词是指违反或其效果的强度；它表明违反的情况具有罪大恶极的性质，构成直接和公然侵犯有关规则所保护的价值。当然这两个词并不彼此排斥；严重违反通常既是有系统的又是大规模的。可确定违反情况严重性的因素包括：违反规范的意图、具体违反情况的范围和次数，以及违反情况对受害人后果的严重性。还必须考虑到，一些

⁶⁸⁵ “东帝汶”案(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995 年国际法院报告书》，第 90 页，见第 102 页，第 29 段。见《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》联大 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议，第五项原则。

⁶⁸⁶ 见爱尔兰诉联合王国案，*E. C. H. R., Series A, No. 25* (1978)；参见根据经社理事会议第 1503(XXVIII)号决议建立的程序，该程序要求“持续大规模侵犯人权”。

有关的强制性规范，如较为重要的禁止侵略和种族灭绝，其性质本身就需要有大规模的违反意图。⁶⁸⁷

(9) 第 40 条并未提出任何确定是否发生严重违背情况的程序。这些条款的作用，不是为处理具体案件建立新的体制程序，不论那些案件是否属第二部分第三章还是其他章节。而且，本章中讲到的严重违反情况，很可能要由主管国际组织处理，包括安全理事会和大会。在发生侵略的情况下，《宪章》明确规定了安全理事会的作用。

第 41 条

严重违背依本章承担的一项义务的特定后果

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第 40 条含义范围内的任何严重违背义务行为。
2. 任何国家均不得承认第 40 条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情况为合法，也不得协助或援助保持该情况。
3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的这种后果。

⁶⁸⁷ 1976 年，委员会列举了以下情况，作为被称为“国际罪行”的例子：

- “(a) 严重违背对维护国际和平与安全具有基本重要意义的国际义务，如禁止侵犯的义务；
- (b) 严重违背对捍卫人民自决权具有基本重要意义的国际义务，如禁止建立和维持殖民统治的军队；
- (c) 大规模严重违背对保护人类具有基本重要意义的国际义务，如禁止奴役制、种族灭绝和种族隔离的义务；
- (d) 严重违背对保护和维持人类环境具有基本重要意义的国际义务，如禁止大规模污染大气和海洋的义务。”

(《1976 年……年鉴》，第二卷第二部分，第 95-96 页)。

评 注

(1) 第 41 条提出了第 40 条中讲到的那种性质和严重程序的违背义务引起的特定后果。头两款提出了在第 40 条意义上，国家对“严重违背”所负的特别法律义务，第 3 款采取了但书的形式。

(2) 根据第 41 条第 1 款，各国负有合作的积极义务，禁止第 40 条意义上的严重违背行为。由于可能涉及的情况很多，因此这项规定没有详细说明合作应采取什么形式。合作可在主管国际组织的框架内安排，特别是联合国。然而，第 1 款也设想了非机构性合作的可能性。

(3) 第 1 款也没有说明各国应采取哪些措施，禁止第 40 条意义上的严重违背行为。这种合作必须通过合法手段，其选择取决于具体情况。但已经明确的是，合作的义务对各国都适用，不论它们作为具体国家是否受到严重违背行为的影响。在严重违背行为面前所需要的，是所有国家共同、协调地作出努力，抵消违背行为的影响。当今的一般国际法是否规定了合作的积极义务，这一点可能还有争议，在这方面第 1 款或许可以反映国际法的渐进发展。但事实上，对严重违反国际法的行为已经开展了这种合作，特别是在国际组织范围内，而且常常是提供有效补救的唯一办法。第 1 款力求加强现有的合作机制，其基础是要求各国对第 40 条所指的严重违背义务行为作出适当的反应。

(4) 根据第 41 条第 2 款，各国负有不参与的义务，其中又包括两项义务，第一，不承认第 40 条意义上的严重违背行为造成的情况为合法，第二，不得协助或援助保持该情况。

(5) 这两项义务的头一项，讲的是整个国际社会有义务集体不承认第 40 条意义上的严重违背行为直接造成的情况之合法性。⁶⁸⁸ 这项义务适用于严重违背行为造成的“情况”，例如试图通过剥夺人民的自决权而取得对领土的主权。它不仅讲到对这类情况的正式承认，而且也禁止意味那种承认的行为。

⁶⁸⁸ This has been described as " an essential legal weapon in the fight against grave breaches of the basic rules of international law ": C. Tomuschat, "International Crimes by States : An Endangered Species?", in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Erie Suy* (The Hague, Nijhoff, 1998), p.253 at p. 259.

(6) 对严重违背强制性规范下承担的义务，负有不予承认的义务这一点，已能够在国际实践中和在国际法院的决定中找到依据。通过使用武力取得领土无效且不得予以承认的原则，在 1931-1932 年“满州里危机”期间有过明确的表达，当时的国务卿亨利·斯廷森宣布，美利坚合众国和绝大多数国联成员国将不……

“承认任何既成事实情况的合法性，……也不承认有关政府或它们的代理人之间签订的任何条约或协定，那些条约或协定可能损害中华民国的主权、独立或领土完整和行政完整……[也不]承认以违背 1928 年 8 月 27 日《巴黎公约》各项盟约和义务的手段取得的任何情况、条约或协定。”⁶⁸⁹ 《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》申明了这项原则，明确提出，各国不应承认任何通过使用武力取得领土的合法性。⁶⁹⁰ 国际法院在“军事和准军事活动案”中认为，各国一致同意这一宣言，可理解为接受这项决议所宣布的规则或整套规则本身的法律效力。”⁶⁹¹

(7) 不承认违反强制性规范行为的作法，安全理事会对 1990 年伊拉克入侵科威特作出的反应就是一个例子。在伊拉克宣布“完全和永久兼并”科威特后，安全理事会在第 662(1990)号决议中决定，吞并“无法律效力，作为无效”，并呼吁所有国家、国际组织和专门机构不得承认这一吞并，不得采取任何可能解释为承认吞并的任何行动或交往，无论是直接的还是间接的。事实上，没有任何国家承认那次吞并的合法性，其结果之后也被纠正。

(8) 至于国家剥夺人民自决权的情况，国际法院关于纳米比亚(西南非洲)的咨

⁶⁸⁹ 国务卿致中国和日本政府的照会，in Hackworth, Digest. vol. I, p. 334; 1932 年 3 月 11 日大会决议认可，League of Nations Official Journal, March 1932, Special Supplement No. 101, p. 87. For a review of earlier practice relating to collective non-recognition see J. Dugard, Recognition and the United Nations (Cambridge, Grotius, 1987). pp. 24-27.

⁶⁹⁰ 联大第 2625(XXV)号决议，第一项原则，第 10 段。

⁶⁹¹ “在尼加拉瓜境内针对尼加拉瓜和军事和准军事活动”案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，“案情”，《1986 年国际法院报告书》，第 14 页，见第 100 页，第 128 段。

询意见也同样明确., 要求不要承认纳米比亚的情况。⁶⁹² 安全理事会和大会有关罗得西亚⁶⁹³ 和南非班图斯坦⁶⁹⁴ 情况的决议, 也反映了同样的义务。这些事例所反映的原则是, 出现第 40 条意义上的严重违反行为造成否则应予承认的情况, 但却不得予以承认。集体不予承认似乎是对这种违背行为共同作出任何协调反映的先决条件, 是各国对第 40 条所指的严重违背行为必须作出的最低限度的反应。

(9) 按照第 41 条第 2 款, 任何国家均不得承认严重违背义务行为所造成的情况为合法。这一义务适用于所有国家, 包括责任国。曾发生过责任国企图通过它自己的“承认”来巩固局面的情况。显然, 责任国有义务不承认或维持违背义务行为所造成的非法情况。类似的考虑甚至适用于爱国: 由于这种违背义务行为按其定义关系到整个国际社会, 即使责任国诱使受害国放弃或承认, 也不一定能让国际社会不致力于确保公正和适当的解决。这些结论与关于停止的第 30 条相符, 并因有关规范具有强制性性质而更有说服力。⁶⁹⁵

(10) 然而, 不承认的义务的后果也不是没有限定的。在纳米比亚(西南非洲)案的咨询意见中, 尽管国际法院认为, 该案情况的非法性应受到所有国家的反对, 即使不是联合国会员国的国家也不能承认为合法, 但仍表示:

“不承认南非对该领土的管理, 不应造成剥夺纳米比亚人民从国际合作中可能得到的一切好处。具体而言, 虽然南非政府在托管结束后代表或对纳米比亚采取的官方行动是非法和无效的, 但这种非法和无效不能包括

⁶⁹² “南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议而在纳米比亚(西南非洲)继续存在对各国的法律后果”, 《1971 年国际法院报告书》, 第 16 页, 见第 56 页, 第 126 段, 国际法院在该案中认为: “委任统治的结束和宣布南非在纳米比亚的存在为非法, 对一种违反国际法而维持的局面, 在排除一切合法性的意义上, 应受到所有国家的反对”。

⁶⁹³ 参见安全理事会第 216 号决议(1965)。

⁶⁹⁴ 如见联大第 31/6A(1976)号决议, 安全理事会第 402(1976)号决议赞同; 联大第 32/105N(1977)号决议; 联大第 34/93G(1979)号决议; 也见联合国安全理事会各位主席对“建立”文达和西斯凯发表的声明: S/13549, 1979 年 9 月 21 日; S/14794. 1981 年 12 月 15 日。

⁶⁹⁵ 另见第 20 条评注第(7)段和第 45 条评注第(4)段。

某些行为，如出生、死亡和婚姻登记，无视这样做的后果，只能对该领土的居民造成损害。”⁶⁹⁶

譬如，欧洲人权法院便既实行了不承认的原则，又遵守了这一限定。⁶⁹⁷

(11) 第 2 款中的第 2 项义务，对第 40 条意义上的严重违背行为造成的情况，禁止各国协助或援助保持该情况。这一点超出了第 16 条中有关援助或协助国际不法行为的规定。它涉及“事后”行为——协助负有责任的国家维持一种情况，一种“违反国际法维持的情况，在排除其一切合法性的意义上，应受到所有国家的反对”。⁶⁹⁸ 它将严重违背义务的行为，扩大到维持该项违背行为造成的情况，而且适用于无论违背行为是否仍在继续。至于“援助或协助”的内容，第 41 条应与第 16 条联系起来看。具体而言，第 16 条中的援助或协助的概念，假定国家“知道该国际不法行为的情况”。在第 41 条第 2 款中则无须提出这一要求，因为很难想象一国没有注意到另一国犯下了严重违背义务的行为。

(12) 在某些方面，第 2 款中的禁止可以看作是不承认义务合乎逻辑的延伸。但就行为而言，它有一套单独的适用范围，这并不意味着承认第 40 条意义上的严重违背行为所造成的情况。这种单独存在得到了例如安全理事会决议的确认，禁止给予任何援助或协助，维持非法的南非种族隔离制度和葡萄牙的殖民统治。⁶⁹⁹ 同不承认义务的情况一样，那几项决议似乎表达了一个总的思想，适用于所有在第 40 条意义上严重违背行为所造成的情况。

(13) 根据第 3 款，第 41 条不妨碍第二部分中列举的其他后果，和第 40 条意义上的严重违背行为可能引起的其他后果。这一款的目的是有两个。第一，它明确提出，第 40 条意义上的严重违背行为可引起对第二部分第一章和第二章中的所有违背

⁶⁹⁶ “南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议而在纳米比亚(西南非洲)继续存在对各国的法律后果”，《1971 年国际法院报告书》，第 16 页，见第 56 页，第 125 段。

⁶⁹⁷ *Loizidou v. Turkey, Merits, E.C.H.R.Reports 1996-VI, p.2216; Cyprus v Turkey (Application no. 25781/94), judgment of 10 May 2001, paras, 89-98.*

⁶⁹⁸ “南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议而在纳米比亚(西南非洲)继续存在对各国的法律后果”，《1971 年国际法院报告书》，1971 年，第 16 页，见第 56 页第 126 段。

⁶⁹⁹ 例如参照关于葡萄牙殖民地问题的安全理事会第 218(1965)号决议和关于南非的安全理事会第 418(1977)号决议和第 569(1985)号决议。

行为规定的法律后果。因此，第 40 条意义上的严重违背行为产生一项义务，要求负有责任的国家停止不法行为，继续履行义务，如果需要的话，作出担保和保证不再重犯。根据同样理由，它也引起一项义务，根据这一部分第二章中提出的规则作出赔偿。这些义务的大小无疑将受到有关违反行为严重性的影响，在有关条文的实际行文中已考虑到这一点。

(14) 第二，第 3 款还考虑到了对严重违背行为国际法可能规定的其他后果。这可由具体的首要规则作出规定，如禁止侵略的情况。因此，第 3 款承认，第 40 条意义上的严重违反行为，国际法还可承认进一步的法律后果。第三章没有明确讲到这些进一步的法律后果，并不妨碍当今国际法或国际法的进一步发展对这些法律后果的承认。此外，第 3 款还反映了一个认识，即严重违背行为的法律制度本身仍处于发展阶段。虽然载列了第 40 条含义范围内的严重违背义务行为的一些基本法律后果，第 41 条并无意排除今后对这类违背义务行为引起的后果制定一套更详细制度的可能性。

第三部分

一国的国际责任的履行

第三部分涉及国家责任的履行，即涉及履行由于一国犯有国际不法行为而在第二部分之下对该责任国引起停止和赔偿的义务。虽然不论另一国是否加以援引，都会在国际法之下引起国家责任，但仍有必要具体规定面临一项国际义务遭到违反情况的其他国家可以做什么，这些国家可采取何种行动，以确保责任国履行停止和赔偿的义务。这一点有时称为国家责任的履行，是第三部分的主题事项。第三部分分为两章。第一章涉及其他国家援引国家责任以及某些相关问题。第二章涉及为了使责任国停止有关行为并提供赔偿而采取的反措施。

第一章

一国责任的援引

(1) 本《条款》的第一部分大致从一国违反任何国际义务的角度确定该国的国际不法行为。第二部分界定国际不法行为在责任方面的后果，即责任国的义务，而

不是任何其他国家、人或实体的权利。第三部分涉及国家责任的履行，即涉及其他国家援引责任国的国际责任的权利以及此种援引的某些方式。其他人或实体由于一项国际义务遭违反而可享有的权利，由第 33 条第 2 款加以保留。

(2) 对责任的援引至关重要的，是受害国概念。受害国是指其单独权利由于国际不法行为而遭到剥夺或损害，或由于该行为而特别受到影响的国家。这一概念在第 42 条中提出，本章其他条款中的各项后果都来自这一概念。由于本《条款》涵盖多项国际义务，因此，有必要认识到，许多国家可能在法律上有意援引责任，并确保所涉义务得到履行。的确，在某些情况下，所有国家都可能这样做，即便其中没有一个国家由于违反而单独或特别受到影响。⁷⁰⁰ 第 48 条确认了这一可能性。第 42 条和第 48 条涉及国家有权援引另一国的责任。这两个条款设法避免由于采用诸如“直接”或“间接”伤害，以及“客观”或“主观”权利等可能引起歧义的措辞而产生的问题。

(3) 第 42 条提及的是单个国家(“一受害国”)，但是，遭受某项国际不法行为伤害，因而有权作为受害国援引责任的国家可能不止一个。第 46 条表明了这一点。第 42 条和第 48 条并不是相互排斥的。很可能出现这样的情况：一国在第 42 条的意义上遭受“伤害”，其他国家有权根据第 48 条援引责任。

(4) 第一章还涉及一些相关问题：一国想要援引另一国责任情况下的通知规定(第 43 条)，与要求可否被受理有关的某些方面(第 44 条)，援引责任权利的丧失(第 45 条)，以及可就相同的国际不法行为援引多个国家的责任的情况(第 47 条)。

(5) 还必须提及第 55 条，该条阐明本《条款》的剩余性质。除了引起国家的国际义务以外，特别规则还可确定哪个或哪些其他国家有权援引由于国际义务遭到违反而产生的国际责任，并决定这些国家可寻求何种补救办法。例如，1919 年《凡尔赛条约》第 396 条就是这样，该条是在 *The S.S. Wimbledon* 所作裁决中⁷⁰¹ 涉及的主题。《欧洲人权公约》第 33 条也是如此。在每一情形中，此类条款是否将具有排他性质即作为特别法加以适用，将依解释而定。

⁷⁰⁰ 参看国际法院的意见：就普遍义务遭违反而言，“可以认为，所有国家都在法律上有着利害关系”：“巴塞罗那有轨电车、照明和电力有限公司案，第二阶段”，《1970 年国际法院报告书》，第 3 页，见第 32 页，第 33 段，在第二部分第三章评注第(2)段中引用过。

⁷⁰¹ 1923 年，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号。有四个国家在此案中援引德国的责任，但至少其中一国，即日本，在 *S.S. Wimbledon* 的航行中无具体的利害关系。

第 42 条

一 受害国援引责任

一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任：

- (a) 被违背的义务是个别地对该国承担的义务；或
- (b) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团或对整个国际社会承担的义务，而且该义务的被违背：
 - (一) 特别影响到该国；或
 - (二) 根本改变了作为该义务当事方的所有其他国家在继续履行该义务上所处的地位。

评 注

(1) 第 42 条规定，国家责任的履行首先是“受害国”的一项权利。该条款对这一措词作了较为狭义的界定，对单个国家或者少数国家受到的伤害与一些国家或所有国家在为共同利益而规定的某些义务中的法定权益作了区分。后者在第 48 条中得到述及。

(2) 本章围绕一国援引另一国的责任这一点加以论述。为此，援引应当理解为采取较为正式的措施，例如，对另一国提出要求，或向一国际法院或法庭提起诉讼等。一国不会仅仅因为指责另一国违背义务，呼吁遵守义务，甚至保留其权利或提出抗议而援引该国的义务。为本条款的目的，抗议本身不属于援引责任，抗议有着各种形式和目的，而且并不限于涉及国家责任的情形。通常，并无这一规定，即一国如想要抗议另一国违背一项国际义务或提醒其履行在某项条约之下的国际责任或其承担的其他义务，应当确立这样做的任何特定权利或权益。此种非正式外交接触不构成援引责任，除非此种接触包含有关国家提出的具体要求，如要求就影响到该国的某种违反作出补偿，或包含诸如向一主管国际法庭提出请诉书等具体行为，⁷⁰²

⁷⁰² 1965 年《华盛顿公约》（《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》，《联合国条约汇编》，vol. 575,p.159）第 27 条第(2)款作了类似的区分，该款指出，在外交保护方面提出一项国际要求有别于“纯粹为了便利争端的解决的非正式的接触”。

或甚至采取反措施。为了采取此种步骤，即在本条款的意义上援引责任，需规定更为明确的权利。具体而言，要使一国能够独立地援引责任，该国应当具备这样做的明确权利，即一条约明确赋予的行动权⁷⁰³，或者，该国必须被视为一受害国。第42条的目的是界定这后一个类别。

(3) 第42条意义上的受害国有权采取本条款所考虑的一切补救手段。该国可援引第二部分规定的恰当的责任。该国也可——如第49条起始句所规定的那样——依照本部分第二章规定的规则采取反措施。受害国的情况应与任何其他可能有权——例如根据关于有权为某种共同的总体利益而援引责任的第48条——援引责任的国家区分开来。第42条起始句明确作出了此种区分。“一国有权作为受害国援引……的责任”。

(4) 第42条中的定义紧密参照《维也纳条约法公约》第60条，⁷⁰⁴然而这两个条款的范围和目的却不同。第42条涉及对一项国际义务的任何违反，不论其性质如何，而第60条则涉及对条约的违反。此外，第60条完全涉及条约缔约国将另一缔约国对该条约的重大违反作为暂停或终止条约的理由的权利。该条款并不涉及对违反条约的责任问题。⁷⁰⁵这就是为什么第60条仅限于对条约的“重大”违反。只有出现重大违反，方可终止或暂停条约，而就国家责任而言，任何对条约的违反，不论严重程度如何，都引起责任。尽管有着这些差别，将第42条与第60条作类比是有道理的。第60条设法确定有资格通过终止或暂停某项条约而个别地并以其本身权利对一项重大违反作出反应的缔约国。就一项双边条约而言，这项权利只能归于另一缔约国，而就一项多边条约而言，第60条第2款并不允许每一其他国家因重大违反而终止或暂停该条约。另一国必须因这一违反而受到特别影响，或者至少单独地受到影响，因为这一违反必然损害或破坏其本身进一步履行条约的基础。

(5) 与《维也纳条约法公约》第60条考虑到的情形相平行，第42条也确定了三种情形。首先，为了作为受害国援引另一国的责任，一国必须对一项义务的履行拥有单独的权利，即一双边条约缔约国相对另一缔约国所拥有的权利((a)项)。其次，一国可能由于其为一方的义务遭到违反而特别受到影响，即便不能说该义务是单独地对其承担的((b)项(一)目)。第三，也许出现这一情况：责任国履行所涉义务是所有

⁷⁰³ 就第42条而言，此种条约权利可被视为一项特别法：见第55条和评注。

⁷⁰⁴ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，vol.1155,p.331。

⁷⁰⁵ 参看《维也纳公约》，同上，第73条。

其他国家履行该项义务的一项必要条件((b)项(二)目),这就是所谓的“整体义务”或“相互依存性义务”。⁷⁰⁶在上述每一种情形中,受害国可能的暂停或终止义务或暂停或终止履行义务,作为一项补救措施可能对受害国几乎并不重要。受害国主要关注的,是通过停止和赔偿恢复法定关系。

(6) 根据第 42 条(a)项的规定,如被违反的义务是单独对一国承担的,该国即为“受害国”。“单独”一词表明,在此种情形中,须为该国履行义务。一项在两个缔约国缔结的一双边条约之下产生的义务必然是这样,但其他情形中的情况也会如此,例如,一国对另一国作出的单方面承诺就是这样。一项一般国际法规则之下的情况也许就是如此:例如,关于国际河流的非航行使用的规则就可引起一沿岸国与另一国之间的单独义务。或者,一多边条约之下的情况也是如此:依据该条约,一缔约国须对另一国履行某项义务。例如,接受国在《维也纳外交关系公约》第 22 条⁷⁰⁷之下为一使团的房地提供保护的义务,是对派遣国承担的。此类情形将与这一情形形成对照:义务的履行总的来说同时针对条约各缔约方,是不加区别的,也不是针对单个缔约方的。确定一项义务属于哪一类别,将依据解释和主要规则的适用。下文的论述只是起说明作用。

(7) 属于(a)项范围的情形的一个显而易见的例子,是双边条约关系。如一国违反一项其履行是专门针对另一国的义务,后者即为第 42 条意义上的“受害国”。其他例子有一国依其对另一国承担义务的有约束力的单方面行为;或是规定对第三国而非对条约缔约方承担的义务的条约等。⁷⁰⁸如果这一点得到肯定,即打算让有利于第三国的承担或规定的受益者获取对所涉义务的履行的实际权利,那么这些受益者就会因承诺或规定遭违反而受到伤害。另一个例子,是一国际法院或法庭对诉讼中的一缔约国规定有利于另一方的义务的具有约束力的裁决。⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ “整体”义务概念由条约法特别报告员 Fitzmaurice 提出:见《1957 年...年鉴》,vol.II, p.54。该术语被用来指并非在“须全部承担”基础上承担的人权义务或环境义务,因而有时意思不明确。“相互依存性义务”一语也许较为恰当。

⁷⁰⁷ 《维也纳外交关系公约》,《联合国条约汇编》,vol.500,p.95。

⁷⁰⁸ 参看《维也纳条约法公约》,《联合国条约汇编》,vol.1155,p.331. art.36。

⁷⁰⁹ 例如见《国际法院规约》第 59 条。

(8) 此外, (a)项想要涵盖一多边条约或习惯国际法之下的义务的履行是为了某一特定国家的情形。在这方面, (a)项的范围有别于《维也纳条约法公约》第 60 条第 1 款的范围, 后者依赖双边条约(而不是多边条约)的形式标准。但是, 虽然一多边条约通常确立一个适用于所有缔约国的规则框架, 在某些情况下, 其在一特定情形中的履行涉及两个缔约方之间具有双边性质的关系。此种多边条约往往被视为引起“大量双边关系”。⁷¹⁰

(9) 将某一国列为由于《维也纳外交关系公约》之下的义务遭到违反而受害的国家, 并不排除这一点, 即所有缔约国都可能在遵守国际法以及延续多年来建立和达成的国际机构与安排方面有着总的利害关系。在“外交和领事人员”案中, 国际法院在提及了伊朗在参与扣押外交和领事人员方面的行为的“完全非法性质”之后, 提请……

“整个国际社会——伊朗本身自远古以来就是其成员——注意本法院现在受理的这种事件可能造成的无法补救的损害。此类事件定将损害全人类数百年来精心建筑的法律大厦, 维护这一大厦对当今这一复杂的国际社会的安全和福利至关重要, 对于这一大厦, 现在比以往任何时候都重要的是, 为确保国际社会成员之间关系的有序发展而制定的规则, 应当不断得到严格的遵守。”⁷¹¹

(10) 虽然关于多边义务的论述总的来说以在多边条约之下产生的义务为重点, 但类似的考虑也适用于在习惯国际法规则之下的义务。例如, 关于国家间外交或领事关系的一般国际法规则确立了接受国和派遣国之间的双边关系, 如一接受国

⁷¹⁰ 例如见 K. Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the ‘Injured State’ and its Legal Status”, *Netherlands International Law Review*, vol. 35 (1988), p. 273, at pp. 277-8; B. Simma, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, in Y. Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (London, Nijhoff, 1989) p. 821, at p. 823; C. Annacker, “The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations”, *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 46 (1993-94), p. 131, at p. 136; D.N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, 《英国国际法年鉴》, vol. 59 (1988), p. 151, at pp. 154-5.

⁷¹¹ “美国驻德黑兰外交和领事人员”案, 《1980年国际法院报告书》, p. 3, at pp. 42-3, 第 92 段。

违反这些义务，就会使在特定情形中对其承担义务的派遣国受到伤害。

(11) (b)项涉及由于违反集体义务而造成的伤害。集体义务是指在两个以上的国家间适用的义务，这些义务并不只是为一国单独履行的，而是为一国家集团甚至是为整个国际社会履行的。在符合附加规定的前提下，对这些义务的违反仅使任何特定国家受害。第 42 条(b)项采用“国家集团”这一表达方式，并不是说该集团有任何单独的存在形式，或是说它具有单独的法人资格。确切地说，这一措词是用来指一国家群体，该群体由世界上或某一区域的所有国家或相当数目的国家组成，这些国家集合起来以达到某种集体目的，并且为此可被视为构成一功能性国家共同体。

(12) (b)项(一)目规定，一国如果由于一项集体义务遭违反而受到“特别影响”，即为受害国。“特别影响”一词取自《维也纳条约法公约》第 60 条第 2 款(b)项。即便是在一国际不法行为的法律影响波及受义务约束的整个国家集团或整个国际社会的情况下，该不法行为也可能对某一国家或少数国家产生特定的不利影响。例如，一起违反《联合国海洋法公约》第 194 条的污染公海案件，可能尤其影响到一国或数国，这一国或数国的海滩可能被有毒残留物污染，其近海渔场可能被关闭。在此案中，除了 1982 年《公约》缔约国在维持海洋环境方面的任何总体利害关系外，这些沿岸国应被视为违反行为的受害国。和《维也纳公约》第 60 条第 2 款(b)项一样，(b)项(一)目并未界定一国为被视为“受害国”必须承受的特别影响的性质或程度。这一点，须在考虑到被违反的主要义务的目标和宗旨及各起案件的实情的前提下，以具体情况具体处理的方式加以评估。一国要被视为受害国，它受到的违约行为的影响就必须有别于作为该义务当事方的其他国家受到的一般影响。

(13) 相形之下，(b)项(二)目涉及一特殊的义务类别，对这些义务的违反须视为本身影响到作为该义务当事方的每一其他国家。《维也纳条约法公约》第 60 条第 2 款(c)项确认了相似的一类条约，即“由于条约性质关系，遇一当事国对其规定有重大违反情事，致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变”。这类条约包括一项裁军条约，⁷¹² 一项无核武器区条约，或每一缔约方的履行实际上以每一其他缔约方的履行为条件的任何其他条约。第 60 条第 2 款(c)项规定，此种条约的

⁷¹² 在成为第 60 条的案文内容的委员会评注中列举的那个例子：《1996 年...年鉴》，第二卷 p.255,第(8)段。

任何缔约国均不仅可在与责任国的关系中终止或暂停履约，而且总的来说可在与所有其他缔约方的关系中终止或暂停履约。

(14) 相同的考虑基本适用于为国家责任目的的此种义务。其他缔约国或许无意终止或暂停此种义务，而是要继续履行此种义务，这些缔约国必须都被视为单独有权对一违反作出反应。不论其中是否有任何缔约国特别受到影响，这一点都是如此；甚至这些缔约国可能都受到同等程度的影响，而且可能都没有遭受为第 36 条目的的可定量的损害。然而，它们可能特别关注停止以及赔偿的其他方面，尤其是恢复原状。例如，如果一《南极条约》缔约国违背该条约第 4 条，对南极洲一未予提出要求的区域提出主权要求，其他缔约国应被视为因此受到伤害，因而有权依照第二部分寻求停止、恢复原状(以宣布这一要求无效的方式)以及保证不再违反。

(15) 本条款涉及国际法之下不论来自何种渊源的义务，而且并不限于条约义务。实际上，(b)项(二)目涵盖相互依存性义务通常将在规定某些制度的条约之下产生。即便是在此类条约之下，也未必出现对义务的任何违反都会损害所有其他有关国家的履约这一情况，因此，有必要将该款的范围定得窄一些。据此，只有在违反的性质如此，以致于在根本上影响到对其承担义务的所有其他国家对权利的享受或对义务的履行的情况下，才能依据(b)项(二)目，将一国视为受害国。

第 43 条

一受害国通知其要求

1. 援引另一国责任的受害国应将其要求通知该国。
2. 受害国可具体指明：
 - (a) 从事一项持续性不法行为的责任国应如何停止该行为；
 - (b) 应根据第二部分的规定采取哪种赔偿形式。

评 注

(1) 第 43 条涉及一受害国在援引另一国责任时须采用的方式。该条适用于第 42 条界定的受害国，但依据第 48 条援引责任的国家也须遵守该条的规定。⁷¹³

(2) 虽然国家责任是通过关于一国犯下一国际不法行为的法律的运作引起的，但实际上，如果一受害国和/或其他相关国家想要寻求停止或赔偿，这类国家就有必要作出反应。此种反应可有多种形式，有以非正式和秘密方式提醒有必要履行义务，也有正式抗议、磋商等。此外，如一受害国已注意到一项违反，但未能作出反应，这会产生法律后果，包括最终以放弃或默许方式丧失援引责任的权利。第 45 条涉及援引责任权利的丧失。

(3) 第 43 条规定，想要援引另一国责任的受害国应将其要求通知该国。该条款类似于《维也纳条约法公约》第 65 条。⁷¹⁴ 第 43 条之下的通知无需以书面形式作出，该通知也不是执行提供赔偿的义务的条件。此外，通知规定的规定并不意味着不履行一项国际义务的通常后果是发出一项要求声明。然而，一受害国或相关国家有权对违反作出反应，第一步应当是提请责任国注意有关情况，并要求责任国采取恰当步骤停止违反行为并提供补救措施。

(4) 本《条款》的作用不是详细规定援引责任应采取的形式。实际上，提出责任要求的政府级别是不同的，这取决于要求的重要程度以及有关国家之间的总的关系。在“瑙鲁某些磷酸盐地”案中，澳大利亚认为，瑙鲁的要求应不予受理，因为“该要求没有在一合理时间内提出”。⁷¹⁵ 国际法院提及这一点，即该要求曾在瑙鲁于 1968 年独立之前提出，但未获解决。国际法院还提及以下新闻报道：瑙鲁新任总统曾在独立节讲话中提到该要求，而且，据推论，曾在随后与澳大利亚的一些部长的来往信函和会谈中提到该要求。不过，国际法院也指出……

⁷¹³ 见第 48 条第 3 款及评注。

⁷¹⁴ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，vol. 1155.p/331。

⁷¹⁵ “瑙鲁某些磷酸盐地案(瑙鲁诉澳大利亚)，初步反对意见”，《1992 年国际法院报告书》，第 240 页，见第 253 页，第 31 段。。

“只是到了 1983 年 10 月 6 日，瑙鲁总统才致函澳大利亚总理，说其设法同情地重新考虑瑙鲁的立场。”⁷¹⁶

国际法院将双方的信函来往和联络情况归纳如下：

“本法院……注意到，瑙鲁最迟于 1969 年 2 月 4 日被正式函告了澳大利亚对恢复在 1967 年 7 月 1 日之前被开采尽了的磷酸盐地问题的立场。瑙鲁只是到了 1983 年 10 月 6 日才以书面方式对该立场提出异议。但是，在此期间，正如瑙鲁所述——澳大利亚未对其陈述提出质疑——瑙鲁总统曾两次向澳大利亚主管机构提出这一问题。本法院认为，鉴于澳大利亚和瑙鲁之间的关系的性质，以及采取的相应步骤，瑙鲁的请诉书并不因时间的推移而变得不予受理。”⁷¹⁷

在这种情况下，可以看出，由于提出要求者进行的联络，被告国意识到了这一要求，即便这些联络采用新闻界报道讲话或会晤的形式，而不是正式的外交信函的形式。

(5) 在通知一项要求时，一受害国或有关国家通常具体表示：它认为责任国需采取何种行动来停止任何持续进行的不法行为，赔偿应采取何种形式。例如，第 2 款(a)项规定，受害国可向责任国表示应采取何种行动以停止持续进行的不法行为。此种表示就其本身而言并不对责任国具有约束力。受害国只能要求责任国遵守其义务，一项国际不法行为的法律后果不是由受害国加以规定或界定的。但是，知道何种行动会使受害国满意也许会对责任国有利，这样可以便利争端的解决。

(6) 第 2 款(b)项涉及受害国选择赔偿形式问题。一般来说，一受害国有权在现有的赔偿形式中作出选择。例如，受害国可以选择补偿而放弃恢复原状，如德国在“霍茹夫工厂”案⁷¹⁸中所做的那样，或者如芬兰在解决“穿过大海峡”案⁷¹⁹过程中

⁷¹⁶ 同上，见第 254 页，第 35 段。

⁷¹⁷ 同上，at pp. 254-255, para.36.

⁷¹⁸ 正如常设法院在“霍茹夫工厂”案(“管辖权”，1927 年，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 9 号，at p.17)中指出的，争端到了这一阶段，德国已不再以有关的德国公司的名义要求归还所涉工厂或该工厂的内含物。

⁷¹⁹ 在“穿过大海峡”案(芬兰诉丹麦)(“临时措施”，《1991 年国际法院报告书》，p.12)中，国际法院不接受丹麦的这一论点，即如果依据案情认为建造横跨 Great Belt 的桥梁会造成丹麦违反国际义务这一结果，就无法恢复原状。关于最终解决的条件，见 M. Koskenniemi, “L'affaire du passage par le Grant-Belt”, A.F.D.I., vol.XXXVIII(1992), p. 905, at p. 940.

最终选择的那样。或者，受害国会满足于宣告性补救办法，不论是在总体上，还是就要求的某一方面而言。另一方面，存在着这样的情形：一国不得将赔偿搁置一边从而使问题处于未决状态，例如在案件涉及个人的生命或自由，或人民对其领土的权利或其自决权的情况下。具体来说，只要存在持续性义务，而且其履行并非仅涉及有关的两个国家，这两个国家就可能无法依一解决办法解决有关情势，正如一受害国无法自行使责任国无需履行其对一大的国家集团乃至对整个国际社会承担的持续性义务那样。

(7) 由于受害国选择可取的赔偿形式的的能力受到上述限制，第 43 条未以绝对方式阐明选择权。相反，该条款就一受害国可在要求的通知或随后的信函中列入何种资料向该国提出指导意见。

第 44 条

可否提出要求

在下列情况下不得援引一国的责任：

- (a) 不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出要求；
- (b) 该项要求应适用用尽当地补救办法规则，而任何可利用的有效当地补救办法尚未用尽。

评 注

(1) 本《条款》不涉及国际法院或法庭的管辖问题，总的来说，也不涉及提交此类法院或法庭的案件可予受理的条件。确切地说，本《条款》对确定一国的国际责任的条件以及另一国或多个国家援引该责任的条件作出界定。因此，本《条款》的作用不是处理诸如有关在提起诉讼之前须用尽其他和平解决手段的规定等问题，也不是处理诸如可能关系到一国际法庭相对于另一法庭的管辖权的诉讼未决期间或选举等学说。⁷²⁰ 相形之下，某些在一国际法院提出时会被列为可否受理问题的问题，

⁷²⁰ 关于对涉及提交法院的国际要求的管辖和可否受理问题的一系列考虑的论述，见 G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (Paris, Pédone, 1967); G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Cambridge, Grotius, 1986), vol. II, pp. 427-575; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* (3rd edn) (The Hague, Nijhoff, 1997), vol. II, "Jurisdiction".

是较为重要的。这些问题是援引一国责任须首先满足的条件。第 44 条涉及两个这样的问题：要求的国籍规定和用尽当地补救办法。

(2) (a)项规定，援引一国的责任必须依照与要求的国籍有关的任何适用规则进行。正如常设法院在 *Mavrommatis Palestine Concessions* 案中所说的……

“一国有权在其国民因另一国犯下的违反国际法的行为而受伤害，并且无法通过正常渠道从另一国得到抵偿的情况下，为其国民提供保护，这是一项国际法基本原则。”⁷²¹

(a)款并不试图详细规定要求的国籍规则或该规则的例外。确切地说，该款表明，要求的国籍规则不仅与管辖问题或司法机关是否受理要求问题相关，而且还是在该规则可适用的情形中援引责任的一项总的条件。⁷²²

(3) (b)款规定，在应对要求适用用尽当地补救办法的情况下，如任何可采用的有效的当地补救办法未能用尽，所涉要求就不予受理。该款措辞较为笼统，目的是涵盖用尽当地补救办法规则不论是依据条约还是依据一般国际法所适用的任何情形，而且所涉领域不一定限于外交保护。

(4) 当地补救办法规则被国际法院一法庭在 *ELSI* 案中称为“一项重要的习惯国际法原则”。⁷²³ 针对为求偿国的一家公司提出的一项要求，该法庭将该规则作简要界定如下：

⁷²¹ 1924 年，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 2 号，p. 12。

⁷²² 要求的国籍问题将在国际法委员会有关外交保护的的工作中得到详细处理。见“关于外交保护专题的特别报告员的第一次报告”，A/CN.4/506。

⁷²³ *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *I.C.J. Reports* 1989, p. 15, at p. 42, para. 50. 还见 *Interhandel, Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports* 1959, p. 6, at p. 27. On the exhaustion of local remedies rule generally, 例如，见 C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, Grotius, 1990); J. Chappex, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes* (Paris, Pédone, 1972); K. Doehring, "Local Remedies, Exhaustion of", in *Encyclopedia of Public International Law*, (R. Bernhardt, ed.) (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. 3, pp. 238-242; G. Perrin, "La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la C.D.I.", *Festschrift für R. Bindschedler* (Bern, Stämpfli, 1980), p. 271. 关于与违反人权义务有关的用尽当地补救办法规则 例如，见 A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law Its Rationale in the International Protection of Individual Rights* (Cambridge, Cambridge University Press, 1983); E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées* (Paris, Pedone, 1995), pp.65-89.

“一项国际要求[以单个国民或公司的名义提出]要得到受理的条件是：该项要求的实质曾在主管法庭提出，而已在当地法律和程序允许的范围内得到寻求，但未获成功。”⁷²⁴

因而，该法庭认为，用尽当地补救办法在原则上有别于“案件的是非曲直”。⁷²⁵

(5) 在援引一国的责任之前须用尽的，只是那些“可利用和有效的”当地补救办法。仅在纸面上存在一国的国内法之下的补救办法这一点，并不意味着须在每一情形中利用这些补救办法。具体而言，没有规定须利用一种无法使局势得到纠正的补救办法，例如，从一开始就可以看出，当地法院将适用的法律只会致使任何上诉被驳回。除此之外，第 44 条(b)项并没有试图详细规定用尽当地补救办法规则的范围和内容，而是将这一点留给国际法有关规则加以处理。⁷²⁶

第 45 条

援引责任权利的丧失

在下列情况下不得援引一国的责任：

- (a) 受害国已以有效方式放弃要求；或
- (b) 受害国基于其行为应被视为已以有效方式默许其要求失效。

评 注

(1) 第 45 条类似于《维也纳条约法公约》关于丧失援引条约失效或终止理由之权利的第 45 条。这条述及受害国或有关其他国家可能丧失援引不法行为国责任之权利的两种情况：放弃和默认其要求失效。在这一方面，需要区别第 42 条提到的受害国和有关其他国家对违背义务行为采取的立场。有效地放弃或解决责任国和受害国或所有受害国(如果受害国不止一个)之间的责任争端，则不得再提出任何赔偿要求。第 48 条提到的各国采取的立场不会具有这种效应。

⁷²⁴ Elettronica Sicula, *I. C. J. Reports 1989*, p. 15, at p. 46, para 59.

⁷²⁵ 同上, at p. 48, para. 63.

⁷²⁶ 这一专题将在国际委员会有关外交保护的的工作中得到详细述及。见“关于外交保护专题的特别报告员的第二次报告”，A/CN.4/514。

(2) (a)项述及受害国放弃对违背义务行为本身或对该行为的后果提出权利要求的情况。这体现了特定国家可免除权利或义务方面的一般同意原则。

(3) 在有些情况下，放弃可能仅仅适用于受害国和责任国之间法律关系的某一方面。例如在“俄罗斯赔偿”案中，俄罗斯使馆反复要求土耳其赔偿相当于一笔贷款本金的某一项款，而只字不提利息或拖延的损失。由于土耳其已支付了所要求的款项，法庭认定，这一行为相当于放弃贷款所产生的任何其他要求。⁷²⁷

(4) 放弃只有以有效方式进行才具有效力。至于国家同意的其他表明形式，放弃可能会引起有效性的问题，例如国家或国家代表可能受到胁迫，或者责任国错误解释这些事实而引起的案情方面的重大错误。使用“有效放弃”这一词是为了将何种行为相当于有关情况下的有效放弃这一问题留给普通法解决。⁷²⁸ 这方面特别重要的问题是受害国在依一般国际法强制性规范所产生的一项义务(特别是适用第 40 条的一项义务)遭到违背后表示同意的问题。由于这种违背义务行为关系到整个国际社会的利益，即使受害国表示同意或默许，国际社会也有可能表示关注，以确保按国际法解决这一问题。

(5) 尽管可以根据有关国家的行为或单方面声明来推断放弃，但这种行为或声明必须是明确无疑的。在“瑙鲁某些磷酸盐地”案中，有人辩称，瑙鲁当局在独立时就磷酸盐业的前景签署了一项协定并发表了声明，因此在独立之前就放弃了复原要求。至于协定，谈判记录表明，曾经提出过放弃复原要求问题，但没有被接受，而协定本身没有谈到这一点。至于声明，有关声明是不明确和含糊不清的。法院判定，不存在任何放弃，因为有关行为“始终没有导致明确和毫不含糊地放弃其要求”。⁷²⁹ 特别是，这些声明“尽管措辞上有些含糊不清……，但并不意味着背离瑙鲁人民代表在各联合国机关明确和反复表达的观点”。⁷³⁰

(6) 正如一受害国可以明确放弃援引责任的权利一样，它也可以默认这种权利的丧失。(b)项述及一受害国基于其行为应被视为已以有效方式默许其要求失效的情

⁷²⁷ 《联合国国际仲裁裁决报告书》，第十一卷，p.421(1912年)，at p.446。

⁷²⁸ 参阅关于第 20 条所规定有效同意的立场：见第 20 条评注第(4)-(8)段。

⁷²⁹ “瑙鲁某些磷酸盐地案(瑙鲁诉澳大利亚)，初步反对意见”，《1992 年国际法院报告书》，p.240, at p.247, 第 13 段。

⁷³⁰ 同上，p.250, 第 20 段。

况。这一条强调，国家的行为是确定要求失效的标准，而国家行为视情况可以包括不合理的延误。如果要求没有得到解决，时间流逝本身并不足以构成默许，尤其是当受害国尽一切可能保持其要求时，更是如此。

(7) 国际法院在“瑙鲁某些磷酸盐地”案中下列一段话中认可了一国可能通过默许丧失其援引责任权利的原则：

“法院承认，即便没有任何可适用的条约规定，请求国一方的拖延也可能使申请变得不可受理。不过，法院还指出，国际法也没有就此规定任何具体的时限。因此应由法院参照每个案件的情况，决定时间的推移是否使申请变得不可受理。”⁷³¹

在 LaGrand 案中，国际法院认定，德国的上诉可予以受理，即使德国在知晓违背义务行为几年之后才提起诉讼。⁷³²

(8) 关于延误的规则方面的一个问题是，由于时间推移，可能给被告国造成额外的困难，例如在收集和提交证据方面。因此在 Stevenson 案和 Gentini 案中，提出了对被告国的程序公正的考虑。⁷³³ 与此相反，根据案件的情节，如果被告国不能确定存在任何对自身不利的情况，提出的延误抗辩则被驳回，因为它始终注意到该主张并就此收集和保存证据。⁷³⁴

(9) 此外，与“延误”这一词可能表明的含义相反，国际性法院并不仅仅计算

⁷³¹ 同上，at pp.253-254，第 32 段。法院接着指出，鉴于案情并考虑到这一问题的历史，瑙鲁的上诉并非由于这一理由而可受理：同上，第 36 段。它对被告国由于延误而受到损害的任何问题保留评论是非曲直的权利。另见第 13 条评注第(8)段。

⁷³² 见 LaGrand 案(德国诉美利坚合众国)，“临时措施”，《1999 年国际法院报告书》，p.9 和 LaGrand 案(德国诉美利坚合众国)，“案情”，2001 年 6 月 27 日的判决，第 53-57 段。

⁷³³ 见 Stevenson 案，《联合国国际仲裁裁决报告书》第九卷，p.385 (1903 年)；Gentini 案，同上，第十卷，p.557 (1903 年)。

⁷³⁴ 例如见 Tagliaferro 案，同上，第十卷，p.592(1903 年)，at.p.593；同样见 Stevenson 案的实际判决，同上，第九卷，p.385(1903 年)，at pp.386-387。

时间的推移并运用明确的时限。从来没有规定以年份表示的普遍接受的时限。⁷³⁵ 瑞士司法部于 1970 年建议以要求提出以后 20 至 30 年为时限。⁷³⁶ 其它国家表示, 对契约性权利要求的要求比对非契约性权利要求的要求更严格。⁷³⁷ 任何旨在为一般国际索赔制订任何确切或有限时限的试图都没有得到认可。⁷³⁸ 鉴于可能涉及的情况、义务和行为各不相同, 因此非常难以制定任何单一的时限。

(10) 一旦将权利要求通知了被告国, 延迟提起诉讼(如在一个国际法庭上提起)通常不会被认为使其不可受理。⁷³⁹ 因此在“瑙鲁某些磷酸盐地”案中, 国际法院认为, 瑙鲁在 1989 年正式提起法律诉讼之前, 已在与澳大利亚的双边谈判中提到其权利要求, 这就满足了要求。⁷⁴⁰ 在 Tagliaferro 案中, 仲裁人 Ralston 认为, 尽管造成损失已事过 31 年, 该要求仍可受理, 因为要求在伤害发生之后就立即提出。⁷⁴¹

(11) 总而言之, 一项要求不会由于延误而不可受理, 除非发生下列情况: 受害国因要求过迟而应被视为已默许, 或被告国处于严重不利地位。国际性法院通常以灵活方式衡量某一案件中的有关情况, 同时考虑到被告国的行为以及所涉权利的

⁷³⁵ 在有些案件中, 对特定条约引起的特定类别的权利要求规定了时限(例如《欧洲人权公约》第 35 条第 1 款规定个人申诉时限为 6 个月, 特别是对私法方面的权利要求(例如商业交易和国际运输领域)。见《联合国国际货物销售时效公约》, 1974 年 6 月 14 日, 纽约, 后经 1980 年 4 月 11 日议定书修正:《联合国条约汇编》, 第 1511 卷, p.99。与此相反, 关于国家间要求的条约规定受到任何明确时限限制是极为罕见的。

⁷³⁶ Communiqué of 29 December 1970, in *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, vol. 32(1976), p.153.

⁷³⁷ C. Fleischhauer, “Prescription”, in *Encyclopedia of Public International Law*, (R. Bernhardt, ed) (Amsterdam, North Holland, 1995), vol.3, p. 1105, at p.1107.

⁷³⁸ 大量的国际判决都强调没有普遍规则, 尤其没有按年份计算的任何具体时限。延误原则只是一种根据具体案例的事实作出的判断。除了“瑙鲁某些磷酸盐地”案以外, 另见 *Gentini* 案, 《联合国国际仲裁裁决报告书》第十卷, p.551(1903 年), at p.561; the *Ambatielos* arbitration, (1956) *I.L.R.*, vol. 23, p. 306, at pp. 314-317.

⁷³⁹ 关于权利要求通知同诉讼程序开始的区别的见解, 另见 R. Jennings and A. D. Watts(eds.), *Oppenheim's International Law*, (9th edn.) (London, Longmans, 1992) vol. I, p. 527; C. Rousseau, *Droit international public* (Paris, Sirey, 1983), vol. V, p. 182.

⁷⁴⁰ 《1992 年国际法院报告书》, p.240, at p.250, 第 20 段。

⁷⁴¹ Tagliaferro 案, 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第十卷, p.592(1903 年), at p.593.

重要性等问题。决定性因素是，被告国是否由于延误而遭受任何损害，因为被告方本来可以合理地预计要求不会再提出。即使有一些损害，也可以在确定赔偿形式或程度时加以考虑。⁷⁴²

第 46 条

数个受害国

在数个国家由于同一国际不法行为而受害的情况下，每一受害国可分别援引实施了该国际不法行为的国家的责任。

评 注

(1) 第 46 条是关于第 42 条所确定意义上的数个受害国的情况。它表明了这样的原则，即如果有数个受害国，每一受害国可自行分别援引对国际不法行为的责任。

(2) 几个国家可属于第 42 条下的“受害”国。例如，第 42 条(b)项(二)目意义上的一项相互依存义务的所有当事国由于该义务被违背而受到损害。在存在数个受害国的情况下，每一受害国均可要求停止仍在持续的不法行为，并要求对它遭受的损失索赔。这一结论从未受到质疑，而且隐含在第 42 条本身条款中。

(3) 数个国家针对同一国际不法行为提出要求的情况绝非罕见。例如，在“温布尔顿号轮船”案中，有四个国家根据《凡尔塞和约》第 386 条第 1 款向常设国际法院提起了申诉程序，该款允许“任何具有利害关系的国家”在《和约》关于基尔运河航行问题的规定被违反时提出申诉。法院指出，“关于基尔运河的规定的实施明显关系到四个申诉国中的每一国的利益，因为它们都有悬挂其国旗的舰队和商船”。法院认为，这四国中的每一国都适用第 386 条第 1 款，“尽管它们也许无法证明有任何金钱利益受到了损害”。⁷⁴³事实上，只有法国代表商船经营人提出要求并获得了赔偿。在关于 1955 年 7 月 27 日航空事故的案件中，美国、联合王国和以色列就一

⁷⁴² 见第 39 条和评注。

⁷⁴³ 1923,《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号，at p.20.

架以色列民用飞机被击毁并造成人命损失而对保加利亚提起了程序。⁷⁴⁴ 在“核试验”案中，澳大利亚和新西兰都各自声称因法国在穆拉罗阿环礁进行大气层核试验而使它们受到了种种损害。⁷⁴⁵

(4) 如果有关国家本身并未在对法律状况作出宣告之外单独提出赔偿要求，则它们究竟是以受害国的身份提出要求还是为了共同利益或总体利益而根据第 48 条援引责任并提出要求，也许并不清楚。其实，在此种情况下，只要它们明显属于这两类中的一类，也许没有必要非决定它们属于哪一类不可。如果有数个受害国本身或代表其国民提出赔偿要求，则每一国获得的赔偿显然应以其实际受到的损害为限。也有可能会出现受到同一行为损害的若干个国家提出的要求相互矛盾的情况。例如，某一个国家也许要求恢复原状，而另一个国家也许宁可获得赔偿。在此情况下，如果原状无法分割并如果后一国家选择赔偿是有其正当理由的，则也许宜对这两项要求都采取赔偿的解决办法。⁷⁴⁶ 总之，针对同一不法行为各自提出要求的两个受害国应协调它们的要求，以免出现双重追索。正如国际法院在关于赔偿的意见中所指出的，“国际法庭对于一项要求关系到两个或两个以上国家的利益的问题已经很熟悉，它们知道在此情况下如何保护被告国的利益。”⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ 法院认为它对以色列的要求不具有管辖权(见《1959 年国际法院报告书》，p.127)，而联合王国和美国随后也撤回了要求。以色列在诉状中指出几个要求国政府之间曾积极协调了它们的要求，并说：“从最早阶段即建立此类协调的一个主要理由是为了尽可能避免对保加利亚政府提出双重的要求，以防止双重赔偿的可能性。”“1955 年 7 月 27 日航空事故”案，“诉状、口头论证、文件”，p.106。

⁷⁴⁵ 见“核试验”案(澳大利亚诉法国)，《1974 年国际法院报告书》，p.253 at p.256；“核试验”案(新西兰诉法国)，《1974 年国际法院报告书》，p.457 at p.460。

⁷⁴⁶ 参看“罗多皮山脉中部森林”案，除其他外，仲裁人没有作出恢复原状的裁决，其理由是并非所有在恢复原状上具有利害关系的人或实体都提出了要求：《联合国国际仲裁裁决报告书》，第 3 卷，p.1405(1933)，at p.1432。

⁷⁴⁷ 《1949 年国际法院报告书》，p.174，at p.186。

第 47 条

数个责任国

1. 在数个国家应为同一国家不法行为负责的情况下，可对每一国家援引涉及该行为的责任。

2. 第 1 款：

- (a) 不允许任何受害国取回多于所受损失的补偿；
- (b) 不妨害对其他责任国的任何追索权。

评 注

(1) 第 47 条述及对同一不法行为有数个责任国的情况。它述及了这样的一般原则，即在这种情况下，每一国家均应分别对它造成的行为负责，这种责任并不因为一个或若干个其它国家也应对同一行为负责而有所减损或减轻。

(2) 在一系列情况下，几个国家可能对同一国际不法行为负责。例如，两个或更多的国家可能在有些情况下联手共同实施某项国际不法行为，在这种情况下，它们可被视为在整个行动中共同行动。在这种情况下，受害国可以要求每一责任国对整个不法行为负责。或者两个国家可能通过一个实施有关行为的共同机关采取行动，例如负责管理边界河流的联合机构。或者一国在另一国实施同一国际不法行为时可指示和控制该国，因此两国均应对这一行为负责。⁷⁴⁸

(3) 我们不能假定，这一方面的国内法律概念和规则可以直接适用于国际法。“共有”、“连带及个别”和“共同”责任等术语来自不同的法律传统，⁷⁴⁹ 因此进行类比时必须小心谨慎。在国际法中，数个责任国情况下的一般原则是，每一国家分别对它在第 2 条的含义范围内造成的行为负责。在有关国家之间没有相反的协定的

⁷⁴⁸ 见第 17 条和评注。

⁷⁴⁹ 关于共同或共有责任国内法的比较性综述，见 J. A. Weir, “Complex Liabilities” in A. Tunc(ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI, Torts, esp. pp. 43-44, §§ 79-81.

情况下，单独责任原则反映了一般国际法规定的立场。⁷⁵⁰ 然而在运用这项原则时可能产生这样的情况，某一行动方针既应归咎于几个国家，而且对其中的每一国家来说又是国际不法行为。这正是第 47 条述及的情况。

(4) 在“瑙鲁某些磷酸盐地”案中，⁷⁵¹ 澳大利亚这一唯一的被告代表三个有关国家管理作为《托管协定》规定的托管领土的瑙鲁。澳大利亚辩称，瑙鲁不能只单独控告澳大利亚，而应一并起诉其它两个有关国家。澳大利亚辩称，这两国为必要当事方，根据“货币黄金”案⁷⁵² 所定的原则，单独对澳大利亚提出的索赔是不可受理的。它还辩称，组成行政当局的三国的责任是“共同的”，不能只对其中一国提出索赔。法院驳回了这两个论点。关于“共同”责任，法院表示：

“……澳大利亚在这方面的初步反对意见似乎有两个部分，头一部分可以简单地论述。澳大利亚首先认为，鉴于瑙鲁的主张是基于澳大利亚作为根据《托管协定》组成的管理当局的三个国家之一的行为，根据这方面的责任的性质，只可以对这三个国家共同提出主张，而不能只对其中之一单独提出。在这方面，澳大利亚提到三国的赔偿责任是否为“连带和个别”（共同）责任的问题，即三国之中的任何一个要赔偿管理当局违背义务所造成的全部损害，而不只是赔偿三分之一或按其他的一些比例赔偿。这是法院必须留待审理实质问题时处理的问题，但与澳大利亚能否被单独控告无关。法院认为，不能够只因为诉讼主张引起领土的管理问题（与另外两个国家分担管理的问题）而在诉讼开始时就宣布不能受理只对三个国家其中之一提出的主张。无可否认，作为组成管理当局的三个国家其中之一，澳大利亚承担了《托管协定》规定的义务，而该协定的性质没有使法院不得审理针对澳大利亚违背那些义务而提出的诉讼主张。”⁷⁵³

⁷⁵⁰ 见第一部分第四章介绍性评注第(1)-(5)段。

⁷⁵¹ “瑙鲁某些磷酸盐地”案(瑙鲁诉澳大利亚)，“初步反对意见”，《1992 年国际法院报告书》，p.240。

⁷⁵² “1943 年从罗马转移货币黄金”案，《1954 年国际法院报告书》，p.19。另见第 16 条评注第(11)段。

⁷⁵³ “瑙鲁某些磷酸盐地”案，《1992 年国际法院报告书》，p.240, at p.258-259, 第 48 段。

法院谨慎地补充说，它对管辖权的裁判“并没有解决如果澳大利亚被裁定负有责任，澳大利亚应对瑙鲁所称的损害提供全部或局部赔偿的问题，在这方面，应考虑到委任统治和托管制度的特点，……特别是澳大利亚在管理领土方面发挥的特别作用”。⁷⁵⁴

(5) 条约有时会述及对一些国家所实施行为的责任范围问题。⁷⁵⁵ 一个著名的事例是1972年3月29日《空间物体所造成损害的国际责任公约》。⁷⁵⁶ 第四条第1款明确规定，两个国家发射的两个空间物体相撞对第三国造成损害，该两国应负“连带及个别责任”。赔偿的责任在某些情况下是严格的责任，在其它情况下是以过失为依据的。第四条第2款规定：

“就本条第一款所称负有连带及个别责任之所有案件而言……对损害所负之赔偿责任应按前二国过失之程度分摊之；倘该两国每造之程度无法断定，赔偿责任应由该两国平均分摊之。此种分摊不得妨碍第三国向负有连带及个别责任之发射国之任何一国或全体索取依据本公约应予给付之全部赔偿之权利。”⁷⁵⁷

这显然是一项特别法，它涉及对合法行为的赔偿责任，而不是本条意义上的责任。⁷⁵⁸ 与此同时，它表明，就受害国而言，“连带及个别”赔偿责任制可能相当于何种办法。

⁷⁵⁴ 同上，at p.262, 第56段。此案后来被协议撤销，澳大利亚同意分期支付相当于瑙鲁索赔全额的款项。后来另外两国政府也同意对争端解决付款缴费。见《1993年国际法院报告书》，p.322；关于1993年8月10日的《争端解决协定》，见《联合国条约汇编》，第1770卷，p.379。

⁷⁵⁵ 一种特殊情况是欧洲联盟及其成员国按照“联合协定”承担的责任，根据该协定，欧洲联盟及其所有或部分成员国都以本身的名义成为缔约方。另见《联合国海洋法公约》附件九，1982年12月10日，蒙特哥湾，《联合国条约汇编》，第1833卷，p.396。关于联合协定的一般情况，例如见A. Rosas, “Mixed Union – Mixed Agreements”, in M. Koskenniemi (ed.), *International Law Aspects of the European Union* (The Hague, Kluwer, 1998), p. 125.

⁷⁵⁶ 《联合国条约汇编》，第961卷，p.187。

⁷⁵⁷ 另见第五条第2款，其中对负有连带及个别责任的国家之间的赔偿作出了规定。

⁷⁵⁸ 关于对不法行为的国际责任和合法行为产生的国际赔偿责任之间的区别，见介绍性评注第4段。

(6) 根据第 47 条第 1 款，如果几个国家应对同一国际不法行为负责，对于该行为可以援引每一国家的责任。国际法的一般规则是一国应对其自身的不法行为分别负责的规则，第 1 款反映了该一般规则。第 1 款既不承认连带及个别责任的一般规则，也不排除两个或两个以上国家应对同一国际不法行为负责的可能性。这些国家是否应负责任将取决于具体情况和各有关国家的国际义务。

(7) 根据第 47 条第 1 款，如果几个国家各自应对同一国际不法行为负责，第 42 条意义上的受害国可以分别援引每一国家的责任。该不法行为产生的后果，例如就赔偿而言，将是第二部分条款对该国产生的后果。

(8) 第 47 条仅仅述及数个责任国应对同一国际不法行为负责的情况。这种行为的确定将取决于特定初级义务，而不能抽象地规定。当然也可能出现这样的情况，即几个国家通过分别的国际不法行为促成了同一损害。例如，几个国家可能通过分别排放污染物而造成一条河流的污染。在科孚海峡事件中，看来南斯拉夫实际布设了水雷，本来应该对其造成的损害负责。国际法院认定，阿尔巴尼亚对联合王国的同一损失负责，因为阿尔巴尼亚知道，或者应该知道水雷的存在，以及英国船只打算行使过境权，但却没有向船只发出警告。⁷⁵⁹ 但它没有表示，由于第三国的共同责任而减轻阿尔巴尼亚没有提出警告的责任，更不用说排除其责任。在此类情况下，每个参与国的责任要按其行为并参照其本身的国际义务来分别确定。

(9) 第 47 条第 1 款规定的一般原则制约于第 2 款提出的两项但书。(a)项述及受害国重复追索的问题。这一项规定，受害国不得取回多余所受损失的补偿。⁷⁶⁰ 这项条款旨在保护责任国，将其赔偿义务限于对所遭受损失的责任。这项原则仅仅是为了确保实际追索不得超过损害的数量。这项原则并不排除对两个或两个以上责任国同时作出裁决，但就受害国而言，只要任何一个责任国全额付款即可。

(10) (b)项中的第 2 项但书承认，如果对同一损害有一个以上的责任国，它们之间就可能产生分担的问题。例如，1972 年《外层空间责任公约》第四条第 2 款和

⁷⁵⁹ “科孚海峡”案，“案情”，《1949 年国际法院报告书》，p.4, at pp.22-23.

⁷⁶⁰ 例如，这项原则在“霍茹夫工厂”案中得到了常设法院的肯定。该法院认定，不能给予德国所要求的补偿“否则同一补偿将判与两次以上”。“霍茹夫工厂”案，“案情”，1928 年，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，at p.59；另见同上，at p.45、49.

第五条第 2 款就具体设想到这一点。⁷⁶¹ 另一方面,有时可能不允许一个责任国对另一个责任国提起追索。(b)项没有述及应对同一不法行为负责的几个国家之间的分担问题;这一项只是规定,第 1 款所列一般原则不妨碍一个责任国可能对任何其它责任国的任何追索权。

第 48 条

一受害国以外的一国援引责任

1. 受害国以外的任何国家有权按照第 2 款在下列情况下对另一国援引责任:
 - (a) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团承担的、为保护该集团的集体利益而确立的义务;或
 - (b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。
2. 有权按照第 1 款援引责任的任何国家可要求责任国:
 - (a) 按照第 30 条的规定,停止国际不法行为,并提供不重复的承诺和保证;和
 - (b) 按照前几条中的规定履行向受害国或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。
3. 受害国根据第 43 条、第 44 条和第 45 条援引责任的必要条件适用于有权根据第 1 款对另一国援引责任的国家援引责任的情况。

评 注

(1) 第 48 条补充了第 42 条所载的规则。这一条述及一受害国以外的国家为了集体利益援引责任的问题。一个有资格根据第 48 条援引责任的国家并不是由于遭受损害而单独行事,而是作为它承担义务的一国家集团的成员行事的,或者甚至作为整个国际社会的成员行事的。第 48 条第 1 款中“受害国以外的任何国家”这一短语强调了这种区别。

⁷⁶¹ 《空间物体所造成损害的国际责任公约》,《联合国条约汇编》,第 961 卷, p.187.

(2) 第 48 条所依据的设想是，在保护国家集团的集体利益或整个国际社会的利益的特定义务被违背的情况下，本身没有遭受第 42 条意义上的损害的国家可援引责任。实际上关于整个国际社会的义务，国际法院在其关于“巴塞罗那电车公司”案⁷⁶²的判决中具体表明了这一点。尽管该法院指出，“可以认定所有国家都具有合法利益”来履行这些权利，但 48 条没有限定第 48 条所确定国家的立场，例如称它们为“有关国家”。“合法利益”这一词并不能够区别第 42 条第 48 条，因为第 42 条意义上的受害国也具有合法利益。

(3) 关于第 48 条的结构，第 1 款界定了产生更广泛的援引责任的权利的几类义务。第 2 款规定了受害国以外的国家可要求的责任形式。第 3 款规定，第 43 条、第 44 条和第 45 条载列的援引的要求适用于根据第 48 条第 1 款援引责任的情况。

(4) 第 1 款提到“受害国以外的任何国家”。当然所有或许多国家将有资格根据第 48 条援引责任，“任何国家”这一词是为了避免产生这些国家必须一起或一致行动的任何含义。此外，在一国由于第 48 条适用的一项义务被违背而单独遭受损害的情况下，就同一国际不法行为而言，这些国家的权利将与任何受害国的权利相符。

(5) 第 1 款界定了几类义务，违背这些义务则使受害国以外的国家有权援引国家责任。这一款将对于国家集团承担和为了保护该集团的集体利益而确立的义务(第 1 款(a)项)同对整个国际社会承担的义务(第 1 款(b)项)区别开来。⁷⁶³

(6) 第 1 款(a)项规定，如果满足下列两个条件，受害国以外的国家可援引责任，这两个条件是：一，被违背的义务如引起责任，必须是对援引责任的国家所属的集团承担的义务；二，义务必须是为保护集体利益而确立。这项规定对国际法的不同渊源没有作区别；保护该集团集体利益的义务可以产生自多边条约或习惯国际法。这种义务有时被称为“对所有方面适用的义务”。

(7) 属于第 1 款(a)项范围的义务必须是“集体义务”，即它们必须适用于某一国家集团，并为某种集体利益而确立。⁷⁶⁴ 例如，它们可以涉及某一区域的环境或安全

⁷⁶² “巴塞罗那有轨电车、照明和电力有限公司案，第二阶段”，《1970 年国际法院报告书》，p.3, at p.32, 第 33 段。

⁷⁶³ 关于对严重违背对整个国际社会所承担义务负责的范围，见第二部分第三章和评注。

⁷⁶⁴ 亦见第 42 条评注第(11)段。

(如某项区域无核区条约或保护人权的区域制度)。它们不只局限于为成员国的利益而规定的安排，而且还适用于某一国家集团为某种更广泛的共同利益而签订的协议。⁷⁶⁵ 但是不管怎样，这种安排必须超越缔约国双边关系的领域。至于这种义务必须要保护集体利益的要求，一一列举这类利益的职能不属于这些条款的范围。如果它们属于第1款(a)项的范围，它们的主要目的则是为了促进共同利益，首先是每个有关国家的任何利益。这将包括下列情形：即国家在制定保护某一群体或民族的一般性标准时，承担了保护非国家实体的义务。⁷⁶⁶

(8) 第1款(b)项规定，如果有关的义务是“对整个国际社会”承担的，受害国以外的国家可以援引责任。⁷⁶⁷ 这项规定意在落实国际法院在“巴塞罗那电车”案中的声明，在该案中，法院就对具体国家承担的义务与“对整个国际社会承担的”义务作了“根本区别”。⁷⁶⁸ 关于后一种义务，法院接下来说，“鉴于所涉的权利重要，所有国家可以被认为对保护这些权利有法律利益；它们是对所有国家的义务。”

(9) 条款吸取这项声明的精髓，避免使用“对所有国家的义务”一词，因为该词所传递的信息要比法院所提到的整个国际社会一词要少，而且有时与对某一条约所有缔约国承担的义务相混淆。这些条款的职能也不是要列出在现行国际法下对整个国际社会承担的义务清单。这将远远超出编撰国家责任次要规则的任务范围，不管怎样，这种清单只有有限的价值。因为概念的范围最终肯定会扩大。法院本身提供有用的指导：它在1970年的判决中通过举例提到“禁止侵略行为和种族灭绝行为”

⁷⁶⁵ 在“温布尔顿号轮船”案中，法院指出了《凡尔赛和约》的作者关于通过规定国际制度便利进入波罗的海，从而使这条海峡在任何时候对外国船舶开放的意向”，1928，《常设国际法院案例汇编》，A辑，第1号，at p. 23。

⁷⁶⁶ 规定委任制度的《国际联盟盟约》第22条是关于这种义务上一般利益的规定，根据这项规定缔结的各项委任协定亦如此。但试比较国际法院在“西南非洲案，第二阶段”中备受批评的决定，《1966年国际法院报告书》，p. 6，第48条故意选择这项决定作为出发点。

⁷⁶⁷ 关于“整个国际社会”这一术语，见第25条评注第(18)段。

⁷⁶⁸ “巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司”案，“第二阶段”，《1970年国际法院报告书》，p. 3, at p. 32, 第33段，并见第二部分第三章评注第(2)-(6)段。

以及“关于人的基本权利，包括免受奴役和种族歧视等的原则和规则”。⁷⁶⁹ 法院在对《东帝汶案》的判决时在这份清单中添加了民族自决权。⁷⁷⁰

(10) 作为整个国际社会的成员，各国有权就违背这些义务援引另一国的责任。第 1 款(a)项所涉的这类集体义务需要添加一些标准予以进一步限定，而第 1 款(b)项则没有必要作进一步限定。按定义，所有国家是整个国际社会的成员；按定义，这些义务是保护这种国际社会的利益的集体义务。当然，这种义务同时也可以保护单一国家利益的，因为禁止侵略行为能保护各个国家的生存及其人民的安全。同样，单一国家特别会因这种义务被违背而受到影响，例如沿岸国由于为集体利益保护海洋环境的义务被违背而受到的影响特别严重。

(11) 第 2 款具体列明国家根据第 48 条援引责任时可以提出的几类要求。该款所列的清单详尽无疑，根据第 48 条援引责任，所引起的权利范围要比受害国根据第 42 条援引责任所引起的责任范围更加有限。尤其是，如果一国本身没有受到伤害，因此没有为自己要求作出补偿，则该国根据第 48 条采取的行动的重点可能放在一国是否违背义务的问题上，而如果是持续性的违背义务，则放在停止上。例如在“温布尔顿号轮船”案中，日本在这次航行中没有经济利益，因此只要求一项宣告；而法国的国民不得不承受损失，因此法国要求赔偿并获得了赔偿。⁷⁷¹ 在“西南非洲”案中，埃塞俄比亚和利比亚只要求发表法律地位声明。⁷⁷² 在这种情况下，正如法院本身在 1971 年指出的那样，“受害实体”为一个民族，即西南非洲人民。⁷⁷³

(12) 第 2 款(a)项规定，第 48 条所提到的任何国家有权要求停止不法行为；如果情况有此必要，则有权要求根据第 30 条提供不重复的承诺和保证。第 2 款(b)项还允许这类国家根据第二部分第二章的规定要求责任国作出赔偿。如果是违背第 48 条的义务，情况很可能是，没有因违背义务而单独受到伤害的国家，然而某国或某

⁷⁶⁹ 同上，at p. 32, 第 34 段。

⁷⁷⁰ 《1995 年国际法院报告书》，p. 90, at p. 102, 第 29 段。

⁷⁷¹ 1928, 《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号，p. 30。

⁷⁷² “西南非洲，初步反对意见”，《1962 年国际法院报告书》，p. 319；“西南非洲，第二阶段”《1966 年国际法院报告书》，p. 6。

⁷⁷³ “南非不顾安全理事会第 276 (1970)号决议而在纳米比亚(西南非洲)继续存在对各国的法律后果”，《1971 年国际法院报告书》，p. 12, at p. 56, 第 127 段。

些国家完全应能够要求赔偿，特别是恢复原状。根据第 2 款(b)项，这项要求必须符合受害国利益(如果有的话)或者被违背的义务的受益者的利益。第 48 条第 2 款的这方面涉及一项逐渐发展的措施，这项措施行之有理，因为它为保护处于威胁的社区或集体利益提供了一个途径。在这方面可以指出，某些规定，如各种人权条约的规定，允许任何缔约国援引责任。在适用这些规定时，对申请国提出问题的能力与义务受益者的利益作了明确的区别。⁷⁷⁴ 因此，可以要求根据第 48 条援引责任并要求声明性补救和停止以外补救的国家证明它的行为符合受害方的利益。如果受害方是一个国家，它的政府将能够以当局的身份代表这种利益。其他的情况可能产生较大的困难，本条款不能予以解决。⁷⁷⁵ 第 2 款(b)项最多只能规定一般性原则。

(13) 第 2 款(b)项提到国家要求“按照前几条中的规定履行……提供赔偿的义务”。这明确表明，第 48 条所述的国家在受害国不能这样做的情况下也不得要求赔偿。例如，要求停止的前提条件是不法行为在继续；如果恢复原状本身是不可能的，则不得要求赔偿。

(14) 第 3 款规定受害国以外的国家援引国家责任必须要满足关于受害国援引的条件，特别是第 43 条(要求的通知)、第 44 条(可否提出要求)和第 45 条(援引责任权利的丧失)。这些条款应同等的对根据第 48 条援引责任的国家比照适用。

第二章

反措施

(1) 本章讨论受害国采取反措施的条件和限度。换言之，本章讨论的措施是指一个受害国不得已违背其国际义务针对责任国采取的措施，前者可能采取此种措施回应后者的国际不法行为，以便促使停止和赔偿。反措施是一种各行其是的制度，受害国可能借之维护自己的权利和恢复与责任国被国际不法行为中断的法律关系。

⁷⁷⁴ 例如见欧洲人权法院在“丹麦诉土耳其案，友好解决”中的意见，2000 年 4 月 5 日的判决，第 20、23 段。

⁷⁷⁵ 亦见第 33 条评注第(3)-(4)段。

(2) 无论是各国政府还是国际法院的裁决都确认,在某些情况下反措施有其正当性。⁷⁷⁶ 这一点反映在第 23 条中,该条论及在排除不法性情况下回应国际不法行为的反措施问题。和其他形式的自救一样,反措施容易被滥用,而且这一潜在可能因国家之间事实上的不平等而加重。第二章的目的是在考虑到反措施作为针对国际不法行为的回应有其例外性质的前提下确定一项操作制度。与此同时,还设法保证用适当的条件和限度把反措施控制在普遍接受的范围以内。

(3) 至于术语问题,传统上“报复”一词用来涵盖为回应违约行为以自救方式采取的,包括强制行动在内的非法行为。⁷⁷⁷ 最近“报复”一词已限于国际武装冲突时采取的行动,即用作交战国报复的同义语。“反措施”这一术语涵盖的是与武装冲突无关的那一部分报复主体,为了与现代实践及司法裁决取得一致,本章以这一意思使用该术语。⁷⁷⁸ 反措施应与“回报”相对照,后者是指一种“不友好”行为,尽管可能是对一项国际不法行为的回应,但不与从事它的国家的任何国际义务不相符合。回报行为可能包括对正常外交关系和其他来往施加禁止和限制;各种封锁禁运或是撤消自愿援助计划。不管动机为何,既然此种行为不与采取此种行为对付目标国家的国家的国际义务不相容,此种行为不牵涉反措施,因此不在当前条款范围以内。“制裁”这一术语也经常使用,相当于由一个国家集团或由一个国际组织授权针

⁷⁷⁶ 主要文献是以下述评: E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures* (Dobbs Ferry, N. Y., Transnational Publishers, 1984), pp. 179-189; O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1988), pp. 37-41; L-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (Paris, L. D. G. J., 1990) pp. 501-525; P. Alland, *Justice privée et ordre juridique international: Etude théorique des contre-mesures au droit international public*, (Paris, Pedone, 1994).

⁷⁷⁷ 见 e. g., E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758, repr. Washington, Carnegie Institution, 1916), Bk. II, ch. XVIII, § 342.

⁷⁷⁸ 见 1946 年 3 月 27 日“航空服协定案”(美国诉法国),《联合国国际仲裁裁决报告书》第十八卷,第 416 页(1979 年),在第 416 页第 80 段;“美国驻德黑兰外交及领事人员案”,《1980 年国际法院报告书》,第 3 页,在第 27 页,第 53 段;“尼加拉瓜境内针对该国的军事和准军事活动案”(尼加拉瓜诉美利坚合众国),*Merits*,《1986 年国际法院报告书》,第 14 页,在第 102 页,第 201 段;“Gabčikovo-Nagymaros 工程案”(匈牙利/斯洛伐克),《1997 年国际法院报告书》,第 7 页,在第 55 页,第 82 段。

对另一国家采取的行动。但是这一术语并不精确；《联合国宪章》第七章提到的只是“措施”，尽管这些措施能涵盖多种多样的行为，包括动用武装力量。⁷⁷⁹ 关于在国际关系中动用武力和交战国报复的合法性问题，由相关的基本规则制约。另一方面，条款论述的反措施是第 23 条中所提到者。受害国采取反措施是为了促使责任国遵守第二部分中规定的义务。它们具有可操作性，并在第三部分中作为履行国家责任的一个方面给予了适当的处理。

(4) 反措施应明确区别于《维也纳条约法公约》第 60 条规定的在另一国家显然违反一项条约时对条约关系的终止或暂停。凡一项条约按第 60 条终止或暂停时，缔约国的实质性法律义务势必受到影响，但是这一情况与违约行为可能已经引起的责任问题有相当大的不同。⁷⁸⁰ 反措施所涉行为的采取是为了减少现存条约义务，但具有合理性，因为采取反措施是对反措施所针对国家一项国际不法行为而采取的必要和适度的回应。反措施本质上是为实现一特定目的而采取的临时措施，一旦该目的达到其合理性即告终止。

(5) 本章不在有时被称为“交互反措施”的现象与其他措施之间划分区别。该术语是指涉及对责任国履行义务暂停的反措施，“如果该义务相当于或直接关联于被违背的义务”。⁷⁸¹ 不存在对采取反措施的国家只限于暂停履行相同或密切相关的义务的要求。⁷⁸² 有许多考虑支持这一结论。首先，对于某些义务，例如与保护人权有关的义务，交互反措施是不可想象的。有关义务具有非交互性，不仅因其他国家而且也因个人本身而引起。⁷⁸³ 其次，如果只限于交互性反措施，则是认为受害国将可以施加与责任国相同或相关的措施，实际上这不大可能。该义务也许是单方面的，也许受害国已经履行了自己一方应尽的义务。最主要的是，对遵规和人道的考虑排除了许多交互性的措施。然而，这一结论并不是这一问题的结束。反措施的采取如

⁷⁷⁹ 《联合国宪章》，第 39、41、42 条。

⁷⁸⁰ 参看《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页，第 70、73 条。关于条约法典和国家责任法的各自范围，见第一部分导言，第五章，第(3)-(6)段。

⁷⁸¹ 见《1985 年...年鉴》，第二卷，第一部分，第 10 页。

⁷⁸² 比较条约法中对不履行的例外情况，也有如此限制：见第一部分，第五章，第(9)段评注。

⁷⁸³ 见“爱尔兰诉联合王国”，欧洲人权法院，汇编 A，第 25 号（1978 年）

果是针对相同或密切相关的义务，如在“航空服务协定”一案的仲裁那样，⁷⁸⁴ 则更有可能满足必要性和相称性的要求。

(6) 这一结论使得更有必要保证反措施必须严格限于情况的需要，并要有充足的保障防止滥用。第二章试图用各种途径做到这一点。首先，如已经指出的那样，只关注非强迫性的反措施(第 50 条(1)(a))。其次，要求反措施限于只针对责任国而不得指向第三方(第 49 条(1)和(2))。第三，既然反措施意在行之有效，换言之，既然采取它们的目的是为促使对国际不法行为的停止和补偿，而绝对不是惩罚，所以反措施具有临时性，必须在对两个国家未来的法律关系的影响方面尽可能保持可逆性(第 49 条(2)、(3)，第 53 条)。第四，反措施必须相称。第五，反措施不得引起对某些基本义务的背离(第 50 条(1))，尤其不可背离一般国际法绝对规范下的义务。

(7) 本章还在一定程度上论及执行反措施的条件。特别是反措施不能影响两国间有效的和适用于争端的任何争端解决程序(第 50 条(2)(a))。采取反措施也不可以妨碍外交和领事的不可侵犯性(第 50 条(2)(b))。在采取反措施之前，必须由受害国提出要求责任国遵守第二部分规定的义务，同时必须提议谈判，一旦国际不法行为停止且争端已秉诚提交给具有作出对当事方有约束力的裁决的法院或法庭时，反措施必须暂停(第 52 条(3))。

(8) 本章的重点是第 42 条界定的由受害国采取的反措施。在实践中曾经发生一些情况，即反措施由其他国家，特别是第 48 条所指明的国家采取，但并没有任何国家受害，再则就是代表受害国或受害国的请求采取。此种情况具有争议性，而此种做法则处在萌芽状态。本章不谋求对受害国以外的国家采取反措施加以管制。但是绝不妨碍第 48 条(1)确认的任何国家有权针对责任国采取合法措施以保证违规行为停止并使受害国和被违背之该义务的受益人得到赔偿(第 54 条)。

(9) 和这些条款的其他各章一样，关于反措施的条款属余留性质，可能被相反的规则排除或修改(见第 55 条)。因此，如果一条约条款排斥在任何情况下暂停履行一项义务，则将排除对履行该义务采取反措施。与此类似，各国在发生争端时必须

⁷⁸⁴ UNRIAA, 第十八卷, 第 416 页(1979 年)。

援引的争端解决制度，尤其是如果该制度(例如世贸组织的争端解决制度)要求在对明确无误的违规行为采取具有反措施性质的措施之前必须取得授权的话。⁷⁸⁵

第 49 条

反措施的目的和限制

1. 一受害国只在为促使一国际不法行为的责任国依第二部分履行其义务时，才可对该国采取反措施。
2. 反措施限于暂不履行对责任国采取措施的一国的国际义务。
3. 反措施应尽可能容许恢复履行有关义务。

评 注

(1) 第 49 条解释一受害国针对责任国家采取反措施所允许的目的，并对反措施的范围施加某些限制。一受害国只在为促使责任国依第二部分履行其义务，即停止尚在继续的国际不法行为并对受害国提供赔偿时，才可采取反措。⁷⁸⁶ 反措施的意图不是对不法行为给予一种惩罚，而是为实现促使责任国遵守第二部分规定的义务而采取的手段。反措施的有限目的和例外性质由第 49 条第 1 段中“只”字的使用所表明。

(2) 任何合法的反措施其基本前提是存在着危害采取反措施国家的国际不法行为。这一点在国际法院的“Gabčíkovo-Nagymaros 工程案”中，在以下文字中有明确表述：

⁷⁸⁵ 见世贸组织，关于争端解决规则和程序的谅解，第 1、3(7)和 22 条。

⁷⁸⁶ 关于这些义务，见第 30 和 31 条及评注。

“为了具有合理性，一项反措施必须满足某些条件……首先它的采取必须是对另一国家前此一项国际不法行为的回应，并必须针对该一国家。”⁷⁸⁷

(3) 第 49 条第 1 款预设了采取反措施的客观标准，特别是要求反措施的采取须针对国际不法行为的责任国，以促使该国遵守其停止和赔偿的义务。一个国家如果它对不法性问题的看法最终缺乏根据，则采取反措施是咎由自取。一个国家根据其对形势的单方面估计而采取反措施时须自担风险，如果估计错误则可能须对自身的不法行为承担责任。⁷⁸⁸ 在这方面，反措施与其他排除不法性的情况之间没有区别。⁷⁸⁹

(4) 反措施的第二个要素是“必须针对”⁷⁹⁰ 一个犯了国际不法行为，而且未遵守本条款第二部分规定的停止和赔偿义务的国家。⁷⁹¹ 第 1 款中的“只”字既适用于

⁷⁸⁷ “Gabčíkovo-Nagymaros 工程案” (匈牙利/斯洛伐克) 《1997 年国际法院报告书》，第 7 页，在第 55 - 56 页，第 83 段。参看 “Naulilaa” (德国对在非洲南部葡萄牙殖民地造成损失应负的责任)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，第 1013 页(1928 年)，在第 1027 页；“Cysne” (德国对 1914 年 7 月 31 日后到葡萄牙参战前的行为应负的责任)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，第 1035 页(1930 年)，在第 1057 页。在 1930 年海牙法律编纂会议上对此点作出回应的国家都认为先有不法行为是采取报复的必要先决条件；见国际联盟，国际法编纂会议，《筹备委员会草拟的会议讨论基础》，第三卷：对在本国领土内外国人的身及财产造成损失的国家责任》，(Doc. C. 75.M.69.1929.V.)，第 128 页。

⁷⁸⁸ 国际法院在“航空服务协议案”的评论大意谓“每一国家都为自己确定针对其他国家的法律环境”，(《联合国国际仲裁裁决报告书》，第八卷，第 416 页(1979 年)在第 443 页，第 81 段)，此说不可以解释为无论法国是否违约美国采取反措施都是正当的。在该案中，法院进一步主张美国事实上是对法国的违约行为做出回应，而且其回应符合国际法规定的反措施要求，特别是在目的和相称性方面。法院没有判定美国关于违约行为存在的认定无理是成立的。

⁷⁸⁹ 见第一部分，第五章，第(8)段评注。

⁷⁹⁰ “Gabčíkovo-Nagymaros 工程”，《1997 年国际法院报告书》，第 7 页，在第 55 - 56 页，第 83 段。

⁷⁹¹ 同上，在“Gabčíkovo-Nagymaros 工程案”中，法院认为该要求已经达到，因为匈牙利继续违背其按双边条约应尽的义务，而捷克斯洛伐克是以此为根据对之做出回应的。

反措施的目的也同样适用于反措施的对象，旨在表达反措施的采取只能针对作为国际不法行为肇事者的那个国家。反措施不可以针对责任国以外的其他国家。如果某一第三国对采取反措施的国家负有国际义务而该义务被反措施所违背，在这种情势下该措施因为针对了第三国故不能排除其不法性。在此意义上，反措施是否排除不法性是相对的。这牵涉到受害国与责任国之间的法律关系。⁷⁹²

(5) 这并不意味着反措施不会偶然地影响到第三国或任何其他第三方的立场。例如，如果受害国根据本章中止责任国的过境权，包括第三国的其他各方就可能受到影响。如果在此问题上它们没有取得个别权利，它们不可以投诉。与此类似，如果因为中止贸易协定，与责任国的贸易会受到影响，一家或多家公司会业务受损甚至破产。此类间接或次要的影响是不可能完全避免的。

(6) 在采取反措施时，受害国有效地暂时停止它对责任国承担的一项或几项国际义务，第 49 条第 2 款即反映这一内容。虽然反措施通常采取不履行一项义务的形式，但某一特定措施有可能同时影响到几项义务的履行。由于这一理由，第 2 款提到“义务”时用复数形式。例如，冻结一个国家的资产有可能导致按不同协议或安排对该国承担的若干项义务被违背。不同和并存的若干义务有可能受到同一个行动的影响。判别的标准永远是相称性，所以一个实行了国际不法行为的国家据此不能使自己成为一个靶子去承受任何形式或组合的反措施而不计其严重程度与后果。⁷⁹³

(7) 第 2 款中的“暂时”一语表示反措施具有临时或暂时性。反措施的目的是恢复受害国与责任国之间的法律状态，而不是制造一种新情况使得责任国无论怎样回应针对它的要求都不可能改正。⁷⁹⁴ 采取反措施是一种敦促而不是一种惩罚：如果它们有效地促使了责任国遵守其停止和赔偿的义务，反措施即应停止，义务的履行随即恢复。

(8) 第 49 条第 1 款提到责任国按第二部分承担的义务。反措施的指向正是保证这些义务得到履行。在许多情况下，反措施的主要着重点是促使正在继续中的不法行为得以停止，但是如果符合第二章列明的各项条件，反措施也可能促成赔偿。如

⁷⁹² 关于人权义务的具体问题，见第 50 条(1)(b)和评注。

⁷⁹³ 见第 51 条及评注。此外，某些义务的履行在任何情况下都不可以作为反措施予以中止：见第 50 条及评注。

⁷⁹⁴ 这一概念在第 3 款和第 53 条(反措施的终止)得到进一步强调。

果国际不法行为已经停止，无论违背义务行为严重程度及后果如何，也无论责任国是否拒绝赔偿，任何其他结论都应使责任国免除反措施。在这一背景下产生一个问题：如果受害国提出的要求得不到满足，鉴于这一补救办法在赔偿方面只起辅助作用，那么还应不应该诉诸反措施？⁷⁹⁵ 在正常情况下，满足要求将是象征性的或是补充性的，极不可能的是一个国家既然已经停止不法行为并对受害国付出补偿，还可能因为未能提供满足而成为反措施的对象。这一关注可通过适用第 51 条规定的相称性概念适当地处理。⁷⁹⁶

(9) 第 49 条第 3 款受到《维也纳条约法公约》第 72 条(2)的启发，该条款规定当一国家暂停一项条约时，它在暂停期间不得以任何办法排除该条约恢复效力。与此类比，各国应尽可能选择可逆性的反措施。在“Gabčíkovo-Nagymaros 工程”一案中，法院确认这一情况的存在，不过认为没有就之作出宣布。法院裁定“捷克斯洛伐克实行多瑙河改道一事不是合法的反措施，因为它不符合相称性”，然后声称：

“因此没有必要再通过另外一项措词表明一项反措施的合法性，即它的目的必须是促使不法行为国遵守其按国际法应尽之义务，而且该措施因此必须是可逆的。”⁷⁹⁷

然而，选择可逆性措施的责任并不是绝对的。反措施的效应在引起反措施的情况停止后不大可能在一切情况下都能消除。例如，要求事先通知某些活动在该活动已经进行之后就再无价值了。与此相反，如果对责任国施加无法挽回的伤害则能构成对违约行为的惩罚或制裁，这不是条款中所理解的反措施。第 3 款中的“尽可能”一语表示，如果受害国有若干合法而且有效的反措施可供选择，它应选择一个能使反措施中断的义务履行得到恢复的。

⁷⁹⁵ 见第 37 条第(1)款评注。

⁷⁹⁶ 类似的考虑适用于不重复的承诺和保证。见第 30(b)条和评注。

⁷⁹⁷ “Gabčíkovo-Nagymaros 工程案”，《1997 年国际法院报告书》，第 7 页，在第 56 至 57 页，第 87 段。

第 50 条

不受反措施影响的义务

1. 反措施不得影响下列义务：
 - (a) 《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务；
 - (b) 保护基本人权的义务；
 - (c) 禁止报复的人道主义性质的义务；
 - (d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。
2. 采取反措施的国家仍应履行其下列义务：
 - (a) 实行它与责任国之间任何可适用的解决争端程序；
 - (b) 尊重外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性。

评 注

(1) 第 50 条具体规定若干不得因反措施而妨碍其履行的义务。对受害国要求是继续尊重它与责任国关系中的这些义务，并不得凭责任国违背第二部分规定的义务而排除任何不遵守这些义务的行为的不法性。就反措施的法律而言，这些义务是神圣不可侵犯的。

(2) 第 50 条涉及的义务分为两个基本类别。第 1 款涉及的几项义务因其性质根本不可以成为反措施的对象。第 2 款涉及的几项义务主要关系到保持两个有关国家联络渠道畅通，其中包括解决其争端的机构。

(3) 第 50 条第 1 款指明四类不得受反措施影响的基本和实质性义务：(a) 《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务，(b) 保护基本人权的义务，(c) 禁止报复的人道主义性质的义务，和 (d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。

(4) 第 1 款(a)项论及《联合国宪章》中的禁止实行武力威胁和使用武力，包括载于第 2(4)条的明确禁止使用武力。此款从第二章规定的允许采取的反措施范围中排除了武力措施。

(5) 对武力反措施的禁止已体现于依《联合国宪章》发表的《各国友好和合作的国际法原则宣言》中，通过该宣言，联合国大会宣告“各国负有责任避免涉及动

用武力的报复行动”。⁷⁹⁸ 这一禁止也符合于公认的理论以及国际司法机构⁷⁹⁹ 和其他机构的一系列权威性宣告。⁸⁰⁰

(6) 第(1)款(b)项规定反措施不得影响保护基本人权的义务。在“Naulilaa”一案的仲裁中，法庭宣布一项合法的反措施必须“受到人道主义要求和国家间关系适用的诚意规则的限制”。⁸⁰¹ 国际法协会在1934年决议中宣称，一个国家在采取反措施时必须“避免采取一切有违人道主义原则和公共良知要求的严厉措施”。⁸⁰² 自1945年以来随着国际人权的发展，这一点得到进一步的运用。尤其是相关的人权条约更明确了若干项人权，即使在战争时期或其他公共紧急状态下也不得减损。⁸⁰³

(7) 经济、社会及文化权利委员会的一般性意见8(1997年)曾论及经济制裁对平民，特别是儿童的影响。该意见既讨论了国际组织所采取措施的影响，但这一议题不在本条款的范围以内，⁸⁰⁴ 也讨论了个别国家或国家集团所采取措施的影响。该一般性意见强调，“无论情况如何，此类制裁永远应当充分考虑到《经济、社会、文化权利国际公约》的规定，⁸⁰⁵ 并进而宣称：

⁷⁹⁸ 1970年10月24日大会第2625(XXV)号决议，第一项原则，第6段。1975年8月10日的《赫尔辛基最后文件》也明文谴责武力措施。该《最后文件》第一“篮子”所载《原则宣言》的第二项原则部分是：“同样，[与会国]也将避免在其朴素关系中采取任何武力报复行动。”

⁷⁹⁹ 特别参看“Corfu Channel, Merits; 《1949年国际法院报告书》，第4页，在第35页；“尼加拉瓜境内针对该国的军事和半军事活动”，《1986年国际法院报告书》，第16页，在第127页，第249段。

⁸⁰⁰ 可参看：安理会第111(1956)号、第171(1962)号、第188(1964)号、第316(1972)号、第332(1973)号、第573(1985)号和第1322(2000)号决议。还可参看大会第41(38)号决议(1986年11月20日)。

⁸⁰¹ “Naulilaa” (德国对在非洲南部葡萄牙殖民地造成损失应负的责任)，《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，第1013页(1928年)，在第1026页。

⁸⁰² 《国际法研究所年鉴》(法文)，第38卷(1934年)，第710页。

⁸⁰³ 见《公民权利和政治权利国际公约》，第4条，《联合国条约汇编》，第999卷，第171页；《欧洲人权和基本自由公约》，第15条，《联合国条约汇编》，第213卷，第221页；《美洲人权公约》，第27条，《联合国条约汇编》，第1144卷，第143页。

⁸⁰⁴ 见第59条及评注。

⁸⁰⁵ E/C.12/1997/8号文件，1997年12月5日，第1段。

“在讨论制裁问题时，有必要区分对有关国家的当权者实施政治和经济压力使之遵从国际法这一基本目标与受制裁国最脆弱的群体遭受的附带影响。”⁸⁰⁶

从一般国际法的一些其他要素也可以做出类推。例如，1977年的第一号附加议定书第54(1)条无条件规定“禁止使用让平民遭受饥馑的办法当作战争手段。”⁸⁰⁷与此类似，两项联合国的国际人权公约其第1(2)条最后一句都是：“在任何情况下不得剥夺一个人民自己的生存手段”。⁸⁰⁸

(8) 第(1)款(c)项论及国际法在报复方面规定的义务，在《维也纳条约法公约》第60(5)条中有表述。⁸⁰⁹ 该项反映的是国际人道主义法律中存在的根本禁止针对个人的报复行为。特别是依照1929年《海牙公约》和1949年《日内瓦公约》及1977年第一号附加议定书，对指定的几类受保护者禁止实行报复，这些禁令受到极广泛的接受。⁸¹⁰

(9) 第(1)款(d)项禁止采取影响依一般国际法强制性规范承担的其他义务的反措施。显然，一项在两国之间即使通过缔约也不可以减免的强制性规范，当然不可

⁸⁰⁶ 同上，第4段。

⁸⁰⁷ 1949年8月12日《日内瓦公约》附加议定书和有关保护国际武装冲突受害者的议定书(第一号附加议定书)，《联合国条约汇编》，第1125卷，第3页。另见第54(2)条(“保障平民生存的必需品”)，75。另见1949年8月12日《日内瓦公约》附加议定书，和有关保护非国际武装冲突受害者的议定书(第二号附加议定书)，《联合国条约汇编》，第1125卷，第609页，第4条。

⁸⁰⁸ 《经济、社会、文化权利国际公约》第1(2)条，《联合国条约汇编》，第993卷，第3页，和《公民权利和政治权利国际公约》第1(2)条，《联合国条约汇编》，第999卷，第171页。

⁸⁰⁹ 《维也纳条约法公约》第60(5)条排除一国因实质违反行为而暂停或终止任何条约规定，只要该条约规定涉及“载于各人道主义性质条约中对个人的保护，尤其是关于禁止对此类条约保护的人进行任何形式报复的规定”。维也纳会议以88票赞成、0票反对、7票弃权的表决结果通过补充这一条款。

⁸¹⁰ 见 K. J. Partsch 著“Reprisals”，载于 R. Bernhardt 编《国际公法百科全书》(Amsterdam, North Holland, 1986)，第四卷，第200页，在第203-204页；S. Oeter 著“Methods and Means of Combat”，载于 D. Fleck 编《武装冲突中人道主义法律手册》，(Oxford, Oxford University Press, 1995)，第105页，在第204-207页，第476-479段，有相关条款的引述。

以由反措施这样的单方面行动加以减损。(d)项为本章的目的再次重申第26条确认的原则：第一部分第五章规定的那些排除不法性的情况并不能影响一个国家违背一般国际法强制性规范所加义务而采取的任何行动的不法性。在强制性规范所加义务之前提到“其他”一语表明(d)项不是限定上文各项，因为那些也包括在强制性规范的范围以内。特别是(b)和(c)两项是自有道理的。(d)项表明确认还有更多的产生义务的强制性规范，它们可能不是一受害国所采取的反措施的主体。⁸¹¹

(10) 各国之间可以商定，国际法的其他一些规则可以不作为反措施的主体，无论它们是否认为是一般国际法的强制性规范。这一可能性包含在第55条的特别法律规定中，而不是排除第50(1)(d)条之下的反措施。尤其是，一项双边或多边条约可以宣布取消为它的被违反或相对于其主体而采取反措施的可能性。例如欧洲联盟的一些条约就是这样，它们有自己的生效制度。⁸¹² 依世贸组织争端解决制度，一成员为回应另一成员不遵守一世贸组织委员会或受理上诉机构的建议或裁定而暂停减让或其他义务之前必须首先取得争端解决机构的授权。⁸¹³ 根据世贸组织争端解决谅解，“成员因世贸组织协定规定的义务受到违背或其他利益遭废除或妨碍而寻求补救时，应采取并服从争端解决谅解的规则和程序。对此点的解释既是一项“排除性争端解决条款”，也是为了“防止世贸组织成员单方面解决它们之间涉及世贸组织权利和义务的争端”。⁸¹⁴ 既然减免条款或其他条约规定(如禁止保留)被正当地解释为表示该条约条款具有“不得违犯”的性质，⁸¹⁵ 故可以导致排除反措施。

(11) 除了第50条第1款对采取反措施的实质性限制之外，第2款规定在两类义务上不得采取反措施，即与责任国之间可适用的解决争端程序以及外交或领事人

⁸¹¹ 见第40条评注,第(4)至(6)段。

⁸¹² 欧洲联盟法律排除单方面反措施，可参见：案例90和91/63,委员会诉卢森堡和比利时[1964]，欧洲法院报告，625，在第631页；[案例52/75,委员会诉意大利[1976]，欧洲法院报告277，在第284页；案例232/78,委员会诉法国[1979]欧洲法院报告2729；案例C-5/94, R.诉M.A.F.F., ex parte Hedley Lomas(爱尔兰)公司，[1996]欧洲法院报告I-2553。

⁸¹³ 见世贸组织争端解决谅解，第3.7、22条。

⁸¹⁴ 见美国“1974年贸易法案”第301-310节，委员会的报告，1999年12月22日，世贸组织WT/DS152/R号文件，第7.35-7.46段。

⁸¹⁵ 此处用国际法院采用的同义词，见于该法院关于“威胁或使用核武器的合法性”问题的咨询意见，《1996年国际法院报告书》，第226页，在第257页，第79段。

员的不可侵犯性。这两条的合理性与其说在于其实质，而是在于其功能涉及如何解决当事方之间业已引起威胁或使用反措施的那个争端。

(12) 其中第一点，载于第 2 款(a)项，受害国与责任国之间“任何可适用的解决争端程序”。这一用语仅仅是指与该争端有关的，而不是与当事国之间其他无关问题的解决争端程序。为此目的，争端应该认为是既包括该国际不法行为引起的原始争端，也包括针对它采取的反措施是否合法的争端。

(13) 有一个公认原则，即争端解决条款即使包含在一项处于争端中的条约之中，或其是否继续有效受到质疑，这些争端解决条款还应得到信守。国际法院在有关国际民航组织理事会的上诉一案中曾经表示：

“仅仅一项单方面的中止行动本身，无论如何不可以导致裁判条款失效，因为它们的目的之一恰恰是要检验该中止行动是否应该有效。”⁸¹⁶

同样的道理也决定了这一原则，即受害国与责任国之间的适用于其争端的争端解决条款，不可以用反措施的方式使其中止效力。否则单方面行动即可取代一项业已商定的能够解决引起反措施的争端的条款。这一点国际法院在“外交和领事人员”一案中给予肯定：

“无论如何，任何一方涉嫌违反(友好)条约时，都不能导致排除该方援引该条约有关和平解决争端的条款。”⁸¹⁷

(14) 第 2 款(b)项限制受害国可能当作反措施动用而违背其在外交和领事领域关系方面所承担义务的行为。一个受害国可以设想在若干层面上采取行动。在《外交关系公约》规定的情况下，宣布外交官为不受欢迎的人，终止或暂停外交关系，召回大使——这些行动不构成本章意义上的反措施。第二个层面上，可以采取影响外交或领事特权的措施，但不妨害外交或领事人员、馆舍、档案和文件的不可侵犯性。只要满足本章的要求，此类措施可以是合法的反措施。另一方面，依第 50 条(2)(b)禁止的反措施，其范围限于旨在保障外交人员、馆舍、档案和文件实际安全和不可

⁸¹⁶ 《1972 年国际法院报告书》，第 46 页，在第 53 页。另见 S. M. Schwebel 著“International Arbitration: Three Salient Problems”(Cambridge, Grotius, 1987)，第 13-59 页。

⁸¹⁷ “美国驻德黑兰外交和领事人员案”，《1980 年国际法院报告书》，第 3 页，在第 28 页，第 53 段。

侵犯包括管辖豁免的那些义务，在任何情况下，包括武装冲突都是一样的。⁸¹⁸ 这在作必要的修改后同样地适用于领事人员。

(15) 在“外交和领事人员”一案中，国际法院强调“外交法本身即规定了必要的手段防范和处罚外交或领事使团成员进行非法活动”，⁸¹⁹ 并结论说，即使是对派遣国的国际不法行为施加反措施，也不能说侵犯外交和领事豁免权是正当的。该法院声称：

“简言之，外交法的规则构成一个自足的制度，一方面规定了接待国在设施、特权、豁免方面应照料外交使团的义务，另一方面也预见到使团成员可能舞弊，故具体规定了接待国为了对付任何可能的此类舞弊而可以动用的手段。”⁸²⁰

如果外交或领事人员成了反措施的目标，他们事实上势必为派遣国被认为的过错而沦为驻在国的人质，这就破坏了外交和领事关系的体制。因此，根据职能即可以证明：排除任何妨害外交和领事不可侵犯性的反措施是正当的。这并不影响接待国依1961年和1963年的《维也纳公约》各项条件通过各种途径寻求补救。⁸²¹ 另一方面，第50条(2)款(b)项没有必要提及多边外交。各国派驻国际组织的代表，其职权范围包括在外交代表之内。至于国际组织的官员本身，东道国针对他们采取的报复步骤都不可能定性为反措施，因为反措施必然涉及责任国违背其义务的情况，而不会涉及第三方，即该国际组织的义务。

⁸¹⁸ 见《维也纳外交关系公约》，《联合国条约书》，第500卷，第95页，第22、24、29、44、45条。

⁸¹⁹ 《1980年国际法院报告》，第3页，在第83页，第83段。

⁸²⁰ 同上，在第40页，第86段。参看《维也纳外交关系公约》，第45(a)条；《维也纳领事关系公约》，《联合国条约汇编》，第596卷，第261页，第26(1)(a)条(馆舍、财产和档案应予保护，“即使在武装冲突中亦然”)。

⁸²¹ 见《维也纳外交关系公约》，第9、11、26、36(2)、43(b)、47(2)(a)条；《维也纳领事关系公约》，第10(2)、12、23、25(b)、(c)、35(3)条。

第 51 条

相 称

反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。

评 注

(1) 第 51 条为受害国在任何情况下采取反措施时根据相称性的考虑而设定一个必要的限度。它所针对的是确定可以适用何种反措施，其程度和力度如何。相称性提供一个尺度，保证一旦发生不符合相称性的反措施会引起采取该措施的国家承担责任。

(2) 相称性是一个久已确立的争取反措施的要求，实践、理论和法学上得到普遍承认。根据“Naulilaa”一案的裁决……

“即使我们承认国际法并不要求报复与不法行为大体相称，但应该认为：报复与引起报复的行为如完全不相称，则应被视为过分和非法。”⁸²²

(3) 在“航空服务协定”一案的仲裁中，⁸²³ 相称性问题有一些详细的探讨。在该案中，法国拒不允许在伦敦将来自美国西海岸的航班改变标尺，美国则采取反措施中止法航班机飞往洛杉矶，此二者之间没有一个确切的比较。但法院还是主张美国的措施符合相称原则，因为这个措施“与法国采取的措施相比看起来并非明显地不相称”。⁸²⁴ 特别是多数说：

“普遍同意一切反措施首先必须与被指控的违规行为具有某种程度的相当，这是一条众所周知的规则……已经指出，一般而言判断反措施是否“相称”并不容易，最多只能大体不差。据法院看来，最根本的是在国与

⁸²² “Naulilaa 案”（德国对在非洲南部葡萄牙殖民地造成的破坏应负的责任），《联合国国际仲裁裁决报告书》，第二卷，第 1013 页（1928 年），在第 1028 页。

⁸²³ 1946 年 3 月 27 日“航空服务协定”案，（美国诉法国），同上，第十八卷，第 417 页（1978 年）。

⁸²⁴ 同上，在第 443 页，第 83 段。

国发生争端时不仅应考虑到当事公司受到的伤害，也要考虑到由被指控的违约行为引起的原则问题是否重大。法院以为，在本案中不能仅仅在泛美航空公司因中止预定业务蒙受的损失与法国公司因反措施蒙受的损失二者之间进行比较；还有必要考虑到法国当局禁止在第三国改变标尺这一原则立场的重要性。美国政府采取的一般空运政策和为实施该政策与除法国以外的国家签订了大量国际协定，如果把该问题的重要性放在这一背景下加以观察，则美国采取的措施较之法国采取的措施看上去并非明显地不相称。两造都没有向法院提交充分证据以肯定或推翻这些方面的相称性，因此法院只能以一项十分近似的评断为满足。”⁸²⁵

在本案中反措施虽然在其对法国航空公司造成的经济后果比法方最初的行动更为严重，反措施与初始措施都在同一个领域而且涉及相同的航线。

(4) 相称性问题在“Gabčíkovo-Nagymaros 工程案”中对于评价捷克斯洛伐克可能采取的反措施是否合法也是一个中心问题。⁸²⁶ 国际法院承认了匈牙利拒绝完成该工程的行动构成了对 1977 年协定的无理违反，并说：

“本法院的看法，有一重要考虑即：考虑到所涉权利，反措施的效应必须与所受的损失相当。1929 年，常设国际法庭关于奥德河航行权问题曾有以下声明：

‘通航河流上的共同利害构成一项共同合法权利的基础，其最主要特点是所有沿岸国在利用该河流整个水道时完全平等，排除任何一个沿岸国相对于另一沿岸国的任何占优势的特权’……

国际法的现代发展也在国际水道的非航行使用方面加强了这一原则……

法院认为，捷克斯洛伐克通过单方面控制一项共享资源并从而剥夺了匈牙利平等合理分享多瑙河自然资源的权利，并以河水改道对 Szigetköz 沿岸地区的生态环境造成持续影响——因而未能尊重国际法要求的相称

⁸²⁵ 同上，M.Reuter 表示不同意，他接受法庭关于相称性的法律分析，但主张“对美国采取的反措施是否相称有严重怀疑，法庭对其相称性未能作出明确的评估。”同上，在第 448 页。

⁸²⁶ “Gabčíkovo-Nagymaros 工程案”(匈牙利/斯洛伐克)，《1997 年国际法院报告书》，第 7 页。

性……法院因此认为，捷克斯洛伐克将多瑙河改道不是合法的反措施，因为它不符合相称性。”⁸²⁷

可见该法院考虑了所涉权利的质量或性质，将之当作一个原则问题，像在“航空服务协定”案中一样，没有仅从数量上衡量相称性问题。

(5) 在与相称性有关的其他法律领域(如自卫)，通常都以肯定的措词表达这一要求，尽管如此在那些领域如何确定相称性也不是一个能够精确决定的问题。⁸²⁸ 第 51 条采用了相称性要求的肯定表述。如果用否定式表述则可能导致过多的活动余地，而这里所关注的是防止反措施的可能滥用。

(6) 考虑到必须保证反措施的采取不得导致不公平的后果，在评价反措施时不仅要考虑所受损失的纯“数量”因素，也要考虑到它的“质量”因素，如被侵犯的规则所保护的利益是否重大和违约行为的严重程度如何。第 51 条将相称性主要与所受损失挂钩，但还“考虑到二项进一步的标准”：该国际不法行为的严重程度和所涉及的权利。“所涉及的权利”这一提法具有广泛的含义，不仅包括不法行为对受害国的影响，也包括责任国的权利。此外，可能受到影响的其他国家的立场也可加以考虑。

(7) 相称性涉及国际不法行为与反措施之间的关系。在某些方面，相称性与第 49 条规定的目的要求有关：一项明显不相称的措施肯定可以判断为不是为促使责任国遵守义务所需，而是意在惩罚，因此超出第 49 条所阐明的反措施目的。然而，相称即使对第 49 条认为合理的措施也是一种限制。在任何情况下，反措施必须与所受损失，包括所涉原则问题的重要性相当，这样做的功用与为了实现遵守义务的目的是否必须采取反措施的问题有一定的独立性。

⁸²⁷ 同上，在第 56 页，第 85、87 段，引《奥德河国际委员会领土司法管辖权》，1929 年，常设国际法院报告，A 编，第 23 号，第 27 页。

⁸²⁸ E.Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale* (Giuffrè, Milan, 2000)。

第 52 条

与采取反措施有关的条件

1. 一受害国在采取反措施以前应：
 - (a) 根据第 43 条要求责任国按照第二部分的规定履行其义务；
 - (b) 将采取反措施的任何决定通知责任国并提议与该国进行谈判。
2. 虽有第 1 款(b)项的规定，受害国可采取必要的紧急反措施以维护其权利。
3. 在下列情况下不得采取反措施，如已采取，务必停止，不得无理拖延：
 - (a) 国际不法行为已经停止，并且
 - (b) 已将争端提交有权作出对当事国具有约束力之决定的法院或法庭。
4. 若责任国不秉诚履行解决争端程序，第 3 款即不适用。

评 注

(1) 第 52 条规定与受害国动用反措施有关的若干程序性条件。一受害国在采取反措施以前应根据第 43 条要求责任国遵守其依第二部分规定的义务。还要求受害国通知责任国它有意采取反措施并提议与该国谈判。虽然有这第二项要求，受害国仍可采取某些紧急反措施以维护其权利。如果责任国已停止国际不法行为，且争端已提交合格的法院或法庭，即不应采取反措施；如已采取务必停止。不过，如果责任国不秉诚遵行争端解决程序的话，这一要求即不适用。在此情况下，反措施不一定中止，也可以恢复。

(2) 总之，第 52 条所寻求的是在不能立即取得或根本不能取得第三方强制性争端解决办法的情况下，确定采取反措施的合理程序性条件。⁸²⁹ 与此同时应该考虑到可能存在一个国际法院或法庭，它具有权威作出对争端双方有约束力的裁决。反措施是一种形式的自救，反映受害国立场，通过合理法律程序公平解决争端的国际制度现在尚无保障。如果存在第三方程序并已被争端任何一方所援引，则该程序的要求，即采取临时保护措施就应该尽可能取代反措施。另一方面，即使国际法院或

⁸²⁹ 见上文，本章导言，第(7)段。

法庭有权裁决争端也有权指定临时保护措施,但也有可能出现责任国不合作的情形。在这种情况下,用反措施以求补救势必恢复。

(3) 第 52 条的制度是在仲裁“航空服务协议”一案时法庭讨论的基础上发展而来的。⁸³⁰ 第(1)(a)款提出的第一点要求是受害国在采取反措施之前必须要求责任国履行其停止和补偿的义务。这一要求(有时称为“呼吁”)在“航空服务协定案”中受到法庭的强调,⁸³¹ 在“Gabčikovo-Nagymaros 工程案”中受到国际法院的强调。⁸³² 看来它反映了一般惯例。⁸³³

(4) 通知要求所根据的原则是,考虑到反措施的例外性质及其潜在的严重后果,不应该在另一国尚未得到主张通知也尚未有机会作出反应之前就采取反措施。然而,事实上在某些反措施受到考虑之前一般都对争端有了相当紧张而详细的谈判。在这种情况下,受害国肯定已经按照第 43 条将其主张通知责任国,再无必要为了遵守第 1 款(a)项再通知一次。

(5) 第 1 款(b)项要求决定采取反措施的受害国通知责任国其采取反措施的决定并提议与之谈判。反措施可能给目标国造成严重后果,它应有机会考虑面临反措施的立场。第 1 款(a)项的操作与第 1 款(b)项的操作二者之间的时间关系没有严格规定。通知的时间可以很靠近,也可以同时进行。

(6) 但是根据第 2 款,受害国可以“采取必要的紧急反措施以维护其权利”,甚至可以在通知其意图之前这样做。在现代化通信条件下,一国际不法行为的责任国,如拒不停止该不法行为也拒不提供任何改正措施,则也可能设法规避反措施,例如从受害国的银行里撤回资产。此类步骤可能在极短时间之内施行,使得第(1)款(b)项所要求的通知无济于事。因此第 2 款才允许采取为维护受害国权利所必需的紧急反措施:这句话不仅包括了受害国在争端标的中的权利,也包括了它采取反措施

⁸³⁰ “1946 年 3 月 27 日航空服务协议”案(美国诉法国),《联合国国际仲裁裁决报告书》,第十八卷,第 417 页(1978 年),在第 445-446 页,第 91、94-96 段。

⁸³¹ 同上,在第 444 页,第 85-87 段。

⁸³² “Gabčikovo-Nagymaros 工程案”(匈牙利/斯洛伐克),《1997 年国际法院报告书》,第 7 页,在第 56 页第 84 段。

⁸³³ A.Gianlli,Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali (Giuffré,Milan,2000)。

的权利。暂时中止命令、暂时冻结财产和类似措施，根据情况都可以算在第 2 款范围以内。

(7) 第 3 款论及不法行为已经停止和争端已提交有权作出对当事国具有约束力之决定的法院或法庭的情况。在这种情况下，只要秉诚执行争端解决程序，采取反措施的单方面行动是站不住脚的。一旦第 3 款的条件得到满足，受害国就不得采取反措施；如果已经采取，务必停止，“不得无理拖延”。“不得无理拖延”一词在一定程度上允许作出必要安排停止有关措施。

(8) 就第 3 款(b)项而言，只有法院或法庭已经存在并且能够处理案件，否则不能说一项争端已经“提交法院或法庭”。根据一项条约成立的特别法庭在该法庭实际上建立以前，就此处的目的而言不能说一项争端已经提交到该特别法庭，而成立特别法庭的过程可能需要花费一些时间，即使双方在任命法庭组成人员上互相合作也是如此。⁸³⁴ 第 3 款的基础是假定争端提交裁决的法院或法庭对该项争端有司法裁判权，也有权力下令采取临时措施。这一权力是国际法庭规则的正常职能。⁸³⁵ 第 3 款所根据的理由是一旦当事方把他们的争端提交给这一法院或法庭以求决断，受害国可以请求该法院或法庭下令采取临时措施以保护其权利。如果该法院或法庭听取的话，此种请求将履行本质上相当于反措施的功能。如果法院或法庭的命令受到遵从，将使反措施在法庭裁决之前成为不必要。提及“法院或法庭”用意在于提及任何第三方争端解决程序，无论其名称为何。但它不指政治机关，如安全理事会。也不指在私人当事方与责任国之间具有司法裁判权的法庭，即使二者之间的争端引起了受害国与责任国之间的争议。不过在这种情况下，既然争端已经交付仲裁，就与

⁸³⁴ 因此《联合国海洋法公约》(《联合国条约汇编》，第 1833 卷，第 396 页)第 290(5)条规定“在争端提交的仲裁法庭成立以前”由海洋法国际法庭办理临时措施请求事宜。

⁸³⁵ 见《国际法院章程》，第 41 条；《联合国海洋法公约》，1982 年，第 290 条。

第 49 条和第 51 条的目的发生了关系，只有在例外情况下反措施才可认为正当了。⁸³⁶

(9) 第 52 条第 4 款为根据第 3 款采取的反措施的中止规定了进一步的条件。该款包括各种可能情况，从立即拒绝在程序中合作，例如不出庭，不管临时措施命令是否具有正式的约束力都拒不服从，一直到拒不接受法院或法庭的最后裁决。这一款还适用于如下情况，即一当事国在成立有关法庭上拒不合作，或在法庭成立后拒不出庭。在第 4 款列出的情况下，第 3 款对采取反措施规定的限制不再适用。

第 53 条

终止反措施

一旦责任国按照第二部分履行其与国际不法行为有关的义务，即应尽快终止反措施。

评 注

(1) 第 53 条论及的情况是责任国作为对受害国所采取的反措施的反应已经按照第二部分履行其停止和赔偿的义务。一旦责任国已履行第二部分规定的义务，维持反措施已无根据，必须立即终止。

(2) 关于反措施在证明其正当的条件消失后应立即终止的思想，在本章其他各条中没有言明。鉴于此点的重要性，第 53 条予以明确。此条强调了第 49 条中反措施的具体性。

⁸³⁶ 根据 1965 年的《华盛顿公约》，国籍国不得代表一索赔人或公约提出国际索赔“针对一个本国国民与另一缔约国已同意或将根据本公约提交仲裁的争端，除非该缔约国未能服从或履行该争端中已经作出的裁决”。《关于解决国家之间和国民与其他国家之间投资争端的公约》，华盛顿，《联合国条约汇编》，第 575 卷，第 159 页，第 27(1)条；C. Schreuer, 《投资争端公约：一项评论》，(剑桥大学出版社，2001 年)第 397-414 页。此处排除由国籍国进行的一切形式的援引责任，包括采取反措施。见第 42 条评注，第(2)段。

第 54 条

受害国以外的国家采取的反措施

本章不妨碍依第 48 条第 1 款有权援引另一国责任的任何国家,对该另一国采取合法措施以确保停止该违背义务行为和使受害国和被违背之该义务的利益人得到赔偿。

评 注

(1) 第二章论述受害国针对责任国采取反措施以促使该国履行停止和赔偿义务的权利。然而,按第 42 条的定义“受害”国不仅是有权援引一个国家对其依这一部分第一章所做国际不法行为的责任的国家。第 48 条允许任何国家在对整个国际社会的义务遭到违背时援引责任,而且允许一个国家集团的任何成员在为保护该集团集体利益而确定的其他义务遭到违背时援引责任。根据第 48(2)条,这些国家也可以要求停止和履行被违背的义务的受益人的利益。可见就第 48 条提及的义务而言,这些国家被确认为对履行义务具有合法利益。问题在于这些国家可在何种程度上合法主张对没有得到补救的违规行为作出反应的权利。⁸³⁷

(2) 为此目的极有必要分清两种不同的单个措施:一方面是由一个国家或一个国家集团以单个身份并通过其各自的机关采取的措施;另一方面是在国际组织框架内采取的机构性措施。后一种情况,比如是在《联合国宪章》第七章授权下采取的,

⁸³⁷ M. Akehurst, 《第三国的报复》, B. Y. I. L. 第 44 卷(1970 年), 第 1 页; J. I. Charney, 《国际法中的第三国补救》, 《密执安国际法杂志》, 第 10 卷(1988 年), 第 57 页; D. N. Hutchinson, 《团结工会与违反多边条约行为》, B. Y. I. L. 第 59 卷(1988 年), 第 151 页; 见 L-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite*(Paris, LDGJ, 1990), pp. 110-175; B. Simma, 《从双边外交到国际法中的集体利益》, *Recueil des cours*, 第 250 卷(1994-VI), 第 217 页; J. A. Frowein, 《非直接受害国对违背国际公法行为的反应》, *Recueil des cours*, 第 248 卷(1994-IV), 第 345 页。

则不在本条款涵盖范围之内。⁸³⁸ 一般而言,本条款不包括一个国际组织采取行动的情况,虽然其成员国可能指导或控制该组织的行动。⁸³⁹

(3) 有关这一课题的实践是有限的而且尚未成熟。在一系列事例中,针对第 48 条提到的义务被指遭到违背的情事一些国家做出了反应,但并未声称各自受到损害。反应采取的形式有经济制裁和其他措施(如关闭空中航线或其他联络渠道)。事例如下:

- 美国—乌干达(1978 年)。1978 年 10 月,美国国会通过立法禁止向乌干达出口货物和技术并禁止一切来自乌干达的进口。⁸⁴⁰ 该法案声称“乌干达政府……对乌干达人实行种族灭绝”,以及“美国应采取步骤与任何卷入种族灭绝这一国际罪行的外国政府划清界限。”⁸⁴¹
- 某些西方国家—波兰和苏联(1981 年 1 月)。1981 年 12 月 13 日,波兰政府宣布戒严,随即镇压游行并拘禁许多异议人士。⁸⁴² 美国和一些其他西方国家对波兰和苏联采取行动。其措施包括立即停止关于提供着陆权的条约,使苏联航空公司的班机不能在美国着陆,使波兰航空公司的航班不在美国、英国、法国、荷兰、瑞士和奥地利着陆。⁸⁴³ 各相关条约中规定的中止程序未加理会。⁸⁴⁴
- 针对阿根廷的集体措施(1982 年)。1982 年 4 月,阿根廷对福克兰(马尔维纳斯)群岛的一部分取得控制权,安全理事会号召其立即撤退。⁸⁴⁵ 在联合王国提出请求后,欧共体成员国、澳大利亚、新西兰和加拿大采取贸易制裁。其中包括暂时禁止进口所有的阿根廷产品,这样做违背关贸总协定第十一:1 条,还可能违背第三条。这些措施是否符合关贸总协

⁸³⁸ 见第 59 条及评注。

⁸³⁹ 见第 57 条及评注。

⁸⁴⁰ 乌干达禁运法案, 22 USC. 2151(1978 年)。

⁸⁴¹ 同上, 第 5c、5d 段。

⁸⁴² R. G. D. I. P. 第 86 卷(1982 年), 第 603-604 页。

⁸⁴³ 同上, 第 607 页。

⁸⁴⁴ 可参看 1972 年美波协议第十五条, 23 U. S. T. 4269; 1967 年美苏协议第十七条, I. L. M. 第 6 卷(1967 年), 第 82 页; I. L. M. 第 7 卷(1968 年), 第 571 页。

⁸⁴⁵ 安理会第 502(1982)号决议, 1982 年 4 月 3 日。

定第二十一(6)(iii)条中关于国家安全例外的规定,当时就有争论。⁸⁴⁶ 欧洲国家采取的禁运也导致中止阿根廷根据有关纺织品贸易和羊肉、羊羔贸易的两项部门协议所享有的权利,⁸⁴⁷ 这两个部门是不适用关贸总协定安全例外的。

- 美国—南非(1986年)。1986年南非政府在国内大部地区宣布紧急状态,联合国安全理事会建议采取部门性经济抵制和冻结文化及体育往来。⁸⁴⁸ 后来一些国家采取的措施超出了安理会这些建议。美国国会通过“全面反对种族隔离法案”,中止南非航空公司在美国领土的着陆权。⁸⁴⁹ 这一立即中止违反1947年美国与南非的航空协定有关条文⁸⁵⁰ 但被认为是合理措施,能促使南非政府“采取措施走向建立非种族主义的民主制度”。⁸⁵¹
- 针对伊拉克的集体措施(1990年)。1990年8月2日,伊拉克部队入侵并占领科威特。联合国安全理事会立即谴责入侵行为。安理会理事国和美国采取贸易禁运并决定冻结伊拉克资产。⁸⁵² 这一行动是对伊拉克入侵的直接反应并取得了科威特政府的同意。

⁸⁴⁶ 西方国家利用这一条款受到总协定其他成员的争议,参见《西方国家公报》,总协定第L. 5319/Rev.1号文件和西班牙、巴西的声明,总协定第C/M/157号文件,第5-6页。分析意见,参看H. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von CATT-Verpflichtungen als Repressalie*(柏林, Springer 1996年),第328-34页。

⁸⁴⁷ 该条约转载于O. J. E. C. 1979 L. 298, 第2页, O. J. E. C. 1980, L. 275, 第14页。

⁸⁴⁸ 安理会第569(1985)号决议,1985年7月26日。进一步参阅, L-A, Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite*(巴黎, L. D. G. J., 1990年), 第165页。

⁸⁴⁹ 此条款案文见I. L. M., 第26卷(1987年), 第79页, (s. 306)。

⁸⁵⁰ 《联合国条约汇编》, 第66卷, 第233页, 第六条。

⁸⁵¹ 实施令见I. L. M., 第26卷(1987年), 第105页。

⁸⁵² 参见布什总统1990年8月2日执行令,转载于A. J. I. L., 第84卷(1990年), 第903页。

- 针对南斯拉夫的集体措施(1998年)。为了回应科索沃境内的人道主义危急情况，欧共体成员国通过立法规定冻结南斯拉夫资金并立即禁飞。⁸⁵³ 对于德国、法国和联合王国等许多国家来说，后一措施意味着不履行双边航空协定。⁸⁵⁴ 因为怀疑该行动的合法性，英国政府最初曾准备遵循它与南斯拉夫所签协定第17条关于一年期废约通告的规定。但是它后来改变立场宣布立即停飞。为了说明这一措施合理，它声明“米洛舍维奇总统……日益恶化的人权记录表明他在道义上和政治上已经放弃了他的政府坚持通常适用的12个月通知期的权利。”⁸⁵⁵ 南斯拉夫联邦共和国抗议这些措施，称之为“非法、单方面的，是歧视政策的一个实例。”⁸⁵⁶

(4) 在其他一些案例中，某些国家用类似办法中止条约权利，以此向侵犯集体义务的国家施加压力。但是它们不靠采取反措施的权利，而是以情况发生根本变化而行使暂停条约的权利。可举以下二例：

- 荷兰—苏里南(1982年)。1980年苏里南一军政府夺权。1982年12月新政府对反对派运动实行镇压；作为回应荷兰政府中止了一项有关发展援助的双边条约，根据该条约苏里南本来享有财政补助。⁸⁵⁷ 由于该条约本身没有任何关于暂停或终止的条款，荷兰政府声称苏里南境内侵犯人权导致形势发生根本变化，故有权将条约暂停。⁸⁵⁸

⁸⁵³ 1998年5月7日及6月29日共同立场，O. J. E. C. 1998, L 143(第1页)和L 190(第3页)；通过欧共体法规1295/98实施(L 178, 第33页)和1901/98(L 248, 第1页)。

⁸⁵⁴ 见U. K. T. S. 1960, No. 10; R. T. A. F. 1967, No. 69。

⁸⁵⁵ 见B. Y. I. L., 第69卷(1998年), 第580-1页; B. Y. I. L. 第70卷(1999年), 第555-6页。

⁸⁵⁶ 南斯拉夫联邦共和国政府关于南斯拉夫航空公司暂停飞行的声明, 1999年10月10日: S/1999/216。

⁸⁵⁷ Tractatenblad 1975, No. 140., 见Lindemann, “Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam”, Z. a. ö. R. V. 第44卷, (1984年), 在第68-69页。

⁸⁵⁸ P. Siekmann, 《1982-1983议会年度荷兰的国家活动》, 《荷兰国际法年鉴》, 第15卷(1984年), 第321页。

- 欧共同体成员国—南斯拉夫(1991年)。1991年秋季,针对南斯拉夫境内战事再起,欧共同体成员国暂停并随后解除了1983年与南斯拉夫签定的合作协定。⁸⁵⁹此举导致普遍取消进口品的贸易优惠,从而超出了安理会1991年9月25日第713号决议的武器禁运令。这一反应与合作协定的条款不符,该协定并没有立即中止的规定,只规定六个月的废约通知期。欧共同体成员国为了证明废约行动合理,明文指称该地区的和平与安全受到威胁。和苏里南的个案一样,它们依靠的是形势发生根本变化,而不是行使反措施权利。⁸⁶⁰

(5) 在一些个案中,有一些国家具有明显的意愿要对涉及某些普遍利益的违背义务行为作出反应,但是这些国家不可能被看作第42条意义上的“受害国”。应该指出,在这些个案中原来有一个国家确实可以指明是受到所涉违规行为的损害,而其他国家采取行动是受到该国请求或是代表该国。⁸⁶¹

(6) 如这里的回顾所示,为普遍或集体利益采取反措施其国际法方面的现状尚不确定。国家行动很少见,且只涉及少数国家。目前似乎还没有明确承认国家有权如第48条提到的为集体利益采取反措施。因此目前的条文尚不适宜加入一款规定第48条指出的其他国家是否允许采取反措施以促使责任国履行其义务。而第二章会有一项保留条款,对此立场予以保留并将这一问题的解决留待国际法的进一步发展。

(7) 第54条相应地规定关于反措施的一章不妨碍任何国家行使第48条(1)赋予的权利,援引另一国的责任,对责任国采取合法措施以保证停止违约行为并向受害国或被违背之该义务的受益人赔偿。该条提法是“合法措施”而不是“反措施”,这是为了不妨碍受害国以外国家采取措施时对其合法性采取任何立场,因为受害国

⁸⁵⁹ O.J.E.C.1983 L41, 第1页。见O.J.E.C.1991 L315, 第1页,关于条约暂停,和L325, 第23页,关于废约通知。

⁸⁶⁰ 另见欧洲法院的裁决:Case C-162/96, A Racke GmbH & Co.诉 Hauptzollamt Mainz, [1998] E.C.R. I-3655, 在第7306-3708页,第53-59段。

⁸⁶¹ 参见《军事和准军事活动》,国际法院指出集体自卫行动不可以由第三国采取,除非受武装进攻的国家提出请求:《尼加拉瓜境内针对该国的军事和准军事活动》(尼加拉瓜诉美利坚合众国); Merits, 《1986年国际法院报告书》,第14页,在第105页,第199段。

以外的国家为了保护集体利益或整个国际社会拥有的利益也可以针对违背义务的行为采取措施。

第四部分

一般规定

这一部分包括一些对条款整体适用的一般规定，说明其范围或某些未处理事项。首先，第 55 条援引特殊法原则说明本条款具有剩余性质。当条款中以其他方式处理的事项应由国际法特别规则确定时，特别规则将排除任何矛盾居优先地位。与此相关，第 56 条说明条款并未包括所有情况，而且并不影响国际法对未处理事项的适用。随后有三个保留条款。第 57 条从条款中排除了国际组织和国家对国际组织行为的责任问题。本条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任的任何问题，第 58 条对此有明确说明。最后第 59 条保留了《联合国宪章》本身的效力。

第 55 条

特别法

在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。

评注

(1) 当确定国家间基本义务时，国家经常就未履行这些义务的法律后果，甚至就是否有这种不履行情况做出特别规定。那么问题就是看这些规定是否具有排他性，即本可以适用一般国际法的后果或本可适用确定违反义务的规则是否被排除在外。一项条约应明确规定与其他规则间的关系。但这一点经常不能做到，那么出现的问题就是这具体规定与否则可适用的一般规则是共存还是将后者排除在外。

(2) 第 55 条规定在并且只在国际不法行为的存在条件及其法律后果应由国际法特别规则确定时不得适用本条款。这反映了最大限度的特别法优于普通法。虽然

这可以是一种重要的表现，但这只不过是确定若干可适用规则中哪一个可用或者这些规则可以共存的可能途径之一。另一途径是各方之间优先考虑后出现的规则。⁸⁶² 一些情况下，违背某一压倒性规则的后果可能会具有强制的性质。例如，国家甚至不能在它们之间规定违背相互义务的法律后果将容许违背一般国际法强制性准则的行为。这样第 55 条的设想即是，相关特别规则至少与本条款所表述的规则具有相同的法律地位。由此，第 55 条确定本条款以一种剩余方式发挥作用。

(3) 要依靠特别规则才能确定在多大程度上本条款规定的关于国家责任的更一般性规则能被该特别规则所取代。一些情况下，从条约语言或其他文本可以清楚，只有特定的后果才能算数。当情况如此时，后果是由特别规则“决定”的，这时第 56 条包含的原则将适用。在另外情况下，一般法的某一方面可能会受到限定，而其他方面则继续适用。有关前者的例子是关于某些补偿的《国际贸易组织冲突解决协议》。⁸⁶³ 关于后者的例子见《欧洲人权公约》第 4 条。⁸⁶⁴ 两个例子均涉及本条款第二部分处理的事项。同样的考虑也适用第一部分。这样，一特定条约可以强加给一国义务但却需因此而为“国家”另下定义，使其所产生后果不同于否则可从第二章

⁸⁶² 见《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第 1155 卷，第 331 页，第 30 (3) 条。

⁸⁶³ 建立世界贸易组织的协定，马拉喀什，1994 年 4 月 15 日，（《联合国条约汇编》第 1867 卷，第 3 页）附件 2，关于冲突解决规则和程序的协议，特别是第 3 (7) 条，规定“只有立即撤消某一措施不切实际时以及作为撤消与有关协议相矛盾的措施之前的临时措施”才能补偿。对世界贸易组织来说，“补偿”指将来的行为，不是过去的行为，并涉及某种形式的反措施。见第 22 条。对世界贸易组织来说的停止与赔偿，见例如澳大利亚——为汽车皮革制造商和出口商提供的补贴，委员会报告，2001 年 1 月 21 日，WT/DS126/RW，第 6.49 段。

⁸⁶⁴ 见第 32 条评注，第(2)段。

责任归属规则得出的结果。⁸⁶⁵ 或一条约可以规定一国不得依据不可抗力或必然性。

(4) 要使特殊法原则能够适用, 仅由两种不同规定来处理同一主题事项是不够的; 两者之间一定存在着某种实际的矛盾, 或者可以看到用一种规定排斥另一规定的意图。这样基本上就是一个解释的问题。例如在 *Neumeister* 案中, 欧洲人权法院认为关于对非法逮捕和拘留进行赔偿的《欧洲公约》第 5 (5) 条规定的具体义务不能压倒第 50 条关于赔偿的更一般性的规定。法院认为, 对第 5 (5) 条适用特殊法原则将导致“与公约目的和目标不相容的后果”。⁸⁶⁶ 第 50 条的适用考虑到具体规定就够了。⁸⁶⁷

(5) 第 55 条的制订意在包括“强”或特殊法, 包括经常被称之为的独立的体系, 和“弱”或特殊法, 如特定条约对某一点做出规定, 例如把偿还除外的具体条约规定。常设国际法院在温布尔登号一案涉及《凡尔赛条约》中关于吉尔运河通过

⁸⁶⁵ 这样, 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 1 条, 《联合国条约汇编》第 1465 卷第 112 页, 只适用于“由公职人员或以官方身分行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下”所施加的酷刑。这可能比第一部分第二章中将行为责任归属于国家的基础要狭窄一些。参看允许国家某些组成部分被排除在条约范围之外或限制联邦国家对这些组成部分的义务的“联邦”条款, 如《联合国教育、科学及文化组织保护世界文化和自然遗产公约》, 《联合国条约汇编》第 1037 卷, 第 151 页, 第 34 条。

⁸⁶⁶ 欧洲人权法院, A 辑, 第 17 号(1974), 第 13 页, 第 29 段; 也见同上, 第 12-14 页, 第 28-31 段。

⁸⁶⁷ 又参见 *Mavrommatis Palestine Concessions*, 1924 年《常设国际法院案例汇编》, A 辑, 第 2 号, 第 29-33 页; *Colleanu v. German State*, (1929), *Recueil des Tribunaux arbitraux mixtes*, 第 9 卷, 第 216 页; 世界贸易组织, “土耳其——纺织品和服装进口的限制”, 委员会报告, 1999 年 5 月 31 日, WT/DS34/R, 第 9.87 至 9.95 段; “比格尔海峡仲裁案(阿根廷诉智利)”, 《联合国国际仲裁裁决报告书》, 第 21 卷, 第 53 页(1977 年), 在第 100 页第 39 段; 又见 C.W. Jenks, “The Conflict of Law-Making Treaties”, 《比利时国际法年鉴》, 第 30 卷(1953 年)第 401 页; M. McDougal, H. Lasswell & J. Miller《解释国际协定和世界公共秩序: 内容和程序原则》(纽黑文, 纽黑文出版社, 1994 年)第 200-206 页; P.Reuter, “Introduction au Droit des Traités” (第三版) (巴黎, 法国大学出版社, 1995 年), 第 201 段。

的规定⁸⁶⁸时联系到这种独立体系的概念，国际法院也在外交和领事人员案中涉及滥用外交和领事人员特权补偿时联系到这一观念。⁸⁶⁹

(6) 第 55 条阐明的原则适用于本条款的全部。这一点因反映第一、二和三分内容的语言的使用(“一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行)而十分清楚。

第 56 条

本条款中没有明文规定的国家责任问题

在本条款中没有明文规定的情况下，关于一国对一国际不法行为的责任问题，仍应遵守可适用的国际法规则。

评 注

(1) 本条款通过编纂和逐步发展规定国家责任的一般次要规则。在这方面，第 56 条具有两项功能。第一，它保留了习惯国际法关于国家责任规则对本条款未包括事项之适用。第二，它保留了关于违反不涉及国家责任问题的国际义务所产生各种后果而来自于条约法或国际法其他领域的规则。它补充了第 55 条中阐述的特别法。它同第 55 条一样，不限于不法行为的法律后果，而适用于本条款规定的国家责任的整个方面。

(2) 至于第一项功能，本条款无意阐述甚至在现有国家法的情况下，国际不法行为的一切后果，也不想排除国家责任法的进一步发展。例如，在不法行为不得产

⁸⁶⁸ 1923 年《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号，第 23-24 页。

⁸⁶⁹ 联合国在德黑兰的外交和领事人员，《1980 年国际法院报告书》，第 3 页，在第 40 页，第 86 段。见第 50 条评注第(15)段，又见 B. Simma, “独立体系”，《荷兰国际法年鉴》，第 16 卷(1985)，第 111 页。

生权利所述的法律原则可以产生责任方面的新的法律后果⁸⁷⁰。就这一方面而言，第56条反映了，《维也纳条约法公约》序言段中申明的“本公约没有明文规定的问题，仍应遵守习惯国际法规则”。然而，国家责任问题，不仅习惯国际法没有明文规定，而且有些条约也没有明文规定。那么，第56条指的就是“可适用的国际法规则”。

(3) 第56条的第二项功能阐明本条款不涉及是不是来自于国家责任规则但来自于条约法或其他法律领域的违背国际义务行为的任何法律后果。例如，由非法使用武力而形成的一项条约的无效性⁸⁷¹；排除那种建立在援引国违背对其他缔约国国际义务情况下所引起环境条件根本变化的依靠⁸⁷²，或者在实质性违背双边条约情况下违反国际义务行为的终止⁸⁷³。

第 57 条

国际组织的责任

本条款不影响一国际组织依国际法承担的、或任何国家对一国际组织的行为的责任的任何问题。

评 注

(1) 第57条是保留条款。它保留本条款范围的两个有关问题。这些首先关系到涉及国际组织责任的任何问题，其次关系到任何一国对一国际组织行为责任的任何问题。

⁸⁷⁰ 与确定是否违反国际义务有关的例子是所谓“近似适用”原则，由 Hersch Lauterpacht 爵士在“西南非洲委员会听取请愿人申诉的可接受性”中指出，载于《1956年国际法院报告书》，第23页，见第46页。在 Gabčíkovo-Nagymaros Project 一案中，国际法院认为“即使这一原则存在，按定义它只能用于该条约的范围之内。”《1997年国际法院报告书》，第7页，见第53页，第76段。又见 S. Rosenne 著《条约的违反》(Grotius 出版社，剑桥，1985)第96-101页。

⁸⁷¹ 《维也纳条约法公约》，《联合国条约汇编》，第1155卷，第331页，第52条。

⁸⁷² 同上，第62(2)(b)条。

⁸⁷³ 同上，第60(1)条。

(2) 根据委员会就其他问题制定的条款，“国际组织”一词的含义是“政府间组织”⁸⁷⁴。这样的组织根据国际法具有单独法人资格，⁸⁷⁵ 并且对自己的行为负责，这就是说，对他们自己的机关或官员所做的行为负责⁸⁷⁶。与之相反，一些国家通过他们自己的不同于那些国际组织的机关共同采取行动时，遵照第一部分第 2 章所规定的原则，提及到的所涉行为是指有关的国家行为。如第 47 条所述，此种情况下，每一国家均需为自己的行为负责。

(3) 正象一国可以派遣官员到另一国，受后者为本身的目的而对其支配和控制，同样的做法也可发生在一国际组织和一国之间。前一种情况已在第 6 条阐明。至于后一种情况，如果是一国家派官员到一国际组织去以该组织的机关或官员行事，他们的行为要由该组织而不是派出国负责，而且这不属于本条款范围之内。至于换一种情况，即第 6 条所说的国际组织的机关受一国“支配”的情况，似乎没有令人信服的例子，⁸⁷⁷ 因此这里无需明确规定其可能性。

(4) 第 57 条也将一国对一国际组织行为负责任的问题排除于本条款之外，即国际组织为行为者而国家因参与该组织行为或由于为其成员而被认为负有责任。从形式上看，此类问题属于本条款之范围，因为它涉及到与第一部分第四章所处理的

⁸⁷⁴ 见《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》，1986 年 3 月 21 日，第 2(1)(一)条。

⁸⁷⁵ 国际法院在“为联合国工作中所受伤害的补偿”案中的咨询意见为联合国的国际法人资格奠定了稳固的基础，《1949 年国际法院报告书》，第 174 页，见第 179 页。

⁸⁷⁶ 国际法院指出，“免于法律程序问题与由联合国或以其官方身份行动的人员的行为所造成伤害的赔偿是不同的。可以要求联合国对此类行为造成的伤害承担赔偿责任。”‘与人权委员会特别报告员法律程序豁免相关的差异’，《1999 年国际法院报告书》，第 62 页，见第 88-89 页，第 66 段。

⁸⁷⁷ 参看《1974 年...年鉴》，第 2 卷，第 286-296 页。但译自由市高级专员是由国际联盟理事会派出的并对其负责，见“但译领土上波兰血统和说波兰语的波兰人和其他人的待遇”，1932 年，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 44 号，第 4 页。虽然高级专员行使与但译有关的权力，但他是否属于第 6 条所说的受但译的支配还是一个问题。根据 1995 年 12 月 14 日《波斯尼亚和黑塞哥维那和平总框架协定》附件 10 派出的高级代表的地位也不明确。波黑宪法法院认为高级代表有双重身份，既是国际官员又在特定情况下是波黑境内并为波黑服务的官员；后一种情况下，高级代表的行动受宪法控制。见 U 9/100 国境服务法案，2000 年 11 月 3 日判决。

问题近似的国家责任问题。但这就国际组织的功能及其成员国之间的关系提出了有争议的实质性问题，而这些问题最为在国际组织法的范围内加以解决。⁸⁷⁸

(5) 另一方面，第 57 条并未将一国对自己行为负责任的问题排除在本条款之外，即根据第一部分第二章，它应负责任之行为而不是国际组织的机关的行为。在这方面，第 57 条的范围很狭窄。它只包括有时被称之为成员国对一国际组织的行为和债务所负的派生或次要的责任。⁸⁷⁹

第 58 条

个人的责任

本条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任的任何问题。

评 注

(1) 第 58 条明确规定本条款并不处理以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任的任何问题。它澄清了下列事实在任何情况下均可得出的结论，即本条款只处理与国家责任有关的问题。

⁸⁷⁸ 国际法这一部分内容由于下列争议而变得更为重要：国际锡理事会：J.H.Rayner(Mincing Lane)Ltd.诉 Department of Trade and Industry[1990 年] 2 A.C.418(英国上院)；第 241/87 Maclaine Watson & Co Ltd 诉 Council and Commission of the European Communities[1990]，欧洲法院报告 I-1797(欧洲法院)和阿拉伯工业化组织(Westland Helicopters Ltd 诉 Arab Organization for Industrialization, (1985), I.L.R., 第 80 卷, 第 595 页(I.C.C.判决书)；Arab Organization for Industrialization 诉 Westland Helicopters Ltd I.L.R., (1987 年) 第 80 卷, 第 622 页(瑞士, 联邦最高法院)；Westland Helicopters Ltd.诉 Arab Organization for Industrialization, I.L.R., (1994 年) 第 108 卷, 第 564 页(英国高级法院)。又见 Waite and Kennedy 诉 Germany, 《欧洲人权法院报告书》，1999-I, 第 393 页。

⁸⁷⁹ 见国际法学会在 R.Higging 教授主持下进行的工作：《国际法学会年鉴》，第 66-I 卷(1955 年), 第 251 页；第 66-II 卷(1966 年), 第 443 页；P.Klein, La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridique internes et en droit des gens(Bruylant Editions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 1998)。也见世界贸易组织，“土耳其——纺织品和服装进口的限制”，委员会报告，1999 年 5 月 31 日，WT/DS34/R, 第 9.33-9.44 段。

(2) 个人, 包括国家官员, 所在国际法中负责任的原则是第二次世界大战之后建立的。它首先包括在建立纽伦堡法庭的《伦敦章程》,⁸⁸⁰ 后为大会所批准。⁸⁸¹ 它是最近国际刑法领域做法的理论基础, 包括两个临时法庭和罗马国际刑事法庭章程。⁸⁸² 目前这一原则已在刑事责任领域执行, 但并不排除在个人民事责任领域出现使用之一原则的可能性。⁸⁸³ 第 58 条作为一个保留条款并不排除这种可能性, 因此使用了“个人责任”这一一般性术语。

(3) 当国家官员犯下违反国际法罪行时, 经常是国家对此行为负责或国家对未能防止或惩罚他们负责。在某些情况下, 特别是侵略发生时, 按照定义国家就有责任。即使如此, 个人责任问题原则上与国家责任问题是有区别的。⁸⁸⁴ 起诉和惩处执行国际不法行为的国家官员不能免除国家对国际不法行为的责任。⁸⁸⁵ 这些官员也不能躲在国家后面不承担自己行为的责任, 因为这是不符合对他们适用的国际法规则的。前一原则反映在, 例如《罗马章程》第 25(4)条, 该条规定“《章程》关于个人刑事责任的任何规定均不得影响国际法中国家的责任”。后一原则反映在, 例如这样一明确确定的原则, 即官职不得使一个人免除国际法中的个人刑事责任。⁸⁸⁶

(4) 第 58 条反映了这种情况, 明确规定本条款不处理以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。“个人责任”这一术语已经按照《罗马章程》和其他

⁸⁸⁰ 关于起诉及惩处欧洲各轴心国主要战犯及制订国际军事法庭章程的协定, 伦敦, 《联合国条约汇编》, 第 82 卷, 第 279 页。

⁸⁸¹ 大会第 95(I)号决议, 1946 年 12 月 11 日。也见国际法委员会的“纽伦堡法庭章程和法庭判决中承认的国际法原则”, 《1950 年...年鉴》, 第二卷, 第 374 页。

⁸⁸² 见第二部分第三章的评注, 第(6)段。

⁸⁸³ 见例如处理酷刑受害者的赔偿的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》, 《联合国条约汇编》, 第 1460 卷, 第 112 页, 第 14 条。

⁸⁸⁴ 见 *Streletz, Kessler & Krenz v. Germany*, (申请号 34044/96, 35532/97 和 44801/98), 欧洲人权法院, 2001 年 3 月 22 日判决, 第 104 段; (“如果民主德国依然存在, 按国际法的观点它就应对有关行为负责。有待确定的是除国家责任外, 申请人在实质上要单独负刑事责任。”)

⁸⁸⁵ 起诉和惩处应负责任的国家官员可能与赔偿, 特别是抵偿有关: 见第 36 条评注, 第(5)段。

⁸⁸⁶ 例如见国际法委员会的“纽伦堡法庭章程和法庭审判中承认的国际法原则, 第三原则”(《1950 年...年鉴》, 第二卷, 374 页, 见 375 页), 《罗马国际刑事法庭章程》, 1998 年 7 月 17 日, A/CONF.183/9, 第 27 条。

文书获得了公认的意义；它指包括国家官员在内的个人根据国际法某些规则而对诸如种族灭绝、战争罪和危害人类罪等行为所负的责任。

第 59 条

联合国宪章

本条款不妨碍《联合国宪章》的规定。

评 注

(1) 《宪章》第 103 条规定，“联合国会员国在本宪章之下义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章之下义务应居优先。”第 103 条的重点在于与根据《宪章》所承担义务相矛盾的其他条约义务。但这种冲突可影响本条款处理的问题，如洛克比案件。⁸⁸⁷ 在更一般的意义上讲，联合国主管机构经常建议或要求一国对其特征是违反其国际义务的行为进行赔偿，在这类案件中第 103 条可起到一定作用。

(2) 因此，第 59 条规定本条款不能影响和妨碍《联合国宪章》的规定。对本条款各方面之解释均应与《联合国宪章》相一致。

⁸⁸⁷ “洛克比空难引起的对 1971 年《蒙特利尔公约》的解释与适用问题(阿拉伯利比亚合众国诉联合王国)，临时措施”，《1992 年国际法院报告书》，第 3 页；“洛克比空难引起的对 1971 年《蒙特利尔公约》的解释与适用问题(阿拉伯利比亚合众国诉美利坚合众国)，临时措施”，《1992 年国际法院报告书》，第 114 页。

第五章

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

A. 导 言

78. 委员会第三十届会议(1978年)将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这一专题列入工作计划,并任命罗伯特·Q·昆廷-巴克斯特先生为特别报告员。⁸⁸⁸

79. 委员会从第三十二届会议(1980年)到第三十六届会议(1984年)共收到并审议了特别报告员提交的五份报告。⁸⁸⁹ 这些报告试图为本专题拟订一个概念性依据和专题纲要,并载有五个条文草案建议。专题纲要载于特别报告员提交1982年委员会第三十四届会议的第三份报告。这五个条文草案是在特别报告员提交1984年委员会第三十六届会议的第五份报告中提出的。委员会审议了这些条文草案,但未做出将它们交给起草委员会的任何决定。

80. 委员会在其第三十六届会议(1984年)上还收到以下材料:对联合国法律顾问于1983年向16个选定的国际组织所发调查表的答复。除其他事项外,调查表是要查明各国彼此应尽的义务、以及作为国际组织的成员应尽的义务是否足以履行或

⁸⁸⁸ 在该届会议上,委员会成立了一个工作组,由它初步审议这一专题的范围和性质。工作组的报告见《1978年...年鉴》,第二卷(第二部分),pp.150-152。

⁸⁸⁹ 关于特别报告员的五份报告,见《1980年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.247,文件A/CN.4/334和Add.1和2;《1981年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.103,文件A/CN.4/346和Add.1和2;《1982年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.51,文件A/CN.4/360;《1983年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.201,文件A/CN.4/373;《1984年...年鉴》,第二卷(第一部分),p.155,文件A/CN.4/383和Add.1。

取代某些专纲要中提到的程序。⁸⁹⁰ 委员会还收到秘书处编写的一份研究报告，题为“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”。⁸⁹¹

81. 委员会第三十七届会议(1985年)任命胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从第三十七届会议(1985年)到第四十八届会议(1996年)共收到特别报告员提交的十二份报告。⁸⁹²

82. 委员会第四十四届会议(1992年)设立了一个工作组，目的是审议与这一专题的范围、应就该专题采取的办法以及该专题方面今后工作的可能的方向有关的一些一般性问题。⁸⁹³ 按照工作组的建议，委员会在1992年7月8日第2282次会议上决定分阶段继续进行这一议题方面的工作。先完成关于防止越境损害的工作，然后进行补救措施方面的工作⁸⁹⁴。鉴于本专题的标题含义不够明确，委员会决定继续依本专题应处理“活动”这一工作假设行事，并暂时不对标题作正式修改。

83. 委员会第四十八届会议(1996年)重新设立了工作组，以根据特别报告员的报告和委员会多年来举行的讨论在各方面审查该专题，并向委员会提出建议。

⁸⁹⁰ 《1984年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.129,文件 A/CN.4/378。

⁸⁹¹ 《1985年...年鉴》，第二卷(第一部分)，增编，文件 A/CN.4/384；也见“与国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题有关的责任制度概览”，《1995年...年鉴》，第二卷(第一部分)，文件 A/CH.4/471。

⁸⁹² 关于特别报告员的十二份报告，见《1985年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.97,文件 A/CN.4/394；《1986年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.145,文件 A/CN.4/402；《1987年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.47,文件 A/CN.4/405；《1988年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.251,文件 A/CN.4/413；《1989年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.131,文件 A/CN.4/423；《1990年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.83,文件 A/CN.4/428；《1991年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.71,文件 A/CN.4/437；《1992年...年鉴》，第二卷(第一部分)，p.75,文件 A/CN.4/443；《1993年...年鉴》，第二卷(第一部分) 文件 A/CN.4/450；文件 A/CN.4/459；文件 A/CN.4/468；文件 A/CN.4/475 和 Add.1。

⁸⁹³ 《大会正式记录，第四十七届会议，补编第10号》(A/47/10)，第84-85页。

⁸⁹⁴ 关于委员会的详细建议，见《大会正式记录，第五十届会议，补编第10号》(A/50/10)，第140-142页。

84. 工作组提交了一份报告,⁸⁹⁵完整地介绍了预防原则和赔偿和其他救济责任原则方面的专题,并提供了条款及其评注。

85. 委员会第四十九届会议(1997年)再次设立了工作组,审议委员会应如何就该专题开展工作的问題。工作组审查了委员会1978年以来关于这个专题的工作。它注意到,由于概念和理论上的困难、标题的恰切程度和这个课题与“国家责任”的关系等因素,这个专题的范围和内容还是不明确。工作组还注意到,委员会在这个专题之下处理了“预防”问题和“国际责任”问题。工作组认为,这两个问题虽然相互联系,却互有区别。因此,工作组议定,从今以后,预防问题和责任问题应该分别处理。

86. 因此委员会决定就“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”这个专题开展工作,首先在“预防危险活动造成的越境损害”这个副标题项下讨论预防问题。⁸⁹⁶大会在其第52/156号决议第7段中注意到这个决定。

87. 在同一届会议上,委员会任命彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生为专题这一部分的特别报告员。⁸⁹⁷

88. 委员会第五十届会议(1998年)收到并审议了特别报告员的第一份报告。⁸⁹⁸并在一读时通过了关于预防危险活动造成的越境损害的一套17个条款草案。

89. 委员会根据《章程》第16条和第21条,通过秘书长将条款草案转交各国政府,请它们提出评论和意见,并请求在2000年1月1日前将这些评注和意见交给秘书长。

90. 委员会第五十一届(1999年)和第五十二届(2000年)会议收到并审议了特别报告员的第二⁸⁹⁹和第三⁹⁰⁰份报告。委员会还收到了各国政府的评论和意见。⁹⁰¹

⁸⁹⁵ 《大会正式记录,第四十八届会议,补编第10号》(A/51/10),附件一。

⁸⁹⁶ 《大会正式记录,第五十二届会议,补编第10号》(A/52/10),第168段。

⁸⁹⁷ 同上。

⁸⁹⁸ A/CN.4/487和Add.1。

⁸⁹⁹ A/CN.4/501。

⁹⁰⁰ A/CN.4/510。

⁹⁰¹ A/CN.4/509和A/CN.4/516,后一份是在2001年收到的。

委员会在 2000 年 7 月 20 日的第 2643 次会议上将序言部分草案和修订的条款草案提交起草委员会。

B. 本届会议审议这个专题的情况

91. 在本届会议上，起草委员会审议了委员会去年提交给它的条款草案。起草委员会主席在 2001 年 5 月 11 日举行的委员会第 2675 次会议上提交了他的报告 (A/CN.4/L.601,Corrs.1(只有英文本)和 2)。在同一次会议上，委员会审议了起草委员会的报告并通过了序言部分草案的最后案文和关于预防危险活动造成的越境损害的一套 19 个条款草案。

92. 在 2001 年 7 月 27 日至 8 月 2 日的第 2697 次、第 2698 次、第 2699 次和第 2700 次会议上，委员会通过了对上述条款草案的评注。

93. 委员会现根据《章程》向大会提交序言部分草案和条款草案以及下列建议。

C. 委员会的建议

94. 在 2001 年 8 月 3 日第 2701 次会议上，委员会按照其《章程》第 23 条决定建议大会根据关于预防危险活动的越境损害的条款草案拟订一项公约。

D. 向特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生致敬

95. 在 2001 年 8 月 3 日第 2701 次会议上，委员会在通过关于预防危险活动的越境损害的序言草案和条款草案案文之后以鼓掌通过以下决议：

“国际法委员会，

通过了关于预防危险活动的越境损害的序言草案和条款草案，

向特别报告员彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生表示深切的感谢和热烈的祝贺，感谢他通过不懈的努力和专致的工作为序言草案和条款草案拟订的工作作出了杰出的贡献，祝贺关于预防危险活动的越境损害的序言草案和条款草案的拟订工作取得了成果。”

96. 委员会也向以前的特别报告员 Robert Q.Quentin-Baxter 先生和 Julio Barboza 先生表示深切感谢，感谢他们为本专题的工作作出了杰出的贡献。

E. 关于预防危险活动的越境损害的
条款草案案文

1. 条款草案案文

97. 委员会第五十三届会议通过的序言草案和条款草案案文转载于下：

预防危险活动的越境损害

缔约各国，

铭记《联合国宪章》第十三条第一项子款，其中规定大会应发动研究，并作成建议，以提倡国际法之逐渐发展与编纂，

考虑到各国对其领土内或在其管辖或控制下的其他地方的自然资源具有永久主权原则，

也考虑到各国在其领土内或在其管辖或控制下的其他地方进行或许可进行活动的自由并非是无限制的，

回顾1992年6月13日《关于环境与发展的里约宣言》，

认识到促进国际合作的重要性，

兹议定如下：

第 1 条

范 围

本条款适用于国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大越境损害的危险的活
动。

第 2 条

用 语

为本条款的目的：

- (a) “造成重大越境损害的危险”包括造成重大越境损害的可能性较大和造成灾难性越境损害的可能性较小的危险；
- (b) “越境损害”指对人、财产或环境造成的损害；
- (c) “越境损害”指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害，不论各当事国是否有共同边界；
- (d) “起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下的其他地方计划进行或进行第 1 条所指活动的国家；
- (e) “可能受影响国”指在其领土内或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大越境损害的国家；
- (f) “当事国”指起源国和可能受影响国。

第 3 条

预 防

起源国应采取一切适当措施，以预防重大的越境损害或随时尽量减少这种危险。

第 4 条

合 作

当事国应真诚合作，并于必要时要求一个或多个有关国际组织提供协助，以预防重大越境损害或随时尽量减少这种危险。

第 5 条

履 行

当事国应采取必要的立法、行政或其他行动，包括建立适当的监督机制，以履行本条款的规定。

第 6 条

核 准

1. 在下述情形下，须经起源国的事前核准：
 - (a) 在其境内或在其管辖或控制下的其他地方进行的属本条款范围的活动；
 - (b) 上文(a)项所述活动的任何重大改变；
 - (c) 计划作出可能使某项活动转变为属本条款范围之活动的改变。
2. 一国的核准要求亦应适用于属本条款范围的所有在核准前已进行的活动。应审查已由该国签发的有关先前已存在的活动的核准，以确保它符合本条款。
3. 在核准的条件没有获得遵守的情况下，起源国应采取适当行动，包括于必要时撤销核准。

第 7 条

危险的评估

是否核准属本条款草案范围的某项活动，应特别根据该项活动可能造成的越境损害的评估，包括任何环境影响评估，作出决定。

第 8 条

通知和资料

1. 如果第 7 条所指的评估表明有造成重大越境损害的危险，起源国应及时将该危险和评估通知可能受影响国，并应向其递交评估工作所依据的现有技术和所有其他有关资料。

2. 起源国在收到可能受影响国于不超过六个月的期间内提出的答复以前，不应就是否核准该项活动作出任何决定。

第 9 条

关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时，应进行协商，以期为预防重大越境损害或随时尽量减少这种危险所须采取的措施达成可以接受的解决办法。当事国应在这类协商开始时，就协商的合理时限达成协议。

2. 当事国应参照第 10 条寻求基于公平利益均衡的解决办法。

3. 如果第 1 款所指协商未能取得一致同意的解决办法，起源国如果决定核准从事该项活动，也应考虑到可能受影响国的利益，但不得妨碍任何可能受影响国的权利。

第 10 条

公平利益均衡所涉及的因素

为了达到第 9 条第 2 款所提到的公平利益均衡，当事国应考虑到所有有关因素和情况，包括：

- (a) 重大越境损害的危险程度以及有办法预防损害、或者尽量减少这种危险或补救损害的程度；
- (b) 有关活动的重要性，考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国造成的潜在损害；

- (c) 对环境产生重大损害的危险，以及是否有办法预防这种损害、或者尽量减少这种危险或恢复环境；
- (d) 起源国和酌情可能受影响国愿意承担预防费用的程度；
- (e) 该活动的经济可行性，考虑到预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性；
- (f) 可能受影响国对同样或可比较的活动所适用的预防标准以及可比较的区域或国际实践中所适用的标准。

第 11 条

没有通知时的程序

1. 如果一国有合理理由相信，起源国已计划、或已进行一项活动，可能有对该国造成重大越境损害的危险，该国可以要求起源国适用第 8 条[原第 10 条]的规定。这种要求应附有具体解释，说明理由。

2. 如果起源国认为它没有义务依照第 8 条发出通知，则应在合理期间内告知该要求国，并附上具体解释，说明作出这一结论的理由。如果这一结论不能使该国满意时，经该国请求，两国应迅速按照第 9 条所述方式进行协商。

3. 在协商期间，如果另一国提出请求，起源国应作出安排，采取适当而且可行的措施，以尽量减少危险，并酌情在一段合理期间内暂停有关活动。

第 12 条

交换资料

该项活动进行期间，各当事国应及时交换该项活动有关预防或随时尽量减少重大越境损害的危险的所有现成资料。即使该项活动已经终止，也应该继续交换这种资料，直到各当事国认为合适才停止。

第 13 条

向民众提供资料

当事国应以适当方式向可能受属本条款范围的某项活动影响的民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料，并查明其意见。

第 14 条

国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业机密至为重要或涉及知识产权的数据和资料，但起源国应本着诚意同可能受影响国合作，视情况许可尽量提供资料。

第 15 条

不歧视

除非当事国为保护在属本条款范围的某项活动造成重大越境损害时可能受害或已经受害的自然人或法人的利益另有协议，一国不应基于国籍或居所或发生伤害的地点而在允许这些人按照该国法律制度诉诸司法程序或其他程序要求保护或其他适当补偿的机会上予以歧视。

第 16 条

紧急备灾

起源国应酌情与可能受影响国和有关国际组织合作，制订对付紧急情况的应急计划。

第 17 条

通知紧急情况

起源国应毫不延迟地以可以使用的最迅速方式将有关本条款范围内某项活动的紧急情况通知可能受影响国并向其提供一切有关的现有资料。

第 18 条

同其他国际法规则的关系

本条款不影响各国根据有关条约或习惯国际法规则所承担的任何义务。

第 19 条

争端的解决

1. 在解释或适用本条款方面发生的任何争端，应由争端各方按照相互协议选定和平解决争端的方式迅速予以解决，包括将争端提交谈判、调停、调解、仲裁或司法解决。

2. 如果未能在六个月内就和平解决争端方式达成协议，争端各方应按其中任何一方的请求设立一个公平的事实调查委员会。

3. 事实调查委员会应由争端每一方指派一人，并由被指派者中将担任主席者选定不具争端任何一方国籍者一人，予以组成。

4. 如果多于一个国家为争端一方，这些国家不同意委员会的一名共同成员而每一国指派一位成员，则争端另一方有权指派相同数目的委员。

5. 如果争端各方指派的成员未能在设立委员会的请求提出后三个月内商定一位主席，争端的任何一方可请求联合国秘书长任命不具争端任何一方国籍者担任主席。如果争端一方未能在初次请求提出后两个月内根据第 2 款指派一位成员，争端的任何其他当事方可请求联合国秘书长任命不具争端任何一方国籍者一人。以这种方式任命的人应构成单一成员委员会。

6. 除了单一成员委员会的情况以外，委员会应以过半票数通过其报告，并将该报告提交争端各方，说明调查结论和建议，争端各方应本着诚意予以审议。

2. 条款草案案文及其评注

98. 委员会第五十三届会议通过的本条款案文及对案文的评记载录如下：

预防危险活动的越境损害

一般性评注

(1) 本条款所处理的是引起重大越境损害的危险活动的核准和管制方面的预防概念。在这个意义上，预防作为一种程序或者一种责任，是针对重大损害或破坏实际上发生之前的那个阶段；如果已经发生了，有关的国家就要采取补救或者补偿措施，这往往涉及到赔偿责任问题。

(2) 预防的概念已经成为一个日益重要的专题，把着重点放在预防的责任，而不是赔偿，补救或者补偿的义务，有几个方面的重要意义，预防应该是理炙可取的政策，因为在造成损害之后才去补偿，往往无法恢复该事件或者事故发生之前所存在的状况。履行预防责任，或者尽到应尽之力，现在更有必要，因为在危险活动的进行、所用的材料以及控制这些活动的教程和所涉及的风险等方面，人们的知识都在不断增长。从法律角度来看，由于人们有更大能力跟踪连串的因果关系，即原因(活动)与影响(损害)之间的物理联系，甚至包括连串因果关系中的几个中间环节，所以危险活动的经营者也更应该采取一切必要步骤来预防损害。无论如何，作为政策，预防总是胜于治疗。

(3) 预防危险活动引起越境损害，是《里约宣言》⁹⁰² 原则 2 十分强调的一个目标，也得到国际法院 1996 年 7 月 8 日关于“一国在武装冲突中使用核武器的合法

⁹⁰² 联合国环境和发展会议的报告，1992 年 6 月 3 日至 14 日，里约热内卢(联合国出版物，出售品编号：E.93.I.8 及更正)，第一卷：“联合国环境与发展会议通过的决议”，决议 1，附件一。

性”的咨询意见⁹⁰³确认, 现在已构成国际法主体的一个部分。

(4) 所以, 世界环境与发展委员会环境法专家组正确地强调了预防问题。该专家组所建议的关于越境自然资源和环境干预问题的第10条说: “在不损害第11和第12条所定原则的情况下, 各国应预防或减轻任何越境环境干预或这种干预可能造成重大损害(即并非轻微或微不足道的损害)的显著危险。”⁹⁰⁴ 另外, 还必须指出, 特雷尔炼锌厂案的仲裁裁决强调了预防这一早已确立的原则, 而《斯德哥尔摩宣言》⁹⁰⁵原则21和《里约宣言》原则2以及大会关于各国在环境领域中合作的1972年12月15日第2995(XXVII)号决议均重申了这一原则。这一原则也反映在1978年《指导各国养护和协调利用两个或两个以上国家共有自然资源的环境方面行动原则》草案原则3, 其中规定, 各国必须“尽量避免和……尽量减少因利用共有资源而在基管辖范围以外引起不良的环境影响, 以便保护环境, 特别是如果此种利用可能引起下列后果: (a) 对环境造成损害, 从而影响到另一个共有国家对此种资源的利用; (b) 对一种共有可再生资源的养护造成威胁; (c) 危害另一国居民的健康”。⁹⁰⁶

(5) 关于保护环境、核事故、空间物体、国际水道、危险废物管理和预防海洋污染等许多多边条约, 均已将预防对环境、人身和财产的越境损害视为一项重要原则。欧洲经济委员会(欧洲经委会)所缔结的若干公约也已接受这项原则, 如1979年

⁹⁰³ 1996年7月8日咨询意见, 《1996年国际法院报告书》, 第15页, 第29段; 另参看A/51/218, 附件。

⁹⁰⁴ 世界环境与发展委员会环境法专家组通过的《环境保护与可持续发展——法律原则和建议》(Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1986), p. 75. 另外, 有人指出, 不造成重大损害的责任还可产生于不以条约为基础的国家惯例, 以及各国单独和(或)集体所作的声明。参看J. G. Lammers, 《国际水道的污染》(海牙, Martinus Nijhoff, 1984年), pp. 346-347, 374-376。

⁹⁰⁵ 联合国人类环境会议的报告, 1972年6月5日至16日, 斯德哥尔摩(联合国出版物, 出售品编号E. 73.II.A.14)。

⁹⁰⁶ 联合国环境规划署(环境署)理事会1978年5月19日第6/14号决定, 《大会正式记录: 第三十三届会议, 补编第25号》(A/33/25), 附件一, 转载于《国际法材料》, 第17卷(1978), p. 1098. 关于反映预防原则的其他资料来源, 见《环境保护与可持续发展——法律原则和建议》(脚注904), pp. 75-80。

《远距离越境空气污染公约》，1991年《越境环境影响评估公约》，1992年《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》和1992年《工业事故越境影响公约》。⁹⁰⁷

预防危险活动的越境损害

序 言

缔约各国，

铭记《联合国宪章》第十三条第一项子款，其中规定大会应发动研究，并作成建议，以提倡国际法之逐渐发展与编纂，

考虑到各国对其领土内或在其管辖或控制下的其他地方的自然资源具有永久主权原则，

也考虑到各国在其领土内或在其管辖或控制下的其他地方进行或许可进行活动的自由并非是无限制的，

回顾1992年6月13日《关于环境与发展的里约宣言》，

认识到促进国际合作的重要性，

兹议定如下：

⁹⁰⁷ 按照所涉及的环境领域或部门以及针对特定威胁给予的保护载列的若干条约，参看：E. Brown Weiss, D.B. Magraw and P.C. Szasz, 《国际环境法：基本文书和参考资料》(跨国出版公司，1992年)；P. Sands, 《国际环境法原则》，第1卷(框架、标准和执行)，(曼彻斯特出版社，1995年)；L. Boisson de Chazoumes, R. Desgagne, C. Romano (合编)国际保护环境，《法律文书汇编》，(Paris, pedone, 1998)；C. Dommen, Ph. Cullet, 《国际环境法》，基本文件和参考资料，(Kluwer 1998年)，M. Prieur, St. Doumbe-Bille (合编)，《国际保护环境文书汇编法文版》，AUPELP/EDICEF, 1998；A. Boyle and D. Freestone(合编)，《国际法和可持续发展》；以往的成就和未来的考验(牛津大学出版社，1999年)；F.L. Morrison and R. Wolfrum (合编)，《国际、区域和国家环境法》(Kluwer Law International, 2000)；P.W. Bimie and A. Boyle, 《国际法和环境》(牛津大学出版社，2002年)(即将出版)第二版。

评 注

(1) 序言规定了拟订预防专题的总范围，同时考虑到委员会编纂和发展国际法的职权。本预防专题下包括的活动要求各国为共同利益进行合作并互相迁就。各国可自由拟订必要的政策开发其自然资源和进行或核准进行为满足其人口需要的活动。不过，在这样做时，各国必须确保在进行这类活动时考虑到其他国家的利益，因此它们在自己管辖范围内进行活动的自由不是无限制的。

(2) 也应当把预防危险活动的越境损害问题放在《里约宣言》所包含的一般原则和强调环境与发展问题间密切相互关系的其他考虑范围内来看待。序言第3段一般性地提及《里约宣言》表明其中所载的所有原则的互动性很重要。这并不妨碍在下文关于特定条款的评注中酌情突出《里约宣言》的具体原则。

第 1 条

范 围

本条款适用于国际法不加禁止的、其有形后果有造成重大越境损害的活动的危险的活动。

评 注

(1) 第1条将本条款的范围限定在国际法不加禁止的、但有通过其有形后果造成重大越境损害之危险的活动。第2条(d)项进一步把条款的范围限定于在一国领土内或在其管辖或控制下进行的活动。

(2) 会通过其有形后果造成重大越境损害的任何活动都属于本条款的范围可以在本类别下设想各种类型的活动。拟议的条款标题表明：任何危险的和(按照推论)任何极其危险的活动，凡是会引起重大越境损害的，都在此列。极端危险活动的危险被认为很不可能实际发生、但一旦发生这种罕见的情况，肯定造成惨重(不只是重大、严重或大幅度)的灾情。

(3) 在研拟本条款的不同阶段中，都有人建议在本条款的附件中开列一份活动清单，将来可以酌情取舍。各国将来为了履行预防的义务进行国内立法时，也可以对这份清单进行取舍。

(4) 但是，有人认为，在本条款附件中开列活动清单不无困难，从功能上考量，并非不可或缺。任何活动清单都可能不够完备，鉴于技术革新，日新月异，可能迅速过时。此外，除了核领域或外层空间活动等多半另订专门法规的一些极端危险活动以外，一项活动引起的危险基本上是取决于具体运用情况、特定的前因后果和经营方式。人们认为，通用的清单无法抓住这些要素。

(5) 还应该指出，各国总是可以在任何区域或双边协定中或在管制这些活动和履行预防义务的国家立法中将属于本条款范围的活动列入清单。⁹⁰⁸ 总之，本条款的范围是由本条文中指明的四项准则加以澄清的。

(6) 规定本条款范围的第一项准则提到‘国际法不加禁止的活动’。起初是为了将国际责任专题与国家责任专题分开。⁹⁰⁹ 使用这项准则也是为了使可能受影响国在面临可能造成重大越境损害的活动时能够要求起源国遵守预防义务，尽管该项活动本身不受禁止。此外，可能受影响国援引本条款还可以在其后声称有关活动是受到禁止的活动。同样，应该知道，不履行预防的义务或在任何情况下将风险减至最

⁹⁰⁸ 例如，各种公约处理属于其范围内的那类活动：《防止陆源物质污染海洋公约》，环境署，《环境领域多边条约选编》，参考资料第3辑，1983，p. 430，转载于《国际法律材料》，第13卷(1974年)；《保护地中海免受污染公约议定书》，同上；《保护莱茵河免受化学污染公约》，联合国，《条约汇编》，第1124卷，p. 375；《越境环境影响评估公约》附件一(E/ECE/1250)，载录于《国际法律材料》，第30卷(1991年)，p. 800，其中认定原油精炼厂、热力发电站、生产浓缩核燃料等装置为可能危害环境，需要根据该公约进行环境影响评估。1992年《保护波罗的海地区海洋环境公约》[IMO 1] LDC.2/Circ.303；《工业事故越境影响公约》(ENVA/R.54和Add.1)载(转)于《国际法律材料》，第31卷(1992)，p. 1333；《危害环境活动造成的损害民事责任公约》(《欧洲条约汇编》，No. 150)附件二载列了在陆地和海上以焚化方式全部或部分处理固态、液态或气态废物的装置或基址以及在减少氧气供应量的情况下热解固态、气态或液态废物的装置或基址等活动；该《公约》也在附件一中载列了一份危险物质清单。

⁹⁰⁹ 《大会正式记录，第三十二届会议，补编第10号》(A/32/10)，第17段。

小，并不意味着该项活动本身受到禁止。⁹¹⁰ 但是，在这一情况下，国家可能承担履行义务的责任，包括任何民事责任或经营人的责任。⁹¹¹ 本条款主要关注风险管理，强调所有当事国进行合作与协商的责任。可能受影响国有权与起源国一起设计，酌情履行彼此共同使用的风险管理办法。但是，赋予可能受影响国的权利并没有给予它们否决活动或项目本身的权利。⁹¹²

(7) 第2条(d)项的起源国定义中所载示的第二项准则是：适用于预防措施的活动是在一国领土内或在其管辖或控制内的领土内“规划或进行的”。这一准则中使用了三个概念：“领土”、“管辖”和“控制”。即便“一国的管辖或控制”这一提法是

⁹¹⁰ 参看 M.B. Akehurst “国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”，《荷兰国际法年鉴》第16卷(1985年)，pp. 3-16；Alan E. Boyle, “国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国家责任和国际责任：必须加以区别吗？”《国际法和比较法季刊》，第39卷(1990年)，pp. 1-25；Karl Zemanek, “国家责任和赔偿责任”，载于 W.Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (合编)，《环境保护与国际法》(1991年)，p. 197；P. S. Rao, 《关于预防危险活动的越境损害的第二次报告》，文件 A/CN.4/501, 第35-37段。

⁹¹¹ 参看 P.M. Dupuy, 《国家对来源于技术和工业的损害的国际责任》(Paris, Pedone, 1977), p. 319, I. Brownlie, 《国际法律制度：国家责任》，第一部分(1983), p.50；A. Rosas, “国家责任和民事责任制度中的赔偿责任”，载于 O. Bring and Said Mahmoudi (合编)，“当前国际问题：北欧的观点(向 Jerzy Sztucki 致敬的论文)” (M. Nijoff, 波士顿, 1994年)；Fouad Bitar, “《巴塞尔公约所规定危险废物的越境移动》，《责任制度的研究》(Paris, Pedone, 1997), pp.79-137. 但是，不同的赔偿责任、举证责任和补救办法适用于国家责任和赔偿责任。也参看 P.M. Dupuy, “世纪末的国际环境法趋势？”载于《国际公法综合评论》(1997-4), pp.873-903；Teresa A. Berwick, “责任和对环境损害的赔偿责任：国际环境制度的路标”，《乔治城国际环境评论》(1998), pp. 257-267；“国家在其与国际环境保护之关系中的国际责任的困境”，载于《人与环境，向 Alexandre Kiss 致敬特刊》(巴黎, Frison-Roche, 1998)(参看下文脚注 948)。

⁹¹² 关于履行协议之义务的性质和所涉利益之权衡，参看 P.S. Rao, 关于预防危险活动的越境损害的第一次报告，文件 A/CN.4/487, 第43, 44, 54 和 55 (d)段。

有些文书⁹¹³中较常用的语句，委员会认为也提到“领土”这一概念以便强调这些条款下的活动和一国之间领土联系的重要性——如果存在这一联系的话——是有用的。

(8) 为了本条款的目的，属地管辖权是主要的准则。因此，一旦在一国的领土上展开某项活动，该国必须遵守预防的义务。因此，“领土”是管辖的决定性证明。有鉴于此，如果对本条款所述及的一项活动的管辖权有冲突，属地管辖权应居优先。然而，委员会考虑到，在有些情况下，依据国际法，一国必须为另一国限制其领土管辖权，这种情况的首要事例是外国船舶无害通过领海。在这种情况下，如果外国船舶的活动造成严重越境损害，船旗国而不是领土所属国必须遵守本条款的规定。

(9) 就本条款的目的来说，“领土”概念并不适用于一国行使“管辖”或“控制”权的所有情况。除了在一国领土上展开的活动以外，“管辖权”一词还意在包括一国依照国际法有权行使职权和权力的一些活动。委员会意识到，确定管辖权的问题是复杂的，有时是争端的核心。本条无疑并不假设解决所有管辖权冲突问题。

(10) 有时由于活动的地点，一国与活动之间没有属地联系，例如，在外层空间或公海上展开的活动。最常见的事例是船旗国对船只的管辖权。1958年《日内瓦海洋法公约》和1982年《联合国海洋法公约》载列了船旗国的许多管辖能力。

(11) 在一个以上的国家对本条款所列活动拥有并行管辖权的情况下，各国应分别遵守，必要时共同遵守本条款的规定。

(12) 国际法中“控制”这一概念的功能，其目的是使其对某些活动或事件的管辖权未得到国际法承认的国家承担某些法律后果；这包括一国行使事实上的管辖权，即使它没有法律上的管辖权等各种情况，例如非法干涉、占领和非法吞并。在这一方面可以参照国际法院就“南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果案”提出的咨询意见。⁹¹⁴在这一意见中，法院

⁹¹³ 参看《斯德哥尔摩宣言》原则21(见上文脚注905)；《联合国海洋法公约》，《第三次联合国海洋法会议正式记录》，第十七卷(联合国出版物出售品编号：E.84.V.3)，文件A/CONF.62/122,第194条第2款；《里约宣言》原则2(见上文脚注902)，和《生物多样性公约》第3条，文件UNEP/Bio.Div/N7-INC.5/4，转载于《国际法材料》，第31卷(1992)，p. 1808。

⁹¹⁴ 《1971年国际法院报告书》，p. 16。

害判定南非对于产生并维持被法院宣布为非法的一种状况应负责任，并认定南非有义务从纳米比亚撤销其政府，但随后认为南非对纳米比亚的事实上的控制产生了某些法律后果。法院判定：

“南非不再有权管理该领土，这一事实并不免除它根据国际法在对该领土行使其权力方面其他国家的义务和责任。对某一领土的实际控制，而不是主权或权力的合法性，正是对影响到其他国家的行为的国家责任的基础。”⁹¹⁵

(13) 第三项准则是本条款所列活动必须具有“造成严重越境损害的危险”。第2条中为用语下了定义(见第2条评注)。“越境损害”一语意在排除仅在活动所在国领土上造成损害而不可能对任何其他国家造成任何损害的那些活动。对“重大”一词的讨论见第2条评注。

(14) 关于“危险”的要素，按照定义，它涉及未来的可能性，因此包括对危险的鉴定或评估因素，如果在进行活动的时候，没有任何以适当方式得到情报的观察员注意到或已经注意到该活动所涉及的危险，光凭损害毕竟是由某一活动造成的事实并不能说该活动有危险。反之，某一活动可能有造成重大损害的危险，即使那些负责进行活动的人低估了或甚至没有觉察到危险。因此，必须客观对待危险概念，象适当得到报告的观察员已经或应该做到的那样，指出对某一活动造成的可能损害的评估情况。

(15) 在这一点上，应该着重指出，本条款作为一个整体，具有持续的运作和效力，即：除非另外说明，它们适用于不时进行的活动。因此有可能发生这样的情况：某一活动刚刚开展的时候并不涉及危险(就第(14)段中所解释的情况来说)可能由于某些事件或事态发展而有危险。例如，本来绝对安全的蓄水库却由于地震而变成危险，继续使用该水库就成了有危险的活动了。或者，科学知识的发展可能揭示某种结构或材料的内在弱点，可能因此面断裂或倒塌，在这种情况下，本条款草案可能根据其用语适用于有关的活动。

(16) 第四项准则是，严重越境损害必须是这些活动的“实际后果”造成的。委员会同意，为了把这一专题限制在一个可以处理的范围内，应该排除金融、社会

⁹¹⁵ 同上，第118段。

经济或类似领域的国家政策可能造成的越境损害。委员会认为，限制本条款之范围的最有效的方法是规定这些活动须产生越境实际后果，并产生了严重损害。

(17) 实际联系必须把这种活动同其越境影响联系起来。这意味着涉及到一种非常特定的影响——这种活动或有关情况产生或可能产生的一种后果。这意味着，这些条款所列活动本身必须具有一种实际性质，而且后果必须产生于这种性质。因此，武器的储存并不产生储存的武器会被交战方使用的后果。但这种储存可定性为由于储存物质的爆炸或燃烧性质可能会带来灾难性事故的潜在危险的一种活动。

第 2 条

用 语

为本条款的目的：

- (a) “造成重大越境损害的危险”包括造成重大越境损害的可能性较大和造成灾难性越境损害的可能性较小的危险；
- (b) “损害”指对人、财产或环境造成的损害；
- (c) “越境损害”指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害，不论各当事国是否有共同边界；
- (d) “起源国”指在其领土内或在其管辖或控制下的其它地方计划进行或进行第 1 条所指活动的国家；
- (e) “可能受影响国”指在其领土内或在其管辖或控制下的任何其他地方有可能发生重大越境损害的国家；
- (f) “当事国”指起源国和可能受影响国。

评 注

(1) (a)项把“造成重大越境损害的危险”的概念定义为包括造成灾难性越境损害的可能性较小或造成重大越境损害的可能性较大。委员会认为，与其分别给“危险”和“损害”的概念下定义，不如将“造成重大越境损害的危险”作为一个概念给予定义，这是因为考虑到“危险”和“损害”之间的相互关系以及二者和形容词“重大”之间的关系。

(2) 为了本条款的目的，“造成重大越境损害的危险”是指发生事故的可能性及其损害性影响之程度的综合效应。因此决定限度的是“危险”和“损害”的综合效应。委员会从欧洲经济委员会 1990 年通过的《关于越境内陆水域意外污染的行为守则》⁹¹⁶ 中得到启示。根据《行为守则》第 1 条(f)款，“危险”系指发生不良事件的可能性及其程度的综合效应”。根据“危险”和“损害”的综合效应所下的定义对本条款更为合适，综合效应应达到可被认为重大的程度。因此，责成缔约国履行的预防义务不仅合理，也应该受到足够的限制，以避免实际上在任何活动方面都规定了这种义务，因为所讨论的活动是国际法所不禁止的活动，这样做的目的是要均衡缔约国各国的利益。

(3) 前一段中的定义使“危险”和“损害”之间的关系有了一个范围，二者均需达到“重大”程度。这个定义提到了两类本条款所规定的活动。一类是造成灾难性损害的可能性较小。这通常是极危险活动的特点。另一类是造成重大损害的可能性较大。这包括那些有造成损害的较大可能性的活动，这种损害虽然不是灾难性的，但仍然是重大的。但这不包括造成重大越境损害的可能性非常小的活动。“包括”一词意在突出表示，定义是要为这些条款所指活动标明其所属范围。

(4) “重大”一词并非没有含糊性，在每一具体情况下都要进行确定。它要求较多的是对事实的考虑，而不是法律上的确定。一般理解到，“重大”的程度超过“察觉”，但不必达到“严重”或“显著”的程度。损害必须对一些方面有实际破坏作用，如其他国家中人的健康、工业、财产、环境或农业。这些破坏作用必须能以实际和客观的标准衡量。

(5) 地球的生态整体并不与政治边界相联系。各国在本国境内进行的各种合法活动会互相影响。这种相互的影响，只要没有达到“重大”程度，就被认为是可以容忍的。考虑到本条款给缔约国规定的义务涉及国际法不加禁止的活动，损害不能被容忍的阈限不能低于“重大”的水平。

⁹¹⁶ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16。也见 G·Handl, Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch(Berlin, Duncker und Humblot, 1992) pp.15-20.

(6) 阈限的概念在特雷尔冶炼厂仲裁案和拉诺湖仲裁案中得到反映,前者使用了“严重后果”的措词,⁹¹⁷后者则依靠“严重地”这一概念。⁹¹⁸一些公约也以“重大”、“严重”或“显著”为阈限。⁹¹⁹其他法律文书和国内法中也使用了“重大”一词。⁹²⁰

(7) 根据实际和客观标准确定的“重大”一词也涉及价值的确定,这将取决于具体案件的情况以及进行确定的日期。例如,某一具体损失在某一特定时期可能不被认为是“重大”,因为在那一时期,科学知识或人对某一具体资源的认识还没有达到能赋予该资源很大价值的程度。但经过一段期间以后,这种观点可能会改变,同样的损害可能被认为是“重大”的。

(8) (b)项是不言而喻的,为本条款的目的,“损害”应包括对人、财产或环境造成的损害。

(9) (c)项把“越境损害”的含义规定为在起源国以外的一国领土内或在该国管辖或控制下的其他地方造成的损害,不论当事国是否共同持有同一边界。这个定义除了在一国范围内进行的某项活动对另一国造成损害性后果的典型情况以外,还包

⁹¹⁷ 特雷尔冶炼厂案;《联合国国际仲裁裁决报告书》,第3卷,p.1965。

⁹¹⁸ 拉诺湖仲裁(法国诉西班牙)案,同上,第12卷,p.281。

⁹¹⁹ 参看例如《管制南极矿物资源活动公约》第4条第2款,《国际法材料》,第27卷(1988),p.868;《越境环境影响评估公约》第2条第1款和第2款(见上文脚注908);《关于越境内陆水域意外污染的行为守则》第1条(b)项(见上文脚注916);《国际水道的非航行使用公约》第7条(见大会第51/229号决议,附件)。

⁹²⁰ 参看美洲司法委员会1965年编写的《关于国际河流和湖泊的工业和农业使用的公约草案》第5条(美洲国家组织,国际河流与湖泊,(第4版,1971),p.132;《关于使用国际河流的水的赫尔辛基规则》第10条,《国际法协会第五十二届会议报告》(赫尔辛基,1966),p.496;大会1972年12月15日关于环境领域的国家间合作的第2995(XXVII)号决议第1和第2段;经合组织理事会1974年就《关于越境污染问题的原则》提出的建议,第6段;经合组织《关于越境污染的不歧视问题:经合组织的主要文件》,p.35,也载录于《国际法律材料》,第14卷(1997年),p.246;1980年《美国与加拿大关于越境空气污染的意向备忘录》,《美国条约》第32条,p.2541,《条约及其他国际文件汇编》第9856号;1983年《美国和墨西哥关于合作解决边境地区环境问题的协定》第7条,载于《国际法律材料》,第22卷(1983),p.1025。美国在其处理环境问题的国内法中也使用了“重大”一词。参看美国法律研究所,《重述法律》,第601节,报告员的说明3,pp.111-112。

括在一国管辖或控制下的地方(例如在公海)进行的、对另一国领土造成影响活动。例如,它也包括在公海上对其他国家的船只或平台造成有害影响。它也将包括在一国领土内进行的、在公海上对另一国的船只或平台等造成有害性后果的活动。委员会无法预测未来出现的所有“越境损害”的形式。但是,委员会明确指出,其用意是为了能够划一条线,明确地把在其管辖和控制下进行属于本条款范围之活动的一国同受到有害性后果的另一国区别开来。

(10) 在(d)项中,“起源国”一词用于指在其领土内或在其管辖或控制下的其他地方进行第 1 条所指活动的国家。⁹²¹

(11) 在(e)项中,“可能受影响国”的含义是指在其领土内或在其管辖或控制下的其他地方有发生重大越境损害之危险的国家。某项活动的可能受影响国可能不只一个。

(12) 在(f)项中,“当事国”一词同时指本条款中若干条文所共指的起源国和可能受影响国。

第 3 条

预 防

起源国应采取一切适当措施,以预防重大的越境损害或随时尽量减少这种危险。

评 注

(1) 第 3 条以“使用自己的财产时,不得损害别人的财产”的基本原则为根据,这项原则反映在《斯德哥尔摩宣言》⁹²² 和国际法原则 21,内容如下:

“依照《联合国宪章》和国际法原则,各国具有按照其环境政策开发其资源的主权权利,同时亦负有责任,确保在它管辖或控制范围内的活动,不致对其他国家的环境或其本国管辖范围以外地区的环境引起损害。”

⁹²¹ 见第 1 条评注,第(7)-(12)段。

⁹²² 见上文脚注 913。也见《里约宣言》,上文脚注 902。

(2) 但是，第 3 条和以后各条却更加具体地阐明原则 21 对国家自由所施加的限制。

(3) 本条连同第 4 条为关于预防的条文规定了基本基础。这些条文规定了各国应预防重大越境污染或随时减少这种危险的比较具体的义务。因此，这个条文强调了起源国预防重大越境损害的首要责任；只有当这一点不能完全办到时，它才应该尽量减少这种危险。“随时”一语是为了表示预防的责任具有优先的地位。在这个语境内，“尽量”一词应该理解为着眼于把发生损害的可能性减少到最低限度。

(4) 本条具有原则声明的性质。它规定各国应该采取一切适当措施以预防重大越境损害或随时尽量减少这种危险。“一切适当措施”等语指采取预防条款中所规定的所有具体行动和步骤和尽量减少越境损害。第 3 条是对第 9 条和第 10 条的补充，三者在一起构成了一个和谐的整体。此外，它规定起源国有义务为了采纳国际标准而制定和执行国内立法。这些标准将机构成必要的参考点，可据以确定所采取的措施是否合适。

(5) 作为一般原则，按照第 2 条中对这些用语所下的定义，第 3 条中关于预防重大越境损害的危险或尽量减少这种危险的义务只适用于有造成重大越境损害危险的活动。大体上，在预防方面，起源国在其领土或在其管辖或控制下进行的属于本条款范围的活动不产生对可能受影响国不可预测的后果。另一方面，“采取一切适当措施以预防或尽量减少这种危险的义务不能够只限于已经被适当地觉察到的、具有这种危险的活动。这项义务的范围扩大到包括采取适当措施以查明具有这种危险的活动，而且这项义务具有持续的性质。

(6) 本条接着规定了每一国家有关第 1 条之活动的预防原则。起源国履行其依本原则规定之预防义务的方式包括为执行该国已经制定的法律、行政决定与政策采取立法、行政或其他行动。⁹²³

(7) 各国采取适当措施或尽量减少损害的措施的义务是一种适当注意的义务，起源国的行为是据以确定该国是否遵守了本条款规定的义务的准绳。但是，适当注意的责任并不是为了保证完全防止重大损害，如果不可能办到的话。如上所述，起

⁹²³ 见第 5 条及其评注。

源国必需在可能发生的事情范围内，尽量减少危险。从这个意义上说，它并不保证损害不会发生。⁹²⁴

(8) 给予适当注意的义务，作为保护环境使其不受损害的标准基础可以追溯到一些国际公约⁹²⁵ 以及一些国际会议与国际组织的决议与报告。⁹²⁶ 最近在德国与瑞士在 1986 年关于桑多斯制药公司污染莱茵河的纠纷中讨论了适当注意的义务。瑞士政府承认没有履行适当职责，为预防事故对制药业进行适当的管理。⁹²⁷

(9) 在阿拉巴马案中，法庭核阅了当事国对给予适当注意所下的不同定义。美国对给予适当注意所下的定义是：

“[某种]与案情的重要性相称、并且同给予注意的国家的尊严与力量相称之应有注意；应在和解的一切阶段使用积极警惕和以中立国的一切其他手段防止其土地遭受侵犯之应有注意；以同样方式阻止阴谋家在违反中立国意志之情形下在其土地实行战争行动之图谋”。⁹²⁸

⁹²⁴ 关于类似意见，见委员会二读通过的《国际水道的非航行使用法》第 7 条评注第 (4) 段，《1994 年国际法年鉴》，第二卷(第二部分)，p. 103。关于缺少科学资料，见 Epiney and M. Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts*(Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1998) pp. 126-140。

⁹²⁵ 参见《联合国海洋法公约》第 194 条第 1 款(见上文脚注 913)；《防止倾倒废物及其他物质污染海洋公约》第一、第二和第七(2)条，《国际法律材料》，第 11 卷(1972)，p. 1294；《维也纳保护臭氧层公约》第 2 条，《联合国条约汇编》，第 1513 卷，p. 293，转载于《国际法律材料》第 26 卷(1987)，p. 1529；《控制南极矿物资源活动公约》第 7 条第 5 款(见上文脚注 919)；《越境环境影响评估公约》第 2 条第 1 款，(见上文脚注 908)；《关于保护和利用越境水道和国际湖泊公约》第 2 条第 1 款，文件 ENVWA/R.53 和 Add.1，转载于《国际法律材料》，第 31 卷(1992)，p. 1312。

⁹²⁶ 参看《世界自然宪章》原则 21，大会 1982 年 10 月 28 日第 37/7 号决议；卫生组织和环境署编写的关于人工影响天气的原则草案原则六，载于《美国国际法实践文摘》，1978，p. 1205。

⁹²⁷ 参看《纽约时报》，1986 年 11 月 11 日，第 A 1 页；1986 年 11 月 12 日，第 A 8 页；1986 年 11 月 13 日，第 A 3 页。另参看亚历山大·基斯，《“切诺巴”或化学品对莱茵河污染事故》，载于《法国国际法年鉴》，第 33 卷(1987 年)，pp. 719-727。

⁹²⁸ 《日内瓦仲裁(阿拉巴马案)》，载于 J. B. Moore, 《以美国为当事国的国际仲裁的历史与摘要》，第一卷，1898 年，pp. 572-573。

英国对“应有的注意”的定义是“政府通常对国内事项所给予的注意”。⁹²⁹ 法庭似乎采纳美国提出的含义较广的对于“应有的注意”的标准，并且对英国提出的对于“应有的注意”的“国家标准”表示关切。法庭指出，“英国的事例似乎也窄化了一国政府应行使国内法所赋予的约束力量之国际责任的范围，并且忽视了中立国在法律不够完备的情况下应予修订的义务”。⁹³⁰

(10) 在本条款的情形下，应有的注意表现为一国作了合理的努力，认识到预期会涉及所拟订之程序的事实和法律组成部分，并且及时采取适当措施来面对它们。因此，国家有义务采取单方面的措施来预防第 1 条范围内的活动造成重大越境损害或随时尽量减少这种危险。这些措施包括：一、旨在预防或随时尽量减少重大越境损害的政策；二、执行这些政策。这些表现为立法与行政规章并且通过各种执行办法予以落实。

(11) 应该研讨的将据以判断起源国行为的应有注意的标准通常被认为是与在特定情况下发生越境损害之危险程度相称的适当标准。例如，可能被认为特别有害的活动需要在拟订政策时采取高得多的注意标准，国家执行这些政策的努力程度也高得多。经营规模、区位、特别气候条件、活动中所使用的材料以及在特定情况下适用上述因素所得出的结论是否合理等问题都是在每种情况下确定应有注意要件时所应该考虑到的因素。被认为合理的、关于小心或应有的注意的标准是会随着时间而改变的；在某一时间点上被认为适当而合理的程序、标准或规则，在将来的某些时候可能不再是那么一回事了。因此，为了确保安全，应有的注意要求一国赶上技术变革以及科学发展。

(12) 在这方面，必须注意到《关于环境与发展的里约宣言》原则 11：

“各国应制定有效的环境立法。环境标准、管理目标和优先次序应反应它们所适用的环境与发展情况。一些国家所实施的标准对别的国家特别是发展中国家来说，可能是不适当的，也许会使它们承担不必要的经济和社会代价。”⁹³¹

⁹²⁹ 同上，p. 612.

⁹³⁰ 同上，p. 613.

⁹³¹ 参看上文脚注 902.

(13) 《斯德哥尔摩宣言》原则 23 也是这样说。但是，这项原则指明这种国内的标准“不得妨碍国际社会可能同意的一般准则”。⁹³² 各国的经济水平是在确定一国是否遵守了应有的注意之义务时应该考虑到的因素之一。但是，不能以一国的经济水平作为不履行本条款所规定的义务的借口。

(14) 第 3 条对国家施加一项义务，规定它采取一切必要措施，以预防造成重大的越境损害或随时尽量减少这种危险。这项义务可包括采取适当的措施，以十分审慎的方式行事，即使在科学上仍无法充分确定，但却应避免或预防严重或不可逆转的损害。这在《里约宣言》原则 15 中已清楚阐明，但受当事国能力的制约(见第 10 条(c)项评注)。如要更有效率地履行预防义务，很可能需要在活动中增加技术的投入，划拨适当的财政资源和受过必要培训的人力资源，以管理和监督这项活动。

(15) 活动的经营人应承担预防费用，对活动的经营负责。起源国也应承付必要的支出，使第 5 条所指的各种行政、财政和监督机制到位。

(16) 各国都能力建设、技术转让和财政资源等领域从事各种不断演变的互利计划。这些制订管制和履行预防义务的统一国际标准的努力，都是为了促进所有国家的共同利益。

(17) 因此，履行预防责任所涉及的适当注意义务的主要因素可以说是这样的：对有关事项的小心程度是一个良好的政府应该做到的程度。它应该拥有一个法律体系和足够的资源来维持一个适当的行政管理机构，以控制和监督活动的进行。但是，据理解，经济高度发展、人力与物质资源高度开发、管理系统和结构也高度进步的一国，其注意的程度比起上述各因素不那么到位的另一些国家，是不一样的。⁹³³ 即使是后者的情况下，也应该保持起码的警惕、使用基础结构并且对在该国领土内进行的危险活动的监督，因为这是任何政府的自然属性。⁹³⁴

⁹³² 参看上文脚注 905。

⁹³³ 参看 A.C.Kiss et St. Dooumbe-Bille, “联合国环境和发展会议(里约热内卢, 1992 年 6 月 3 至 14 日)”载于《法国国际法年鉴》, 第 38 卷(1992), pp.823-843; M.Kamto, “环境国际法新原则,” 载于《环境法杂志》(法国)1/1993,pp.11-21; R. Lefeber, 《越境环境干预和国家责任的起源》(海牙, Kluwer, 1996), p. 65。

⁹³⁴ 参看 Max Huber 对摩洛哥西班牙区的权利要求(英国/西班牙)案件的意见,《联合国国际仲裁裁决书》, 第二卷, p. 644。

(18) 需要的注意程度与所涉及的危险程度相称。损害本身的程度应该是可以预料到的，该国必定知道，或应该已经知道既定活动具有重大损害的危险。不能承受的损害程度越是高，需要注意加以预防的责任也就越大。

第 4 条

合 作

当事国应真诚合作，并于必要时要求一个或多个有关国际组织提供协助，以预防重大越境损害或随时尽量减少这种危险。

评 注

(1) 各国必须遵守合作原则，拟订并执行有效政策，以预防或随时尽量减少重大越境损害危险。在规划与执行的所有阶段，各国都需要进行合作。《斯德哥尔摩宣言》原则 24 和《里约宣言》原则 7 都确认合作是任何有效环境保护规则的必要组成部分。以下各条规定了更加具体的合作方式。这些条文规定，为了提高预防行动的效能，必须有可能受影响国参与。这些国家比谁都清楚有关活动的哪些特征对它最为有害，或其领土中靠近边界的哪些区——例如特别容易受到损害的生态系统——可能由于该活动受到较大的越境影响。

(2) 本条规定当事国应真诚合作。《联合国宪章》第 2 条第 2 项规定各“会员国应一秉善意，履行其依宪章所担负之义务。”1969 年《维也纳条约法公约》和 1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》都在序言部分声明真诚原则受到普遍确认。此外，《维也纳条约法公约》第 26 条和第 31 条第 1 款都确认这一原则在条约法中的重要地位。国际法院在核试验案中的裁决触及真诚的适用范围。在该案中，法院宣告“无论其渊源为何，制约法律义务之产生与执行的一项基本原则是真诚原则。”⁹³⁵ 法院对此案件的意见意味着真诚也适用于单方面行为。⁹³⁶ 事实上，真诚原则包含了“国际关系的整个结构”。⁹³⁷

⁹³⁵ 核试验案(澳大利亚诉法国)，1974 年 12 月 20 日的判决，《1974 年国际法院报告书》，p. 268。

(3) 加拿大与法国就“布列塔尼”案件设立的仲裁法庭认为，真诚原则是对预防一当事方滥用其权利的任何危险提供充分保证的因素之一。⁹³⁸

(4) 本条中“当事国”一词指起源国与一个或数个可能受影响国。虽然鼓励能够为条文目标作出贡献的其他国家进行合作，但这些国家并没有这么做的法律义务。

(5) 本条规定各国应“于必要时”寻求一个或多个国际组织的协助，以执行他们依这些条文应有的义务。各国应只在它认为有必要时才这么做。‘于必要时’一语是为了考虑到一些可能的情况：寻求国际组织的协助可能不是在预防越境损害或随时尽量减少这种危险的每一情况下都适当或有必要。例如，起源国或可能受影响国自己可能具有先进技术，并且可能具有与国际组织一样、甚至更好的技术能力，来预防重大越境损害或随时尽量减少这种危险。显然，在这种情况下，并没有寻求国际组织协助的任何义务。第二、国际组织一词指与这种事项有关、而且有能力协助的组织。尽管国际组织日益增加，却不能贫富一定会有某一个国际组织具有某一特定情况下所需要的协助能力。第三、尽管有有关的国际组织，它们的组织法却不许它们响应各国的请求。例如，某些组织可能只要求(或容许)响应其成员国的协助请求，它们也可能为了章程上的另一些障碍而苦恼。总之，本条的拟订不是为了规定：各国组织有不以其章程规定为转移的、响应依本条提出之协助请求的义务。

(6) 要求国际组织协助可以由一个或多个当事国提出。合作原则的含义是：最好这种要求由所有当事国提出。但是，所有当事国不寻求必要协助的事实并不解除个别国家寻求协助的义务。当然，在只有一个国家提出请求的情况下，国际组织的反应与参与方式将取决于请求的性质、所需协助的类型、国际组织必须实行这种援助的地点等等。

⁹³⁶ 参看 M. Virally, “对‘国际公法中的善意’论文之评述”, 《美国国际法学报》, 第 77 卷(1983), p. 130.

⁹³⁷ 参看 R. Rosenstock, “关于友好关系的国际法原则宣言: 概论”, 《美国国际法学报》, 第 65 卷(1971), p. 734; 更概括地参看, Robert Kolb, “国际公法中的善意”, 《一般法律原则研究论文》(Paris, PUF, 2000), 756 p.33.

⁹³⁸ 《国际法报告书》, 第 82 卷, p. 614.

第 5 条

履 行

当事国应采取必要的立法、行政或其他行动，包括建立适当的监督机制，以履行本条款的规定。

评 注

(1) 本条款载述了可能被认为显然的事实，即根据本条款的规定，各国必须采取必要的履行措施，无论是立法、行政或其他性质的措施。第 5 条载列在这里，一则为了强调本条款的持续性质，需要时时采取行动，以预防本条款所适用的活动引起的越境损害或随时尽量减少这种危险，再则规定发生重大越境损害的若干情况下的责任。⁹³⁹

(2) 本条所指的措施包括诸如给予有关的人作陈述的机会或制订准司法程序等。使用“其他行动”一词旨在涵盖各国可用来执行本条款的各种方法和途径。第 5 条明白提及某些措施只是为了对国家提供指导；采取什么措施它们可自由决定。提及“适当的监督机制”是为了强调国家一般就危险活动而采取的检查措施。

(3) 说各国必须采取必要措施的含义并不是它们必须自己参与第 1 条所适用的有关活动的执行问题。在这些活动是由私人或企业经营的情形下，国家的义务仅限于制定适当的管理准则，按照本条款加以实施。在既定情况下，管理准则的适用将随而成为普通行政事项，在发生争议的情况下，则由有关法院或法庭借助第 16 条中载述的不歧视原则办理。

(4) 第 5 条所述的行动可适当地预先采取。因此各国可在有关活动核准或进行前设立适当的监督机制。

⁹³⁹ 本条类似于《越境环境影响评估公约》第 2 条第 2 款，其案文为：“每一当事国应采取一切必要的法律、行政或其它措施，以履行本公约的规定，包括在附录一所列可能造成相当不利越境影响的活动方面规定一套环境影响评估程序，允许公众参与并编制附录二中所述环境影响评估文件”（见上文脚注 908）。

第 6 条

核 准

1. 在下述情形下，须经起源国的事前核准：

- (a) 在其境内或在其管辖或控制下的其他地方进行的属本条款范围的活动；
- (b) 上文(a)项所述活动的任何重大改变；
- (c) 计划作出可能使某项活动转变为属本条款范围之活动的改变。

2. 一国的核准要求亦应适用于属本条款范围的所有在核准前已进行的活动。应审查已由该国签发的有关先前已存在的活动的核准，以确保它符合本条款。

3. 在核准的条件没有获得遵守的情况下，起源国应采取适当行动，包括于必要时撤销核准。

评 注

(1) 本条规定了一项基本原则，即须经一国事前核准方可在该国领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行有造成重大越境损害危险的活动。“核准”一词指政府当局准许进行本条款所涉及的一项活动。各国可随意选择核准的形式。

(2) 第 6 条第 1 款(a)项中所述核准的要求责成一国查明是否会造成重大越境损害之危险的活动正在其领土上或在其管辖或控制下的其他地方进行，并意味着该国应该采取本条款规定的措施。这条还要求该国起到一种比较负责和积极的作用，对上述活动进行管理。特雷尔冶炼厂仲裁法庭认为：加拿大政府“有责任……保证这项活动符合该自治领根据这里确定的国际法所负有的义务。”⁹⁴⁰ 法庭认为特别“应该要求特雷尔冶炼厂避免放出烟尘而给华盛顿州造成损害”。⁹⁴¹ 第 6 条第 1 款(a)项符合这项要求。

⁹⁴⁰ 见上文脚注 917, pp. 1965-1966.

⁹⁴¹ 同上, p. 1966.

(3) 国际法院在对科孚海峡案的裁决中认为，一国有义务“不故意允许使用其领土进行有违其他国家权利的行为。”⁹⁴²

(4) “在其领土或在其管辖或控制下的其他地方等语引自第 2 条。“本条款范围内的活动”的措词方式提出了第 1 条对于某一活动属于本条款范围以内的所有要求。

(5) 第 6 条第 1 款(b)项使事前核准的要求也适用于已在第 1 条的范围内的一项活动中计划作出的重大改变，这种改变可能会增加危险或改变其危险的性质或影响范围。重大改变的事例如下：建立更大的生产能力、在现有活动中大规模使用新技术、改变汽车道、快速公路的路线或改变机场跑道的起飞和降落方向。改变投资和生产(数量和类型)、物理结构或喷射和使目前的活动提高到高于容许的阈限的水平也可视为重大变化的一部分。⁹⁴³ 同样，第 6 条第 1 款(c)项考虑到这样一种情况，即建议对一项本来无害的活动的进行方式作出改变，而这种改变会将该项活动变成有造成重大越境损害之危险的活动。实行这种改变也需要国家的核准。

(6) 第 6 条第 2 款强调，一个国家一旦采纳了本条款，核准要求就应适用于属本条款范围内的所有本来已在进行的活动。规定各国一承担本条款下的义务便立即将其适用于本来已在进行的活动也是不合理的。在这种情况下，可能需要让该项活动的经营者有适当的一段期间来符合核准要求。应该由起源国决定该项活动在等待核准期间是否应该停止进行，还是可以继续进行，以待经营者办理申请手续。假如起源国拒绝核准，则假定起源国将会制止该项活动。

(7) 第 2 款设想的调整一般在下列情况下发生：由于安全标准或国家接受了新的国际标准或义务因而必须强制执行新的立法和行政规定时。

(8) 第 6 条第 3 款指出了经营者不符合核准要求的后果。它给予对监测这些活动负有主要责任的起源国必要的灵活性，以确保经营者符合有关的要求。起源国可以酌情撤销核准，从而完全禁止该项活动的进行。

⁹⁴² 科孚海峡案，1949 年 4 月 9 日的判决，《1949 年国际法院报告书》，p. 22。

⁹⁴³ 参看《目前的政策、战略和越境环境影响评估问题》(联合国出版物出售品编号：E.96.II.E.II)，p.48。

第 7 条

危险的评估

是否核准属本条款范围的某项活动，应特别根据该项活动可能造成的越境损害的评估，包括任何环境影响评估，作出决定。

评 注

(1) 根据第 7 条的规定，起源国在准许经营者开展第 1 条所提及的活动之前，应确保对有可能造成重大越境损害的活动进行评估。通过这项评估可以使该国能够确定活动所涉危险的程度和性质，从而确定其应该采取的预防措施。

(2) 虽然在特雷尔冶炼厂案中所做到的影响评估可能不直接涉及对危险的责任，但是，它强调了对造成重大危险的活动的后果加以评估的重要性。该案的仲裁法庭指出，由老牌的知名科学家进行的这项调查研究“可能是在受到由工业烟尘引起的大气污染的任何地区所做过的、历来最为彻底的（一次）调查研究。”⁹⁴⁴

(3) 第 7 条的要求完全符合《关于环境和发展的里约宣言》的原则 17，原则 17 也规定就可能对环境造成重大不良影响的活动，进行影响评估：

“环境影响评估，用为一种国家手段，应针对拟议开展的、可能对环境有重大不良影响的活动进行，并须由主管国家当局作出决定。”⁹⁴⁵

许多国际协定以各种形式收入了对活动的不良影响进行评估的规定。⁹⁴⁶ 其中最突出

⁹⁴⁴ 同前，见上文脚注 917，pp. 1973-1974。

⁹⁴⁵ 见上文脚注 902。

⁹⁴⁶ 参看《关于合作防止海洋环境污染的科威特区域公约》第十一条，《联合国条约汇编》，第 1140 卷，p. 133；《联合国海洋法公约》第 205 条和第 206 条（见上文脚注 913）；《关于保护红海和亚丁湾区域环境的吉达区域公约》，环境署，《环境方面多边条约选集》第 2 卷（1991），p. 144；《关于保护自然和自然资源的东盟协定》第 14 条，环境署，同上，p. 343；《关于保护南太平洋区域自然资源和环境的公约》，《国际法律材料》，第 26 卷（1987），p. 41；《管制南极矿物资源活动公约》第 4 条（见上文脚注 919）；《南极条约关于环境保护的议定书》第 8 条，《国际法律材料》，第 30 卷（1991），p. 1461；《联合国生物多样性公约》第 14 条第 1 款(a)项和(b)项（见上文脚注 915）；《工业事故越境影响公约》第 4 条（见上文脚注 908）。

的是 1991 年 2 月 25 日的《越境环境影响评估公约》。⁹⁴⁷

(4) 要求环境影响评估(EIA)的作法已经极为盛行,这是为了评估某项特定活动是否可能造成重大越境损害。依国内法进行环境影响评估的法律义务于 1970 年代在美利坚合众国首先发端。其后,加拿大和欧洲采取了同样的着手方式,基本上以准则的方式进行环境管理。1985 年,有一项欧洲共同体的指示要求成员国遵守最低限度的环境影响评估要求。从此以后,许多其他国家也在国内法中规定,环境影响评估是获准进行开发性的、危险工业活动以前必须满足的一项必要条件。⁹⁴⁸ 联合国的一项研究指出,环境影响评估已经执行和加强可持续发展方面显示其价值,因为它结合了预防原则和预防环境损害原则,也考虑到公众的参与。⁹⁴⁹

(5) 应该由谁进行评估的问题由各国自己决定。这些评估通常由经营者根据国家制定的某些准则进行。这些事项必须由各国通过其国内法或成为国际文书的缔约国加以解决。但是,一般认为,应由起源国指定一个政府的或非政府的机构代表政府对评估工作进行评价,并对该机构的结论承担责任。

(6) 本条没有具体说明危险评估的内容是什么。显然活动危险评估工作只有将危险与可能造成的损害联系起来才能有的放矢地进行准备。这与第 3 条所载的基本义务相对应。现有的国际公约和法律文书都没有说明评估的内容。但也有例外,例

⁹⁴⁷ 见上文脚注 908。

⁹⁴⁸ 北美洲和欧洲关于环境影响评估政策、计划和方案的各种法律和行政体系概况,见《应用环境影响评估原则拟订政策、计划和方案》(联合国出版物出售品编号:E.92.II.E.28), pp. 42-43; 大约有 70 个发展中国家有了某种环境影响评估立法。其他国家正在拟订新的环境影响评估立法或增订这种立法或计划这么做。见 M. Yeater and L. Kurukulasuriya, “发展中国家的环境影响评估立法”, 载于孙林与 Lal Kurukulasuriya (合编),《环境署前进的新途径: 环境法和可持续发展》(环境署, 1995), p. 259; G.J. Martin, “危险的概念和环境保护: 平行演变或杂交?” 载于《人与环境》, 向 Alexandra Kiss 致敬特刊 (Paris, Frison-Roche, 1998), pp.451-460。

⁹⁴⁹ 参看《目前的政策、战略和越境环境影响评估问题》, 见上文脚注 943。

如《越境环境影响评估公约》就详细规定了这种评估的内容。⁹⁵⁰ 环境署的环境法专家工作组 1981 年编写的关于与在国家管辖范围内进行海上采矿和钻探有关的环境的法律问题的研究报告,⁹⁵¹ 在其第 8 号结论中也详细规定了对沿海采矿和钻探活动的评估内容。

(7) 评估的具体内容可由进行评估的国家在国内法中规定。⁹⁵² 但是, 为了第 7 条的目的, 这种评估应该含有对有关的活动可能造成的越境损害影响的估价。为便于可能受影响国评估可能遇到的危险, 它们需要知道该活动可能对它们造成哪些有害的影响。

(8) 评估不仅应该包括对人身和财产、而且也应该包括对其他国家环境的影响。保护环境的重要性, 不以是否对个人或财产造成任何损害为转移, 对这一点有了明确的认识。

(9) 本条并不规定各国必须对任何在其领土或在其管辖或控制下的其他地方进行的活动作危险评估。可能造成重大损害的活动有一些可识别的一般特征, 可以在某种程度上向各国指明哪些活动可能属于本条款的规定范围之内。例如, 制造过程中的使用的能源类型、活动的地点以及活动靠近边界地区等等都能够表明这项活动是否属于本条款范围之内。有一些物质在某些工业中被列为危险或有害物质, 任

⁹⁵⁰ 该《公约》(见上文脚注 908)第 4 条规定: 一缔约国的环境影响评估至少应载述《公约》附录二中所描述的资料。附录二(“环境影响评估文件的内容”)载列了下列九个项目: (a) 说明拟议的活动及其目的; (b) 酌情说明能够合理取代拟议活动的办法(例如, 地点或技术性取代办法)以及不行动取代办法; (c) 说明可能受到拟议活动及其替代办法重大影响的环境; (d) 说明拟议活动可能产生的环境影响及其替代活动并对其意义作出估计; (e) 说明使不利的环境影响降至最低程度的缓解措施; (f) 明确说明各种预测办法和基本假设以及所使用的有关环境资料; (g) 查明汇编所需资料过程中遇到的知识差距; (h) 酌情编制监测和管理方案的纲要以及项目后分析计划; (i) 非技术性的简要说明, 包括酌情以图象说明(地图、统计图表等)。”

⁹⁵¹ 见 UNEP/GC.9/5/Add.5, 附件三。

⁹⁵² 多数国家立法中制定的环境影响评估的格式, 参看 M. Yeater and L. Kurukulasuriya, (见上文脚注 948), p. 260.

何活动中使用这些物质本身就可能表明这些活动可能造成重大越境损害。⁹⁵³ 另外，还有一些公约开列了据认为是有害的活动，这可能表明那些活动可能属于这种活动范围内的。⁹⁵⁴

第 8 条

通知和资料

1. 如果第 7 条所指的评估表明有造成重大越境损害的危险，起源国应及时将该危险和评估通知可能受影响国，并应向其递交评估工作所依据的现有技术和所有其他有关资料。

2. 起源国在收到可能受影响国于不超过六个月的期间内提出的答复以前，不应就是否核准该项活动作出任何决定。

评 注

(1) 第 8 条涉及这样一种情况：起源国根据第 7 条进行的评估结果表明所计划的活动的确有造成重大越境损害的危险。这一条和第 9、第 11、第 12 和第 13 条构成了平衡有关各国利益的必要程序，使它们有合理机会在设法开展活动的同时采取旨在预防或随时尽量减少越境损害的合理措施。

(2) 第 8 条要求起源国通知所计划活动的可能受影响国。这里所指的活动包括该国本身和私人实体所计划的活动。通知要求是任何一种旨在预防越境损害或随时尽量减少这种危险的制度所不可或缺的一部分。

⁹⁵³ 例如，《预防陆基来源海洋污染公约》(见上文脚注 908)第 4 条规定缔约国有义务消除或限制若干物质对环境的污染，这些物质列于该《公约》附件，1983，p. 430。同样，1992 年《保护波罗的海区域海洋环境公约》在附件一中开列了一份危险物质清单，并在附件二中开列了有害物质和材料清单，其堆积受到禁止或严格限制，(见上文脚注 908)；也参阅 1976 年《保护地中海免受污染公约》议定书(见上文脚注 908)；1976 年《保护莱茵河免受化学污染公约》，《联合国条约汇编》，第 1124 卷，p. 375。

⁹⁵⁴ 见上文脚注 908。

(3) 向面临重大损害危险的其他国家发出通知的义务反映在科孚海峡案中，国际法院在该案中将警告的义务定性为出于“基本的人道考虑”。⁹⁵⁵ 这一原则已在国际水道使用法方面得到确认，也载于一些国际协定、国际法院和法庭的决定、政府间组织和各种会议所通过的宣言和决议以及政府间组织和非政府组织的研究报告中。⁹⁵⁶

(4) 除了国际水道的使用以外，通知原则也已在具有越境影响的其它活动中得到确认。例如《越境的环境影响评估公约》⁹⁵⁷ 第 3 条和《工业事故越境影响公约》⁹⁵⁸ 第 3 和第 10 条。《关于环境与发展的里约宣言》原则 19 谈到了及时通知问题：

“各国应就可能具有重大不利的越境环境影响的活动向可能受影响国预先和及时地发出通知并且提供有关资料，并应在早期阶段本着诚意同这些国家进行磋商。”⁹⁵⁹

(5) 经合组织的一些决议也规定了通知程序。例如就某些化学品而言，经合组织 1971 年 5 月 18 日第 C(71)73 号决议规定，成员国若要求就对人类或环境有不利影响的化学品采取措施，而这些措施可能会对其他国家的经济和贸易产生重大影响，则必须预先通知其他成员国。⁹⁶⁰ 经合组织在关于“越境污染原则”的 1974 年 11 月 14 日第 C (74) 224 号决议中的“提供资料和磋商原则”中规定，在进行一项可能会

⁹⁵⁵ 见上文脚注 942, p. 22.

⁹⁵⁶ 关于水道方面涉及预先通知和交换资料的条约，参看《国际水道非航行使用法》条款草案“关于可能造成不利影响的计划措施的通知”的第 12 条评注第 6 段，《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第三章 D 节第三部分。

⁹⁵⁷ 该《公约》第 3 条第 2 款规定了通知办法如下：除其他外，通知的内容应包括：(a) 关于拟议进行的活动的资料，包括关于其可能发生的越境影响的任何现有资料；(b) 可能作出的决定的性质；(c) 必须说明根据本条第 3 款提出答复的合理时间，同时考虑到拟议进行的活动的性质，可以列入本条第 5 款中所开列的资料。见上文脚注 908。

⁹⁵⁸ 见上文脚注 908。

⁹⁵⁹ 见上文脚注 902。

⁹⁶⁰ 经合组织，《经合组织与环境》，巴黎，1986，p. 89，附件第 4 段。

造成重大越境污染危险的活动之前应发出通知和进行磋商。⁹⁶¹ 在环境发生紧急情况时发出通知的原则已成为一种成规。⁹⁶²

(6) 当评估结果表明有造成重大损害的危险时，按照第 1 款，打算进行这一活动的国家有义务通知可能受影响国。随通知应附上评估工作所依据的技术资料。案文中提到“现有”技术和其他有关资料是为了表明起源国的义务仅限于提供与活动有关的已有技术和其他资料。这种资料一般在按照第 7 条对活动进行评估时便已显示。第 1 款假定来自评估的技术资料不仅包括所谓的原始数据，如情况说明书、统计数字等，而且包括起源国本身用以确定越境损害危险的资料分特别报告员。提到现有数据，也包括在递交了原先向可能受影响国提交数据后才获得的其他数据。

(7) 各国可自由决定如何通知可能受影响国。通常是假定有关国家会通过外交渠道同其他国家直接接触。

(8) 第 1 款是针对下列一种情况：尽管起源国作出了各种努力，但仍无法在授权进行该项活动之前辩论所有会受影响的国家，而只是在活动进行后才认识到这一点。根据这一款，在这种情况下，起源国有义务在获得有关资料后，在合理期间内，一有机会确定某些其他国家可能会受到该项活动的影响，便即向有关国家发出通知。

(9) 第 2 款载述可能受影响国需要在不超过六个月的期间内提出答复。通常这个期间应该足够容许这些国家评估有关数据从而得出他们自己的结论。这项要求的前提是合作与诚意。

第 9 条

关于预防措施的协商

1. 各当事国在其中任何一国提出要求时，应进行协商，以期为预防重大越境损害或随时尽量减少这种危险所须采取的措施达成可以接受的解决办法。当事国应在这类协商开始时，就协商的合理时限达成协议。

2. 当事国应参照第 10 条寻求基于公平利益均衡的解决办法。

⁹⁶¹ 同上，p. 142。

⁹⁶² 见第 17 条评注第(1)段。

3. 如果第 1 款所指协商未能取得一致同意的解决办法，起源国如果决定核准从事该项活动，也应考虑到可能受影响国的利益，但不得妨碍任何可能受影响国的权利。

评 注

(1) 第 9 条要求各当事国，即起源国和可能受影响国，进行协商，以便就预防重大越境损害或随时尽量减小造成这种危险的措施达成协议。协商可能在批准和开始一项活动之前，或者在进行该活动期间进行，这取决于何时援引第 9 条。

(2) 在本条里，需要在两项同等重要的考虑之间保持平衡。首先，本条所处理的活动不是国际法所禁止的，并且通常对于起源国的经济发展而言很重要。其次，容许在不与其他国家协商和不采取适当预防性措施的情况下进行这些活动，对其他国家而言不公平。因此，本条并没有只规定一项起源国必须遵循但却无真正意图要达成一项为其他国家可以接受的解决办法的手续；它也没有为可能受影响国规定了否决权。为维持平衡，本条依靠了各当事方进行协商的方式和目的。各当事方必须本着诚意进行协商，都必须考虑到对方的正当利益。各当事方应相互征求意见，以期就为预防重大越境损害或尽量减小造成这种危险而需要采取的措施找到可以接受的解决办法。

(3) 诚意原则是任何协商和谈判要求的组成部分。拉诺湖案的裁决承认了真正并本着诚意进行协商和谈判的义务，仲裁法庭在裁决书中说：

“两国之间的协商和谈判必须是真实的，必须符合诚意原则，不应仅仅成为手续。合理规则和诚意规则适用于与分享国际河流的使用有关的程序性权利和义务。”⁹⁶³

(4) 关于诚意这个特定问题，国际法院对捕鱼区管辖(联合王国诉冰岛)案的判决也是适切的。法院在判决书中说：“（各当事方的）任务是在每一方必须本着诚意

⁹⁶³ 见上文脚注 918。

对另一方的合法权利给予合理尊重的基础上进行谈判”。⁹⁶⁴ 在北海大陆架(德意志联邦共和国诉丹麦、德意志联邦共和国诉荷兰)案⁹⁶⁵ 中, 法院裁定如下:

“(a) 各当事方有义务进行谈判, 以期达成协议, 不是单单经过一种正式的谈判程序, 把此种程序作为在缺乏协议的情况下自动实施某种划界方法的某种预先条件; 各当事方有义务恰当行事, 使谈判具有意义。如果任何一方坚持自己的立场而不考虑对自己的立场作修改, 提出谈判便失去了意义”。⁹⁶⁶

即使法院在这一判决里说的是“谈判”, 据认为, 各当事方不论是进行协商还是进行谈判, 诚意的要求应是相同的。

(5) 各当事方协商的目的, 是就为预防重大越境损害或随时尽量减小造成这种危险而需采取的找到可以接受的解决办法。在论及采取预防措施时, 使用了“可以接受的解决办法”这一短语, 这指的是各当事方按照第 2 款所定的准则而接受的措施。一般而言, 各当事方将通过一定形式的协议来表示对预防措施的同意。

(6) 各当事方的目标显然首先是选定那些可能避免造成重大越境损害的措施, 如果这不可能, 则选定尽量减小这种损害之危险的措施。根据第 4 条的规定, 各当事方还必须合作执行这些措施。这一规定也是源自这样的假定: 适当注意的义务, 作为预防重大越境损害或随时尽量减小这种危险的规定的核心基础, 是影响到进行该活动的每个阶段的连续性的义务。

(7) 无论何时, 只要对采取预防措施的必要性质有了疑问, 便可援引第 9 条。这些疑问显然可能由第 8 条引起, 因为起源国向别的国家发出了通知, 就它打算进行的活动可能具有造成重大越境损害的危险; 也可能在按照第 12 条交换资料的过程中或者因为关于在没有通知时采取的程序的第 11 条而产生。

(8) 第 9 条具有广泛的适用范围。它适用于与预防措施有关的所有问题。例如, 当当事方按照第 8 条发出通知或按照第 12 条交换资料时, 并且来往文函中有含糊不清之处时, 便可单单为了澄清那些模糊之处而提出进行协商的要求。

⁹⁶⁴ 《1974 年国际法院报告书》, 第 78 段。

⁹⁶⁵ 《1969 年国际法院报告书》, p. 3, 特别是第 85 和第 87 段。

⁹⁶⁶ 同上, 第 85 段。

(9) 第 2 款为就预防措施而进行协商的国家提供了指导原则。各当事方应参照第 10 条基于公平的利益均衡的解决办法。本条第 2 款和第 10 条都没有排除各当事方在实现公平的利益均衡时考虑到它们认为有关的其他因素。

(10) 第 3 款处理的是如下可能的情况：尽管各当事方都作出了最大努力，但它们仍然不能就可以接受的预防措施达成协议。正如上文第 3 段所说明的，本条在两项考虑之间维持平衡，其中一项考虑是不给可能受到影响的国家以否决权。在这一点上，可以应该记得拉诺湖案的裁决，仲裁法庭指出，在若干情况下，可能受影响国有可能违反诚意原则，使真正的谈判瘫痪。⁹⁶⁷ 考虑到这种可能性，本条规定起源国可以照旧进行其活动，不这样做，等于事实上为可能受影响国创造了否决权。起源国虽然可以照旧进行其活动，但仍然有义务考虑到可能受影响国的利益。由于进行了协商，起源国认识到可能受影响国所关切的问题，更有可能在进行其活动时认真考虑到它们的关切事项。第 3 款最后部分保持了可能受影响国的权利。

第 10 条

公平利益均衡所涉及的因素

为了达到第 9 条第 2 款所提到的公平利益均衡，当事国应考虑到所有有关因素和情况，包括：

- (a) 重大越境损害的危险程度以及有办法预防损害、或者尽量减少这种危险或补救损害的程度；
- (b) 有关活动的重要性，考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国造成的潜在损害；
- (c) 对环境产生重大损害的危险，以及是否有办法预防这种损害、或者尽量减少这种危险或恢复环境；
- (d) 起源国和酌情可能受影响国愿意承担预防费用的程度；
- (e) 该活动的经济可行性，考虑到预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性；

⁹⁶⁷ 见上文脚注 918, p. 128。

- (f) 可能受影响国对同样或可比较的活动所适用的预防标准以及可比较的区域或国际实践中所适用的标准。

评 注

(1) 本条的目的，是为进行协商达到公平利益均衡的国家提供指导。在达到公平得奖均衡时，必须确定事实，权衡所有有关因素和情况。本条从《国际水道非航行使用法公约》第6条得到启发。

(2) 本条的主要条款规定，为了“达到第9条第2款所提到的公平的利益均衡，有关国家应考虑到所有有关因素和情况”。该条接着述及一份并非详尽无遗的清单，列举了此种因素和情况。这些条款包括类别广泛不同的活动，这些活动又将在不同的形势和情况下开展，使人们不可能详尽地编写出与所有个案有关的各种因素的清单。没有指明所列因素和情况的优先次序或份量，因为在某些情形下，一些因素和情况可能更加重要，而在其他情形下，其他因素和情况可能值得给予更多份量。总之，所列因素和情况允许缔约国对特定情形可能涉及的费用和利益进行比较。

(3) (a)项 对于重大越境损害的危险程度与是否有办法预防这种损害或尽量减少此种危险及是否可能补救造成的损害，做了比较。例如，损害的危险程度可能很大，但是也可能存在一些措施，可防止损害或减少危险，或者有可能补救造成的损害，这里既是数量比较，也是质量比较。

(4) (b)项 对于在社会、经济和技术益处方面活动对起源国的重要性与对可能受影响国的潜在损害作了比较。在此方面，委员会回顾到，法院在多瑙申根案的判决中指出：

“必须公平地权衡有关各国的利益。不仅必须考虑对邻国造成的绝对损害，而且必须考虑一国所获利益与对另一国所造成损害之间的关系。”⁹⁶⁸

⁹⁶⁸ Wurttemberg and Prussia 诉 Baden(多瑙申根案) (1927年) 载于 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (柏林, de Gruyter), 第116卷, 附录, pp. 18-45 (1927), 载于《国际公法案件年度文摘》(1927-1928) (伦敦, 1931), p. 131. 参看堪萨斯州诉科罗拉多州 (1907) 206 US 100, 以及华盛顿州诉俄勒冈州 (1936) 297 US 517.

最近，一些国家谈判了可以视为对越境争端的公平解决办法；关于法国把钾排放到莱茵河的协议、美国—墨西哥边境水道的污染、和北美和欧洲酸雨都是这类因素的表现。⁹⁶⁹

(5) (c)项 以与(a)同样的方式，对于重大环境损害的危险与是否有办法预防这种损害或尽量减少此种危险及是否可能恢复环境，作了比较。有必要强调保护环境的特别重要性。《里约宣言》原则 15 与此项有关，该原则规定各国应在力所能及的范围内广泛采取预防措施，指出：“遇有严重或不可逆转的损害的威胁时，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。”⁹⁷⁰

(6) 预防原则首次在联合国欧洲经济委员会成员国于 1990 年 5 月 15 日通过的“泛欧伯根宣言”中得到确认。It stated that “环境措施必须预料、预防和治理环境退化的成因。在存在严重或不可逆转的威胁的情况下，不应该以在科学上缺乏充分的确定性作为推迟预防环境退化之措施的理由。”⁹⁷¹ 环境署规划理事会建议采取预防原则，以提倡预防和消除海洋污染，海洋污染日益成为海洋环境的威胁和人类苦难的成因。⁹⁷² 预防原则也已经在另一些公约中被提及或纳入但未明确规定。⁹⁷³

⁹⁶⁹ 见《保护莱茵河免受氯污染公约》，《联合国条约汇编》，第 1404 卷，p. 90，转载于《国际法律材料》，第 16 卷(1977)，p. 265，及其 1991 年议定书。1973 年《关于长期确切解决科罗拉多河盐分国际问题的协议》，《国际法律材料》，第 12 卷(1973)，p. 1105；《长程越界空气污染公约》，《联合国条约汇编》，第 1302 卷，p. 217，转载于《国际法律材料》，第 18 卷(1979)，p. 1442；《美国和加拿大关于空气质量的协定》，《联合国条约汇编》，第 1852 卷，p. 79，转载于《国际法律材料》，第 30 卷(1991)，p. 678。参看 A. Boyle and D. Freestone(见上文脚注 907，p. 80；和 I. Romy, 越境水污染：“莱茵河的事例”(Payot, 洛桑, 1990 年)。

⁹⁷⁰ 见上文脚注 902。

⁹⁷¹ “欧洲经济委员会关于伯根会议(1990 年 5 月 8 日至 16 日)的报告”，A/CONF. 151/PC/10，附件一，第 7 段。

⁹⁷² 理事会决定 15/27 (1989)；见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 25 号》(A/44/25)，附件一。也见 P. Sands, 同前，见上文脚注 907，p. 210。

⁹⁷³ 见《关于禁止进程危险废物和控制它在越境移动的巴马科公约》第 4 条第 3 款《国际法律材料》，第 30 卷(1991)，p. 775；《联合国气候变化框架公约》第 3 条第 3 款(《联合国条约汇编》，第 1771 卷，p. 107，转载于《国际法律材料》，第 31 卷(1992)，p. 848)；《建立欧洲共同体的条约》第 174 条(前第 130r 条)(《欧洲联盟公报》，C340, 1997 年 11 月 10 日，pp. 173-308)；《维也纳保护臭氧层公约》第 2 条(见上文脚注 925)。应该指出，以往的条约以非常概括的方式适用预防原则，没有明确地提到预防原则。

(7) 《里约宣言》规定，预防原则构成一个非常概括的审慎行为规则。它意味着各国需要持续审查其预防义务以便赶上科学知识的进展。⁹⁷⁴ 国际法院在其 1997 年 9 月 25 日对 Gabcikovo-Nagymaros 项目工程案 的判决中请当事各方参照环境保护的新需求，“重新审查”依据 1977 年的一项条约在多瑙河上兴建的“Gabcikovo 火力发电厂的运作对环境的影响”。⁹⁷⁵

(8) 各国应该考虑以适当手段尽可能恢复发生损害以前的状况。据认为，应该着重指出这一点，应该采取环境无害措施的当事国都必须考虑到这个因素。

(9) (d)项 规定，决定预防措施之选择的因素之一，是起源国和可能受影响国是否愿意承担费用。例如如果可能受影响国愿意承担预防措施的支出，在考虑到其他因素的情况下，有理由期望起源国采取耗资较大、但较有效的预防措施。不过，这不应该妨碍起源国按照本款必须采取的措施。

(10) 这些考虑因素符合所谓污染者付费原则的基本政策。这项原则首先是由经合组织理事会于 1972 年倡议的。⁹⁷⁶ 污染者付费原则在全球一级上得到了确认，被当作原则 16 列入《里约宣言》。它指出：

⁹⁷⁴ 关于预防的原则，可概括地参看 H. Hohmann, “Praeventive Rectspflichten und-prinzipien des modernen Umweltvoelvoelkerrechts: Zum Stand des Umweltvoelkerrechts zwischen Umweltnutzung und Umweltschutz”(Berlin, Duncker und Humblot, 1992) pp. 406-411); J. Cameron, “预防原则在国际法中的地位”，载于 O'Riordan and Cameron (合编)，《解释预防原则》(1994) pp. 262-289; H. Hohmann, 《预防性法律责任和现代国际环境法：预防原则：开发与保护之间的国际环境法》(1994); D. Freestone and Hey (合编)，《预防原则和国际法：执行上的考验》(1996), p. 274; A. Epiney 和 M.Scheyli(见上文脚注 924), pp. 103-125; P.Martin-Bidou, “国际环境法中的预防原则”，载于《国际公法综合评论》，1999-3, pp.631-665; E.Zaccai et J.N.Missa (合编)，《预防原则，其含义与影响》(布鲁塞尔大学出版社，2000 年)，pp.117-142。

⁹⁷⁵ 《1997 年国际法院报告书》，pp. 77-78, 第 140 段。但是，在这个案件中，法院不接受匈牙利的主张，即：它有权以缔结条约时不曾侦测到的环境危害所引起的“生态紧急状况”为由终止条约。法院指出，可以使用其他手段对模糊的“危险”进行补救，见该判决第 49-58 段，同上，pp. 39-46。

⁹⁷⁶ 经合组织，1986 年《关于越境污染所涉平等准入权和不歧视的环境指示》，引用于“与国际法不加禁止的行为的损害性后果的国际责任专题有关的责任制度概况”，A/CN.4/471, 第 102 段。

“国家当局应该致力于促进环境费用国际化和使用经济手段，考虑到这样的着手方式，即：污染者原则上应该承担污染费用，同时适当顾及公共利益，并且不得扭曲国际贸易和投资。”⁹⁷⁷

这被认为是据以分摊污染防治措施费用的最有效方法，有助于鼓励合理使用稀珍资源。它也鼓励将由公营部门负责采取的技术措施的费用国际化，避免在政府补贴中形成缺乏效率的竞争性扭曲。⁹⁷⁸ 《建立欧洲共同体的条约》第 174 条(前第 130r 条)具体提到这项原则。

(11) “酌情”一词显示，起源国和可能受影响国分担预防费用的程度不同。当事国往往就分摊预防措施费用问题展开谈判。这样，是依据第 3 条所引伸的基本原则行事的。根据这项原则，这些费用应由经营者或起源国承担。这些谈判大多数在下列情况下进行：未能就预防措施的费用数额达成协议；受影响国分担分摊预防措施的部分费用，以确保它希望得到的保护远远超过起源国所应确保提供的保护。(d)项尤其反映出分摊费用与预防措施费用的数额之间的联系。

(12) (e)项 提出了一些因素，必须加以比较，并且予以顾及。必须将活动的经济可行性与预防费用作一比较。预防措施费用不应该高到使活动在经济上行不通。活动的经济可行性也应该根据在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动的可能性，进行评估。对于起源国所要求的预防标准与在可能受影响国适用于同样或类似活动的预防标准作了比较。根据在于：在一般情况下，可能没有理由要求起源国遵守比在可能受影响国采取的预防标准高得多的标准。但是这一因素本身并非是绝对的。在某些情形下，可能会指望起源国适用的预防标准高于可能受影响国所适用的标准，即：起源国是高度发达的国家，适用的是国内既定的环

⁹⁷⁷ 见上文脚注 902。

⁹⁷⁸ 见 Gerhard Hafner, “Das Verursacherprinzip”, *Economy-fachmagazin* no.4/90(1990), pp. F23-F29; S. E. Gaines, “污染者付费原则：自由市场对环境道义的平衡法”, 《德克萨斯州国际法学报》, 第 26 卷 (1991), p.470; H. Smets, “1990 年代初期的污染者付费原则”, 载于 L.Campiglio 等人所著: 《里约宣言以后的环境问题：国际法与经济学(Graham and Trotman, 1994), p. 134; “……责任制度概况”(见上文脚注 926), 第 113 段; 秘书长的报告, “关于环境与发展的里约宣言：应用与履行”, E/CN. 17/1997/8, 第 87-90 段; A.Epiney 和 M. Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltschadensrechts* (见上文脚注 924), pp. 152.

境法律的规章。比起不发达的、在预防标准问题上即使可能(实际上需要)有规章、但也是很少的起源国所适用的规章,这些规章的要求要高得多。考虑到其他因素,起源国可能必须适用自己的预防标准,而这些标准高于可能受影响国的标准。“所谓以其他手段……开展活动”是为了考虑到:活动中所使用的某种化学物质可能是越境损害的来源,或许可用另一种化学物质替代的情况;车间或工厂中的机械设备可以用不同的设备替代的情况;以及其他情况。“以其他活动取代[该项活动]”等语是为了考虑到是否有可能用产生重大越境损害之危险不存在、或较低的另一项活动得到同样或类似的结果。

(13) (f)项 各国还应当考虑到可能受影响国和其他区域适用于同样或类似活动的预防标准,或者适用于类似活动的国际预防标准(如果有这种标准的话)。例如,在当事国没有此种活动的任何预防标准或它们愿意改善现有标准时,这一点就特别有关了。

第 11 条

没有通知时的程序

1. 如果一国有合理理由相信,起源国已计划、或已进行一项活动,可能有对该国造成重大越境损害的危险,该国可以要求起源国适用第 8 条的规定。这种要求应附有具体解释,说明理由。

2. 如果起源国认为它没有义务依照第 8 条发出通知,则应在合理期间内告知该要求国,并附上具体解释,说明作出这一结论的理由。如果这一结论不能使该国满意时,经该国请求,两国应迅速按照第 9 条所述方式进行协商。

3. 在协商期间,如果另一国提出请求,起源国应作出安排,采取适当而且可行的措施,以尽量减少危险,并酌情在一段合理期间内暂停有关活动。

评 注

(1) 第 11 条处理的情况是:一国没有收到依照第 8 条发出的、关于某项活动的通知,但知悉起源国本身或通过其私人经营者正在进行某项活动,并有合理理由相信该项活动有对其造成重大损害的危险。

(2) “一国”一词并不排除可能有多于一国相信一项已计划的活动可能重大影响当事国。“适用第 8 条的规定”不应被理解为表示打算核准或已经核准某项活动的国家必然没有遵行第 8 条规定的义务。也就是说，起源国可能评估了计划的活动是否会造成重大越境损害的问题，但本着善意断定活动不会造成这种影响。第 1 款允许一国要求起源国“重新审议”其评估和结论，没有预断起源国最初是否有履行第 8 条规定的义务问题。

(3) 可能受影响国必须满足两个条件才有权提出要求。第一个条件是，请求国必须有“合理理由相信”有关活动可能有造成重大越境损害的危险。第二个条件是，请求国必须提供“说明理由的实证解释”。这些条件旨在要求请求国的忧虑不是空泛和毫无根据的。请求国的认识必须是严肃和有事实根据的，特别是因为起源国可能需要根据第 11 条第 3 款暂时停止执行其计划。

(4) 第 2 款第一句处理的情况是，计划国在进行本评注第(2)段所述的“重新审议”后断定，该国没有义务依照第 8 条发出通知。在这种情况下，第 2 款力求合理兼顾当事国的利益，同第 1 款对请求国规定的条件一样，起源国也必须就其决定提供同样的理由。第 2 款第二句涉及请求国对起源国的结论感到不满意的情况。它规定：在这种情况下，起源国根据请求国的要求，应迅速与其他国家进行协商。第 9 条第 1 款和第 2 款规定了协商的方式。换言之，协商是为了达成“可以接受的解决办法”，采取措施，以防止或随时尽量减少造成越境损害的危险，而且寻求的解决办法应当是“基于公平兼顾各方利益的”。第 9 条的评注讨论了这两个短语。

(5) 第 3 款规定，在协商期间，如果另一国提出要求，起源国应采取适当可行措施以尽量减少危险，并酌情暂时停止有关活动六个月。当事国也可以另行议定其他办法。

(6) 其他法律文书载有类似规定。《国际水道非航行使用法公约》第 18 条⁹⁷⁹和《越境环境影响评估公约》⁹⁸⁰第 3 条第 7 款规定的另一程序是，可能受一项活动影响的国家可以主动要求与起源国进行协商。

⁹⁷⁹ 见上文脚注 919。

⁹⁸⁰ 见上文脚注 908。

第 12 条

交换资料

该项活动进行期间，各当事国应及时交换该项活动有关预防或随时尽量减少重大越境损害的危险的所有现成资料。即使该项活动已经终止，也应该继续交换这种资料，直到各当事国认为合适才停止。

评 注

(1) 第 12 条涉及一项活动开始进行后所要采取的步骤。所有这些步骤的目标都与前面各条一样，即：预防或随时尽量减少重大越境损害的危险。

(2) 第 12 条要求起源国和可能受影响国在活动开始进行后交换有关该项活动的资料。“一切现有资料”前面的“有关该项活动的”的短语是为了强调资料与该项活动之间的联系、而不是任何资料。以适当注意概念为基础的预防概念并不是一次性的努力，而是持续性的努力。这意味着在核准该项活动和进行该项活动以后，适当注意并不终止；只要该项活动继续进行着，其监督和履行任务便持续存在。

(3) 根据第 12 条需要交换的资料包括一切在具体情况下对预防重大损害的危险有用的资料。一般来说，这种资料是起源国知道的资料，但当可能会受影响的国家获得任何可能会有助于预防目的的资料时，它应向起源国提供这种资料。

(4) 要求交换资料的规定在旨在预防或减少环境和越境损害的公约中非常普遍。这些公约规定有关收集和交换资料的方法，或是在有关各方之间、或是通过向一个国际组织提供资料，而由该组织将资料提供给其他国家。⁹⁸¹ 在这些条款中，如

⁹⁸¹ 例如，《关于保护海洋免受来自陆地的污染公约》第 10 条(见上文脚注 908)、《联合国海洋法公约》第 200 条(见上文脚注 913)和《维也纳保护臭氧层公约》第 4 条(见上文脚注 925)，都谈到了缔约国就预防或减少污染进行的个别研究或联合研究，以及将这样得出的资料直接或通过主管国际组织发给其他缔约国。《远距离越境空气污染公约》(见上文脚注 769)规定就公约缔约国所进行的活动的影响进行调查并交换所得资料。其他公约也载有这方面的例子：《关于越境内水意外污染的行为守则》第六条第 1 款第(三)项(见上文脚注 916)；《联合国生物多样性公约》第 17 条(见上文脚注 913)；《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第 13 条(见上文脚注 925)。

果有关活动很可能只涉及少数几个国家，则资料直接在有关国家之间交换。若资料涉及很多国家，有关资料可通过主管国际组织一类的其他渠道交换。

(5) 第 12 条规定，这种资料应及时交换。这意味着一旦一国获得这种资料，它应及时通知其他国家，以便当事国有足够的时间探讨适当的预防措施，或使可能受影响国有足够的时间采取适当的行动。

(6) 本条没有规定交换资料的频率。只有当一国得到任何与预防或随时尽量减少越境损害的危险有关的资料时，才适用第 12 条的规定。

(7) 第 12 条第二句是为了确保根据本其规定交换资料，不仅在“进行”该项活动时需要交换资料，即使是它不再存在了，如果该项活动留下副产品或与该项活动有关的物质，需要加以监督，以便避免重大越境损害的危险，也需要交换资料。这方面的一个例子是：即使在活动终止以后还留下核废料的核活动。但这个事例承认了这样一个事实：即使一些活动终止了，其后果继续造成重大越境损害的危险。在这些情况下，起源国的义务并不随着活动的终止而终止。

第 13 条

向民众提供资料

当事国应以适当方式向可能受到属于本条款范围的某项活动影响的民众提供有关该活动、所涉危险及可能造成的损害的资料，并查明其意见。

评 注

(1) 第 13 条要求各国尽可能以适当方式向本国或他国可能受影响的民众提供有关的资料，说明一项活动可能引起的危险和损害，并查明他们对这事的意见。因此，这一条要求各国：(a) 向民众提供有关这项活动及其所涉危险和损害的资料；(b) 查明民众的意见。向民众提供资料的目的显然是让其成员彼此通知消息，然后查明他们的意见。没有第二步，本条的目的就落空了。

(2) 应向民众提供的资料内容包括关于活动本身及其带来的危险和损害的性质和范围的资料。这种资料载于根据第 8 条提出的通知所附文件中，或载于可能受影响国根据第 11 条提出的评估中。

(3) 这一条受到国际法、特别是环境法的新趋势的启发。这种趋势设法让其生命、健康、财产及环境可能受到影响的个人参与决策进程，让他们有机会提出意见，并让负责最后决策者听取他们的意见。

(4) 《关于环境与发展的里约宣言》原则 10 对公众参与决策进程的规定如下：

“环境问题最好是在所有关心环境的市民的参与下，在恰当的级别上加以处理。在国家一级，每一个人都应该能够适当参阅公共当局所持有的关于环境的资料，包括关于在其社区内的危险物质和活动的资料，并应有机会参与各项决策进程。各国应通过广泛提供资料来便利和鼓励公众的认识和参与。应规定人人都能有效地使用司法和行政程序，包括补偿和补救程序。”⁹⁸²

(5) 最近，一些关于环境问题的其他国际文书也要求各国向公众提供资料，并让他们有机会参加决策进程，《越境内陆水意外污染行为守则》第五条第 1、2 两款同这方面有关：

“1. 为促进中央、地区或地方当局在关于越境内陆水意外污染事件中作出有见识的决策，各国应便利可能受到影响的公众参加听证会和初步调查并就拟作出的决定提出异议，以及提取并进行行政和司法程序。

“2. 发生事件的国家应采取一切适当措施，将可能因越境内陆水意外污染遭受重大危险的自然人或法人提供充分资料，使他们能够行使国家法律按照本守则的目标所赋予他们的各项权利。”⁹⁸³

以下各项公约都有向公众提供资料的规定：《越境环境影响评估公约》⁹⁸⁴ 第 3 条第 8 款；《保护波罗的海地区海洋环境公约》⁹⁸⁵ 第 17 条；《联合国气候变化框架公约》第 6 条；⁹⁸⁶ 1992 年两项《关于保护和利用越境水道和国际湖泊的赫尔辛基公约》⁹⁸⁷

⁹⁸² 见上文脚注 902。

⁹⁸³ 见上文脚注 916。

⁹⁸⁴ 见上文脚注 908。

⁹⁸⁵ 见上文脚注 953。

⁹⁸⁶ 《国际法律材料》，第 31 卷(1992)，p. 851。

⁹⁸⁷ 见上文脚注 925。

(第 16 条)和《工业事故越境影响的公约》(第 9 条和附件八);⁹⁸⁸《国际水道非航行使用法公约》第 12 条;⁹⁸⁹《在环境问题上获得资料、公众参与决策和使用司法程序公约》;⁹⁹⁰ 欧洲理事会关于自由参阅环境资料的第 90/313 号指示⁹⁹¹ 和关于控制涉及危险物质的重大事故危险的第 96/82 号指示;⁹⁹² 经合组织理事会关于处理越境污染原则的 1974 年 11 月 14 日第 C (74) 224 号建议。⁹⁹³

(6) 参与决策进程的方式很多。有一种参与决策的方式是: 审阅作为决策基础的数据和资料, 有机会通过行政法庭、法院或关心此事的公民团体来对其中事实、分析和政策考虑等的正确性提出质疑。这种公众参与方式可增进防止越境环境损害的努力。

(7) 第 13 条所载记录受到“以适当方式”一语的限制, 这是为了让国家、国内法律规定和国家政策来确定提供资料的方式, 例如是否应通过传播媒介、非政府组织、公共机构、地方当局的来提供这种资料。对于一国疆界以外的民众, 如果直接传达信息是不可行或者不切实际的, 可以酌情通过有关的国家提供资料。

(8) 还有, 可能受影响国从起源国收到通知和资料后, 应在对通知作出答复之前, 以适当方式向可能受影响的本国民众提供资料。

(9) “公众”包括个人、利益团体(非政府组织)和独立专家。但是, 一般“公众”指没有组织团体或加入特定团体的个人。可以采取公众会议或听证会的方式来鼓励公众参与。应该给予公众协商机会, 为了方便他们的参与, 应该向他们提供关于正在考虑的政策、计划或方案拟议的必要资料。但是, 必须理解: 机密要求可能影响公众参加评估程序的程度。公众不参与或只是最低限度地参与决定某项政策、计划或方案的范围, 这是司空见惯的事。让公众参与审查文件或环境影响评估草案, 有助于获知他们对于拟议行动、更多替代办法和潜在环境影响的关切事项。⁹⁹⁴

⁹⁸⁸ 见上文脚注 908。

⁹⁸⁹ 见上文脚注 919。

⁹⁹⁰ ECE/CEP/43 号文件。

⁹⁹¹ 《欧洲共同体公报》, 汇编 L, 第 158 号(1990 年 6 月 23 日), p. 56。

⁹⁹² 同上, 第 10 号(1997 年 1 月 14 日), p. 13。

⁹⁹³ 见上文脚注 960。

⁹⁹⁴ 环境影响评估原则的适用……, (上文脚注 948), pp. 4 和 8。

(10) 除了需要鼓励公众参加国家对涉及发展和对损害的容忍度之重大问题的决策，以提高所作决策的合法性和遵守程度以外，据认为，随着人权法的发展，也可以把公众参与视为国内法和国际法范围内日益增长的权利。⁹⁹⁵

第 14 条

国家安全和工业机密

起源国可以不提供对其国家安全或保护其工业机密至为重要或涉及知识产权的数据和资料，但起源国应本着诚意同可能受影响国合作，视情况许可尽量提供资料。

评 注

(1) 第 14 条是为了对国家按照第 8、第 12 和第 13 条提供资料的义务规定范围狭窄的例外。国家不应有义务透露对其国家安全至为重要的资料。这类条款在规范交换资料的条约中并非少见。《国际水道非航行使用法公约》第 31 条⁹⁹⁶中对要求透露对国防或国家安全至为重要之资料的规定，也规定了类似的例外。

(2) 第 14 条除了国家安全以外，还包括受知识产权保护的工业机密和资料虽然工业机密是“知识产权”的一部分，两个术语都是用于充分涵盖受保护的权利。在本条款的范围内，第 1 条所包括的若干活动很可能使用先进技术，而这种技术又涉及即使国内法也给予保护的若干类别的资料。通常，各国的国内法规定什么资料是工业机密，并对这些资料加以保护。这类保障条款在处理交换有关工业活动资料的法律文书中并非少见。例如，《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》第 8 条和⁹⁹⁷《越境环境影响评估公约》第 2 条第 8 款⁹⁹⁸都规定对工业和商业机密加以类似的保护。

⁹⁹⁵ 见 T.M. Franck “国际法律和体制系统的公平性：国际公法的一般课程”，《……课程汇编》，1993-III，第 240 卷，p. 110。也参看 Donna Craig and Diana Ponce Nava, “土著人民的权利与环境法”，载于 Sun Lin and Lal Kurukulasuriya(合编)(上文脚注 948), pp. 115-146。

⁹⁹⁶ 见上文脚注 919。

⁹⁹⁷ 见上文脚注 925。

⁹⁹⁸ 见上文脚注 908。

(3) 第 14 条承认必须在起源国的正当利益和可能受影响国的正当利益之间取得平衡。因此，它规定根据安全和工业机密理由不提供资料的起源国应本着诚意同其他国家合作，视情况许可尽量提供资料。例如，“尽量提供资料”一语包括一般地说明危险所在以及国家可能受到的损害的种类和程度。“视情况许可”一语与据以不提供资料的条件相关。第 14 条基本上鼓励和指望缔约方真诚合作。

第 15 条

不歧视

除非当事国为保护在属本条款范围的某项活动造成重大越境损害时可能受害或已经受害的自然人或法人的利益另有协议，一国不应基于国籍或居所或发生伤害的地点而在允许这些人按照该国法律制度诉诸司法程序或其他程序要求保护或其他适当补偿的机会上予以歧视。

评注

(1) 本条规定一项基本原则，即起源国必须在不基于国籍或居所或发生伤害的地点而实行歧视的基础上，允许使用其司法程序或其他程序。本条的内容是以《国际水道非航行使用法公约》第 32 条为基础。⁹⁹⁹

(2) 第 15 条载列两项基本要素，即：不基于国籍或居所或发生伤害的地点而实行歧视。这项规则使国家有义务确保因第 1 条所述活动造成重大越境损害而受害的人，不论其国籍或居所，也不论发生伤害的地点，均能得到起源国在发生国内损害时给予其本国国民的相同待遇。这项义务不是为了影响某些国家的现行作法，即：要求非住民或外国侨民缴纳备供支付法院费用或其他费用的保证金，作为利用其法院系统的条件。这种作法在本条的含义范围内并非“歧视性的”而且“按照该国法律制度”一语已经考虑到这种作法。

⁹⁹⁹ 见上文脚注 919。

(3) 第 15 条还规定起源国不得在发生损害地点的基础上实行歧视。换言之，如果在 B 国内进行第 1 条所述的活动，在 A 国内造成重大损害，B 国不得以损害是在其管辖范围以外的地点发生作为理由，阻止诉讼。

(4) 如“除非有关国家……另有协议”一语所示，这项规则具有备用性质。因此，有关国家可协议最好的办法，例如通过双边协定，以对受到重大损害的人提供保护和补偿。本条款鼓励有关国家协议制定处理可能造成重大越境损害的活动的特别机制。在这种安排内，国家也可对重大越境损害情况的有关人员的利益，提供保护方法和途径。使用“为保护……自然人或法人的利益”一语，是为了表明本条的宗旨并非建议国家通过双边协定，在允许使用其司法程序或其他程序方面或允许补偿权利方面，实行歧视。国家间协定的宗旨永远应该是保护受害者的利益。

(5) 本条所载述的义务的行使可以在国际协定和国际组织的建议中找到。例如，丹麦、芬兰、挪威和瑞典 1974 年 2 月 19 日缔结的《保护环境公约》第 3 条载有如下规定：

“任何人若受到或可能受到在另一缔约国进行的、对环境有害的活动造成的公害影响，应有权将是否允许进行这种活动的问题，包括预防损害的措施问题提交该国主管法院或行政当局，并按照与活动所在国的法律实体一样的条件和规定，对法院或行政当局的裁决提出上诉。”

“本条第 1 款的规定应该同样适用于对环境有害的活动所造成的损害要求补偿的诉讼情况。补偿问题不应按照对受害方而言比活动所在国的补偿规则不利的规则判决。”¹⁰⁰⁰

(6) 经济合作和发展组织(经合组织)理事会通过了“关于在越境污染情况下给予同等权利和不得歧视的建议”。该建立第 4 款(a)项规定如下：

¹⁰⁰⁰ 《联合国条约汇编》，第 1092 卷，p. 279，收录于《国际法律材料》，第 13 卷(1974)，p. 591。类似的规定也载于欧经会《越境环境影响评估公约》第 2 条第 6 款(见上文脚注 908)；《关于越境水污染的责任和赔偿责任的准则》第二部分 E.8 节，欧经会关于越境水污染的责任和赔偿责任的准则工作组编写，ENVWA/R.45 号文件，1990 年 11 月 20 日；以及欧经会《关于环境权利与义务的宪章草案》第 6 段，1991 年 2 月 25 日至 3 月 1 日举行的环境法专家会议编写，ENVWA/R.38 号文件，附件一。

“起源国应确保遭受越境污染损害或有遭受越境污染重大危险的任何人，至少应得到与起源国在国内污染情况下和可比较的情况下给予……情况或状况相同的人享有的同等的待遇。”¹⁰⁰¹

第 16 条

紧急备灾

起源国应酌情与可能受影响国和有关国际组织合作，制订对付紧急情况的应急计划。

评 注

(1) 本条载述的一项义务是预期性的义务、而不是要求采取应对行动。第 16 条的案文是以 1997 年《国际水道非航行使用法公约》第 28 条第 4 款为基础，其案文如下：

“水道国应于必要时酌情与其他可能受影响国和主管国际组织合作，共同拟订各种应急计划，以应付紧急情况。”¹⁰⁰²

为应付可能发生的紧急情况而拟订应急计划的需要得到了明确的承认。¹⁰⁰³ 据认为，预防环境灾害的义务责成各国制订安全措施和程序，使发生核反应堆事故、有毒化

¹⁰⁰¹ 经合组织 C(77)28 号(最后)文件，附件，载于经合组织，《经合组织与环境》(见上文脚注 960)，p. 150。这也是在环境方面指导各国养护与和谐利用两个或多个国家共有自然资料的行为原则草案原则 14 的主旨(见上文脚注 906)。关于同样机会的原则的讨论，可参看 Van Hoogstraten 等人，“同等机会：越境污染”《环境政策和法律》，第 2 卷(1976 年)，p. 77。

¹⁰⁰² 见上文脚注 919。

¹⁰⁰³ 见 E. Brown Weiss，“环境法中的环境灾害”载于《1986 年国际法年鉴》(西班牙文本)(美洲国家组织，华盛顿哥伦比亚特区，1987 年)，pp. 141-169。1983 年欧洲理事会关于“与技术发展有关的环境紧急情况的国际合作原则”的环境法决议明白要求对所有危险装置的选址施加限制，制定安全标准以减少发生紧急事故的危险，进行监督并从事紧急情况规划，《环境政策与法律》，第 12 卷(1984)，p. 68。也参看 G. Handl，“Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch”(见上文脚注 916)，pp. 62-65。

学溢出、石油喷出或森林火灾等重大环境事故的可能性减至最小。在必要情况，特定的安全或应急措施由各国就重大越境损害危险事项进行谈判后达成协议。这种安全措施包括：(a) 制定工业和核电厂以及车辆的区位和运作的标准；(b) 为确保持续遵守安全措施而对设备与设施进行的维修；(c) 监督设施、车辆或情况以侦测危险；(d) 培训工人和监督其作业表现以确保其遵守安全标准。此类应急计划应该包括预警系统的建立。

(2) 虽然起源国对制定计划负有主要责任，在许多情况下，应当同其他可能受影响国和主管国际组织合作制订这些计划。例如，应急计划可能需要其他可能受影响国和在特定领域具有专业能力的国际组织参与。¹⁰⁰⁴ 此外，应对措施的协调工作若由当事国参加的主管国际组织来主持可能最为有效。

(3) 此外，由代表所有当事国的成员组成共同委员会来主持应急计划的研拟工作比较合适。各国也需要设立联系点来审查一些事项，使用最新通讯手段来配合预警工作。¹⁰⁰⁵ 应付海洋污染灾害的应急计划是尽人皆知的。《海洋法公约》第 199 条规定各国应研拟这种计划。¹⁰⁰⁶ 研拟应急计划的义务也载于与森林火灾、核事故和其他环境灾害有关的若干双边和多边协定。¹⁰⁰⁷ 1986 年《保护南太平洋区域自然资源和环境公约》第 15 条规定：“当事国应发展和促进个别的和共同的应急计划以便应付……事故。”¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁴ 对环境署、粮农组织、联合国救灾协调员、难民署、儿童基金会、卫生组织、国际原子能机构和红十字国际委员会等若干国际组织和机构所制定的各种应急计划的评论，参看 B.G.Ramcharan, 《国际法以及预警和预防外交的实践：正在出现的全球监察》(Kluwer, 1991 年), Ch. 7 (预警作业；环境、基本需要和备灾), pp. 143-168.

¹⁰⁰⁵ 共同委员会的设立，参看“印度西北部河流用水条约”，《联合国条约汇编》，第 419 卷，p. 125 和“保护莱茵河免受化学污染公约”，《联合国条约汇编》，第 1124 卷，p. 375.

¹⁰⁰⁶ 见上文脚注 913.

¹⁰⁰⁷ 提到这些协定的情况，参看 E. Brown Weiss, 同前(见上文脚注 1003), p. 148.

¹⁰⁰⁸ 《国际法律材料》，第 26 卷(1987), p. 38.

第 17 条

通知紧急情况

起源国应毫不延迟地以可以使用的最迅速方式将有关本条款范围内某项活动的紧急情况通知可能受影响国并向其提供一切有关的现有资料。

评 注

(1) 本条载述起源国应对实际紧急情况的义务。这项规定是以 1997 年《国际水道非航行使用法公约》第 28 条第 2 款为基础，其案文如下：

“水道国应毫不延迟地以最迅速的手段将其境内发生的任何紧急情况通知其他可能受影响国和主管国际组织。”¹⁰⁰⁹

类似的义务也载于《关于环境与发展的里约宣言》原则 18；¹⁰¹⁰ 《尽早通知核事故公约》；¹⁰¹¹ 《联合国海洋法公约》第 198 条；¹⁰¹² 《生物多样性公约》第 3 条；¹⁰¹³

¹⁰⁰⁹ 见上文脚注 919。

¹⁰¹⁰ 见上文脚注 902。

¹⁰¹¹ 《联合国条约汇编》，第 1439 卷，p. 275，转载于《国际法律材料》，第 25 卷(1986)，p. 1370。该《公约》第 5 条规定应向可能受影响国通知详细数据：(a) 通知发生核事故的时间、酌情告知出事地点、及其性质；(b) 涉及的设施或活动；(c) 假定的或确定的原因以及与越境释放放射性物质有关的核事故；(d) 放射性释放的一般特性，就其实际情况和有关情况而言，包括放射性释放的性质、可能的物理和化学形式以及数量、组成和有效高度；(e) 预测越境释放放射性物质时必须知道的关于目前和预测的天气及水文状况；(f) 与越境释放放射性物质有关的环境监测结果；(g) 已经或计划采取的基址外保护措施；(h) 预测放射性物质在一段期间内的释放行为。

¹⁰¹² 见上文脚注 913。

¹⁰¹³ 同上。

《关于石油污染的准备、反应和合作的国际公约》第 5 条第 1 款(c)项¹⁰¹⁴ 以及另一些与国际水道有关的协定。¹⁰¹⁵

(2) 这一条规定,损害的严重性和紧急情况的突发性是据以采取必要措施的理由。但是,突发性的含义并不是说所发生的情况必须完全出乎意料之外。确定了或预测到严厉天气干扰的预警系统可能指明紧急情况即将来临。当事国将因此有一些时间应对并且采取合理的、可行和实际的措施,以避免或随时减轻这种紧急情况的破坏作用。“毫不延迟地”等语意味着一旦知悉紧急情况便马上采取行动,而“以能够使用的最迅速的手段”则表示必须使用一国所能够使用的最迅速的通讯手段。

(3) 紧急情况可能是自然原因或人类的行为引起的。在这方面所采取的措施不妨碍对赔偿责任的索赔,其责任的确定不属于本条款的范围。

第 18 条

同其他国际法规则的关系

本条款草案不影响各国根据有关条约或习惯国际法规则所承担的任何义务。

评 注

(1) 第 18 条是为了澄清本条款不妨碍各国依国际法应对适用本条款的作为或不作为承担之任何义务的存在、执行或作用。因此,不能从某一活动属于本条款范围的事实推论任何其它国际法规则的存在或不存在,或推论有关活动或其实际或潜在的越境影响。

(2) 在第 18 条中提到的任何国家义务同时包括了条约义务和习惯国际法义务。同样,也有意把两者的范围扩大到包括具有特定适用(无论是对某一区域或指明的活

¹⁰¹⁴ 《联合国条约汇编》,第 1891 卷, p. 275, 转载于《国际法律材料》,第 30 卷(1990), p. 735。

¹⁰¹⁵ 参看《保护莱茵河免受化学污染公约》第 11 条(见上文脚注 908);《日内瓦湖意外污染公约》(1977 年《瑞士法律正式汇编》, p. 2204), 收录于 Ruester, Simma and Bock, 《环境的国际保护》, 第二十五卷(1981), p. 285 和《加拿大和美国关于大湖水质的协定》(《条约和其他国际条例汇编》, 第 9257 辑)。

动)的规则和在范围上具有普遍性和一般性的规则。本条款无意解决将来在依条约和习惯国际法应承担的义务和依本条款应承担的义务之间发生重叠、从而相互抵触的一切问题。

第 19 条

争端的解决

1. 在解释或适用本条款方面发生的任何争端，应由争端各方按照相互协议选定和平解决争端的方式迅速予以解决，包括将争端提交谈判、调停、调解、仲裁或司法解决。

2. 如果未能在六个月内就和平解决争端方式达成协议，争端各方应按其中任何一方的请求设立一个公平的事实调查委员会。

3. 事实调查委员会应由争端每一方指派一人，并由被指派者中将担任主席者选定不具争端任何一方国籍者一人，予以组成。

4. 如果多于一个国家为争端一方，这些国家不同意委员会的一名共同成员而每一国指派一位成员，则争端另一方有权指派相同数目的委员。

5. 如果争端各方指派的成员未能在设立委员会的请求提出后三个月内商定一位主席，争端的任何一方可请求联合国秘书长任命不具争端任何一方国籍者担任主席。如果争端一方未能在初次请求提出后两个月内根据第 2 款指派一位成员，争端的任何其他当事方可请求联合国秘书长任命不具争端任何一方国籍者一人。以这种方式任命的人应构成单一成员委员会。

6. 除了单一成员委员会的情况以外，委员会应以过半票数通过其报告，并将该报告提交争端各方，说明调查结论和建议，争端各方应本着诚意予以审议。

评 注

(1) 第 19 条提出解决本条款中所指定的预防制度的解释或执行方面所引起的争端的基本规则。这条规定属于备用性质，它适用于有关国家未曾制定关于解决此种争端的适用协议的情况。

(2) 根据假定，只有在有关国家已经通过适当的协商和谈判用足一切可用的劝解方法之后，才适用这一条规定。这种协商和谈判可按本条款规定的义务和国家间关系的正常途径以其他方式进行。

(3) 如果不能通过协商和谈判达成任何协议,则敦促有关国家继续通过它们可以采用的其他和平解决方法,包括调停、调解、仲裁或司法解决,努力解决其争端。这些都是《联合国宪章》第 33 条、《友好关系宣言》¹⁰¹⁶ 有关一节第二段和《马尼拉宣言》¹⁰¹⁷ 第一节第 5 段中所规定的和平解决争端方法,可供各国根据相互协议自由选定。¹⁰¹⁸

(4) 如果有关国家未能在六个月内就任何和平解决争端方法达成协议,则第 19 条第 2 款规定,有关国家应按其中任何一国的请求任命一个公平的事实调查委员会。¹⁰¹⁹ 第 19 条第 3、第 4 和第 5 款拟定了任命该事实调查委员会的强制程序。这一程序是有用和必要的,它可以帮助两国根据事实的客观鉴定和评价迅速解决其争端。对于事实缺乏适当的了解往往是国家间发生分歧或争端的根本原因。

(5) 诉诸公平的事实调查委员会是许多双边或多边条约中所载列的一种众所周知的方法,其中包括《国际联盟盟约》、《联合国宪章》以及某些专门机构和联合国系统其他国际组织的组织法。它在解决国际争端方面可能产生的作用已在大会 1993 年 12 月 16 日“关于事实调查之方法问题”的第 1967(XVIII)号决议和大会 1991 年 12 月 9 日第 46/59 号决议(附件)中通过的《联合国在维持和平与安全方面事实调查宣言》中得到确认。

(6) 此种委员会根据调查事实和澄清争端问题的任务规定,通常有权安排双方的听证会、询问证人或进行现场考察。

(7) 委员会的报告通常应鉴定或澄清“事实”。凡是不需要估定或评价的事实,一般都不会继续有争执。当事国仍然可以按自己认为适当的方式来权衡这些“事实”,以解决争端。但是,第 19 条规定当事国必须至少本着诚意审议事实调查委员会的报告。¹⁰²⁰

¹⁰¹⁶ 《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》,大会第 2625(XXV)号决议,附件。

¹⁰¹⁷ 《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》,大会第 37/10 号决议,附件。

¹⁰¹⁸ 关于对各种和平解决争端方法的分析及所引证的有关国际文书,参看《和平解决国家争端手册》(联合国出版物出售品编号: E.92.V.7)。

¹⁰¹⁹ 参看《国际水道非航行使用法公约》第 33 条(见上文脚注 919)。

¹⁰²⁰ 诚意标准在第 9 条评注中有所描述。

第六章

对条约的保留

A. 导言

99. 大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议批准了国际法委员会关于在其议程中列入“与对条约的保留有关的法律与实践”专题的决定。

100. 委员会 1994 年第四十六届会议任命阿兰·佩莱先生为这个专题的特别报告员。¹⁰²¹

101. 委员会 1995 年第四十七届会议收到并且讨论了特别报告员的第一次报告。¹⁰²²

102. 讨论以后，特别报告员根据委员会对这个专题的审议情况归纳出若干结论；这些结论涉及：专题的标题行文应为“对条约的保留”；研究结果应该采取保留实践指南的形式；委员会对于这个专题的工作应该采取灵活的方式；委员会的协商一致意见认为不应对 1969 年、1978 年和 1986 年《维也纳公约》的相关条款作出任何改动。¹⁰²³ 委员会认为，上述结论是大会 1993 年 12 月 9 日第 48/31 号决议和 1994 年 12 月 9 日第 49/51 号决议要求进行的初步研究取得的成果。就《实践指南》来说，它将采取对国家和国际组织的实践有帮助的附有评注的准则草案的形式，在必要情况下，这些准则将附有示范条款。

103. 委员会于 1995 年按照以往的做法，¹⁰²⁴ 授权特别报告员编写一份关于对条约的保留的详细问题单，以确定国家和国际组织——尤其是多边公约的保存者——的实践和遇到的问题。这份问题单由秘书处寄出。大会 1995 年 12 月 11 日第 50/45 号决议注意到委员会的结论，请它按照其报告中所载述的方针继续工作，并请各国对问题单作出答复。¹⁰²⁵

¹⁰²¹ 《大会正式纪录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第 382 段。

¹⁰²² A/C.N.4/470 和 Corr.1。

¹⁰²³ 《大会正式纪录，第五十届会议，补编第 10 号》(A/50/10)，第 491 段。

¹⁰²⁴ 见 1993 年年鉴，第二卷(第二部分)，第 286 段。

¹⁰²⁵ 到 2000 年 7 月 27 日为止，有 33 个国家和 24 个国际组织答复了问题单。

104. 委员会第四十八届会议收到了特别报告员关于这个专题的第二次报告。¹⁰²⁶ 特别报告员在报告中附载了国际法委员会关于对多边规范性条约—包括人权条约—的保留问题的一份决议草案，将其提交大会，要求注意并澄清这个事项所涉及的法律问题。¹⁰²⁷ 但是，由于时间不够，委员会未能审议这份报告和决议草案，不过，有些委员对报告发表了意见。因此，委员会决定将这个专题的辩论推迟到下一年。

105. 委员会第四十九届会议再度收到特别报告员关于这个专题的第二次报告。

106. 经过辩论以后，委员会通过了关于对规范性多边条约—包括人权条约—的保留问题的初步结论。¹⁰²⁸

107. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议注意到委员会的初步结论，并注意到委员会请所有愿意这样做的由规范性多边条约设立的条约机构以书面方式就这些结论提出评论和意见，同时提请各国政府注意国际法委员会很需要得到它们对初步结论的意见。

108. 委员会第五十届会议收到了特别报告员关于这个专题的第三次报告，¹⁰²⁹ 其中载述了对条约的保留和解释性声明的定义。委员会同一届会议暂时通过了六条准则草案。¹⁰³⁰

109. 委员会第五十一届会议再度收到特别报告员第三次报告中没有足够时间在其第五十届会议上予以审议的部分和关于这个专题的第四次报告。¹⁰³¹ 此外，本报告附载了关于本专题的经过修订的参考书目，最初书目已由特别报告员在 1996 年附载于第二次报告之后。¹⁰³² 第四次报告也述及了保留的定义和解释性声明的问题。在同一届会议上，委员会临时通过了 17 条准则草案。¹⁰³³

¹⁰²⁶ A/CN.4/477 和 Add. 1.

¹⁰²⁷ 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 137 段。

¹⁰²⁸ 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 157 段。

¹⁰²⁹ A/CN.4/491 和 Corr.1(只有英文本)，A/CN.4/491/Add.1, Add.2 和 Add.2/Corr.1, Add.3 和 Corr.1(只有中文、法文和俄文本)，Add.4 和 Add.4/Corr.1, Add.5 和 Add.6 和 Corr.1。

¹⁰³⁰ 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 540 段。

¹⁰³¹ A/CN.4/499。

¹⁰³² A/CN.4/478/Rev. 1。

¹⁰³³ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)第 470 段。

110. 鉴于对解释性声明的考虑因素，委员会通过了准则草案 1.1.1 [1.1.4] 的新案文和没有标题或编号的准则草案(它已经成为准则草案 1.6(定义的范围))。

111. 委员会第五十二届会议收到了特别报告员关于本专题的第五次报告，¹⁰³⁴ 报告一方面述及替代保留和解释性声明的程序，另一方面也谈到了保留和解释性声明的程序，尤其是其拟订方法和提出过迟的问题。在该届会议上，委员会临时通过了 5 条准则草案。¹⁰³⁵ 委员会将载于 A/CN.4/508/Add.3 和 Add.4 中的特别报告员第五次报告的第二部分推迟至下届会议审议。

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 第五次报告的第二部分

112. 委员会本届会议初次收到关于保留和解释性声明程序问题的第五次报告第二部分(A/CN.4/508/Add.3 和 Add.4)，委员会分别在 2001 年 5 月 18、22 和 23 日召开的第 2677、2678 和 2679 次会议上审议了该报告。

113. 委员会在 2001 年 5 月 23 日举行的第 2679 次会议上决定将准则草案 2.2.1(在签署时提出的保留和正式予以确认)、2.2.2(在谈判、通过或认证条约案文时提出的保留和正式予以确认)、2.2.3(在签署[简化的协定][仅经签署即告生效的条约]时提出的保留无须予以确认)、2.2.4(在签署时提出的条约明文予以规定的保留)、2.3.1(过迟提出的保留)、2.3.2(接受过迟提出的保留)、2.3.3(反对过迟提出的保留)、2.3.4(采用保留以外的其他程序过迟排除或更改条约的法律效力)、2.4.3(可以提出解释性声明的时刻)、2.4.4(在谈判、通过或认证或签署条约案文时提出有条件的解释性声明和正式予以确认)、2.4.5(在签署[简化的协定][仅经签署即告生效的条约]时提出的解释性声明无须予以确认)、2.4.6(在签署时提出的条约明文予以规定的解释性声明)、2.4.7(过迟提出解释性声明)和 2.4.8(过迟提出的有条件解释性声明)。

¹⁰³⁴ A/CN.4/508/Add.1 至 4。

¹⁰³⁵ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 663 段。

114. 委员会在 2001 年 7 月 24 日举行的第 269 次会议上审议并临时通过了准则草案 2.2.1(正式确认在签署条约时提出的保留)、2.2.2 [2.2.3]¹⁰³⁶ (在签署条约时提出的保留无须予以确认的实例)、2.2.3 [2.2.4](条约明文规定可在签署时提出的保留)、2.3.1(过迟提出保留)、2.3.2(同意过迟提出保留)、2.3.3(反对过迟提出保留)、2.3.4(事后采用保留以外的方式排除或更改条约的法律效力)、2.4.4 [2.4.5](在签署条约时提出的解释性声明无须予以确认)、2.4.5 [2.4.4](正式确认在签署条约时提出的有条件解释性声明)、2.4.6 [2.4.7] (过迟提出解释性声明)、2.4.7 [2.4.8] (过迟提出有条件解释性声明)。

115. 这些准则草案的案文及其评注载于下文 C 节。

2. 第六次报告

116. 委员会还收到了特别报告员关于这一专题的第六次报告(A/CN.4/518 和 Add.1-3), 有关提具保留和解释性声明的方式(特别是其形式和通知), 以及公开宣布保留和解释性声明(通报、接受人和保存人的义务)。

117. 委员会在其 2001 年 7 月 13 日、17 日、18 日、19 日和 20 日的第 2689 次和第 2693 次会议上审议了这一报告。

(a) 特别报告员介绍他的第六次报告

118. 报告员首先指出, 部分载于 A/CN.4/518 号文件报告的讨论了第五次报告以来的最新情况, 包括人权委员会和增进和保护人权小组委员会内关于此专题的进展。本报告增编 1 和 2 讨论了与提具保留有关的复杂问题。(接受和反对保留将是他下一个报告的主题。)增编 3 载有第五次和第六次报告中准则草案的综合案文, 不过由于 2000 年未能审议第五次报告, 其中的准则草案早已提交起草委员会。

119. 特别报告员从介绍准则草案 2.1.1 至 2.1.4、2.4.1 和 2.4.2 开始(其中包括两个准则草案“之二”——2.1.3 之二和 2.4.1 之二, 和 2.1.3 项准则草案的两个替代性案文)。

¹⁰³⁶ 方括弧中的编号, 为特别报告员提出的准则草案原来的编号。

120. 准则草案 2.1.1(书面形式)¹⁰³⁷ 要求保留以书面形式提出,基本上在此基础上产生出了 1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 23 条第 1 款第一句的案文。由于《实践指南》应具有独立性,因此必须一字不差地转达《维也纳公约》关于保留的规定。特别报告员忆及,正如“准备工作”所表明的,关于保留必须以书面提出的意见几乎是完全一致的。虽然“口头保留”理论上讲是一种可能性,但在明确同意接受约束时,保留的确认必须毫无疑义地以书面形式提出,这在准则 2.1.2(正式确认的形式)中做了规定。¹⁰³⁸

121. 现在尚不能确定这些规则是否可移植到解释性声明中。实践在这方面帮助也不大,因为既无现成可用的例子,又无明确的规定。但在这里,或许应在“简单的”和有条件的解释性声明之间划一道界线,即前者不需要任何特定形式(准则草案 2.4.1: 解释性声明的提具)。¹⁰³⁹

122. 另一方面,在提具有条件的解释性声明时,声明方希望提出针对其他缔约方的解释时,如其他方要做出反应,则必须使其了解,这完全和提出保留一样。

¹⁰³⁷ 这项准则草案如下:

2.1.1 书面形式

必须以书面形式提具保留。

A/CN.4/518/Add.1, 第 49 段。

¹⁰³⁸ 这项准则草案如下:

2.1.2 正式确认的形式

如须正式确认某项保留,则必须以书面形式提出。

A/CN.4/518/Add.1, 第 49 段。

¹⁰³⁹ 这项准则草案如下:

2.4.1 解释性声明的提具

解释性声明须由有权代表国家或国际组织通过或认证条约案文或表示该国或国际组织同意接受条约约束的人提出。

A/CN.4/518/Add.1, 第 90 段。

这样，相同规则的适用似乎是合乎道理的(准则草案 2.4.2: 有条件解释性声明的提具)。¹⁰⁴⁰

123. 在这方面特别报告员希望指出，他也象委员会其他成员一样，不知为有条件的解释性声明制订具体的原则草案是否真有必要。因为对其适用的法律规则与关于保留的法律规则是完全相同的。但他认为最好是等委员会审议了保留和有条件的解释性声明的效用之后，再去决定是否有必要保留有关后者的准则。如果发现二者的效用是相同的，那么或许可以删除关于解释性声明的所有准则，只留一个一般性的准则说明关于保留的准则在细节上做必要的修正后适用于有条件的解释性声明。

¹⁰⁴⁰ 这项准则草案如下:

2.4.2 有条件解释性声明的提具

有条件的解释性声明必须以书面形式提具。

在必要时，须以同样形式对有条件的解释性声明予以正式确认。

有条件解释性声明必须书面通知缔约国和缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。对作为一国际组织组成文书或设立有权接受保留的审议机关的现行条约的有条件解释性声明也应传递给该组织或机关。

124. 关于准则草案 2.1.3(在国际一级提具保留的权限)¹⁰⁴¹ 特别报告员回顾说, 汉弗莱·沃尔多克爵士在 1962 年建议, 具体规定哪类文书允许提具保留, 哪些人和组织有权提出保留的。报告员认为, 汉弗莱·沃尔多克爵士试图作出规定的建议有点重复多余。但另一方面, 似乎有必要对国际一级有权提具保留的当局加以具体说明。为此目的, 委员会仍应考虑参照《维也纳公约》关于代表一国家或国际组织表示接受条约约束的当局或个人的规定(1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 7 条)。联合国秘书长及其他保存人(欧洲委员会, 美洲国家组织)的做法表明, 关于在国际一级提具保留的权限方面, 所实行的就是细节修改后的这些规定的规则。特别报告员欲知在三种当局外加入其他类人士, 如作为保存人的国际组织的常驻代表, 是否会使得第 7 条的规则更具灵活性。他最后决定采取一种折衷解决办法, 即加入“依照作

¹⁰⁴¹ 这项准则草案有以下两种不同案文:

2.1.3 在国际一级提具保留的权限

依照作为条约保存人的国际组织的惯例, 有权代表一国或一国际组织通过或确认条约案文或表示一国, 或一国际组织同意接受条约约束的任何人士, 均有权以该国或该国际组织的名义提出一项保留。

2.1.3 在国际一级提具保留的权限

1. 依照作为条约保存人的国际组织的惯例, 以下人士有权代表一国或一国际组织提出一项保留:

- (a) 该人士出示适当全权证书, 表明有权通过或确认涉及提出保留的条约案文或有权表示该国或该组织同意接受该条约拘束; 或
- (b) 从惯例或其他情况看, 有关国家和国际组织的意图是认为该人士拥有此类目的的权限, 无须出示全权证书。

2. 以下人士因其职务无须出示全权证书, 有权代表一国在国际一级提出保留意见:

- (a) 国家元首、政府首脑和外交部长;
- (b) 各国为提出针对国际会议通过的条约的保留意见而委派出席该国际会议的代表;
- (c) 各国为提出针对一国际组织或机构通过的条约的保留意见而派驻该国际组织或其机关的代表;
- [(d) 为提出针对委派国与一国际组织间的一项条约的保留意见而常驻该组织的代表团团长。]

为条约保存人的国际组织的惯例”这样一个短语，以避免对现行做法形成挑战。然而两种办法均各有优缺点，因此委员在此问题上的意见将是十分宝贵的。

125. 特别报告员还就准则草案 2.1.3 的两个案文哪一个更为可取征求了委员会的意见：是(照搬《维也纳公约》有关规定的)长案文，还是较为简短而含混的案文。

126. 特别报告员讨论的另一个问题，是在内部提具保留(和解释性声明)的程序。他的问题是，《实践指南》应该包括范围广泛的国内惯例的准则，还是仅简单指出整个程序只是国内法的问题。决定采用后一种办法之后，他建议了两个准则草案，即 2.1.3 之二(在内部提具保留的权限)¹⁰⁴² 和 2.4.1 之二(在内部提具解释性声明的权限)¹⁰⁴³ 不过他不肯定是否完全必要。他希望听取委员会在此问题上的意见。

127. 在审查了准则草案 2.1.4(违反内部提具保留的规则在国际一级不产生影响)¹⁰⁴⁴ 之后，特别报告员考虑了是否将《维也纳公约》中切合实际而且考虑周全的关于“无效批准”的第 46 条用于保留和解释性声明。他的结论是无论从实际考虑(确定明显违反有关保留的内部法即使不是完全不可能，也是十分困难的)，还是出

¹⁰⁴² 这项准则草案如下：

2.1.3 之二 在内部提具保留的权限

确定内部提具保留的主管机构和应遵循的程序，是各国或各国际组织内部法律规定的各项事项。

A/CN.4/518/Add.1 第 77 段。

¹⁰⁴³ 这项准则草案如下：

2.4.1 之二 在内部提具解释性声明的权限

确定在内部提具解释性声明的主管机构和须遵循的程序，是由每个国家或国际组织内部法处理的事项。

如果解释性声明的提具违反一国国内法或一国际组织的规则中关于提具解释性声明的权力和程序的规定，该国或国际组织不得以此为由认为该声明无效。

A/CN.4/518/Add.1, 第 95 段。

¹⁰⁴⁴ 此项准则草案措辞如下：

2.1.4 违反内部提具保留的规则在国际一级不产生影响

一国或一国际组织不得以保留的提出违反关于提出保留的权限和程序的该国国内法或该组织内部规则的理由宣布保留无效。

A/CN.4/518/Add.1 第 82 段。

自技术原因(关于保留的内部程序经常是建立在经验的基础上,因而难以估测),这样做都是不必要的。这方面,委员会的意见对他也是宝贵的。准则草案 2.1.4 和关于解释性声明的准则草案 2.4.1 之二第 2 段就是根据上述考虑制订的。

128. 报告员然后介绍了关于保留的通知与公布的准则草案 2.1.5 至 2.1.8, 以及关于解释性声明的准则草案 2.4.2(第 3 段)和 2.4.9(第 2 段)。

129. 提出这六项准则草案的唯一考虑,就是确保提出保留的国家和组织他们的伙伴知道在必要时如何做出反应。《维也纳公约》的相关规定——第 23 条第一款谈到了“缔约国或国际组织”或那些“有资格成为缔约方者。”虽然第一种情况规定明确,但要确定第二种情况有时却相当微妙,某些保存人的作法已经表明了这一点。然而特别报告员并不认为规定更为明确是恰当的,除非委员会另有决定,因为此问题涉及一般的条约法,而不是专门有关保留的法。

130. 准则 2.1.5(保留的通知)¹⁰⁴⁵,是依据 1986 年的《维也纳公约》第 23 条第一款制订的。但也对该款做了补充,讲到对国际组织组成文书的保留,并在很大程度上遵循现行做法。另外,“审议机关”一词用来包括设立此类机关的混合或可疑的国际组织。在这个问题上,以及在保留是否通知本组织及其成员国或有权成为组成文件缔约方的国家的问题上,委员会的意见是非常有益的。另外,特别报告员并不认为应规定必须将保留特别通知国际组织秘书处负责人,对须将保留通知国际组织组成文书生效前建立的筹备委员会的做法也持有怀疑。

131. 相同规则似乎也可用于准则草案 2.4.2 第 3 段规定的有条件的解释性声明(提具有条件的解释性声明)。¹⁰⁴⁶而简单的解释性声明则无需任何正式形式。

¹⁰⁴⁵ 此项准则草案如下:

2.1.5 保留的通知

保留必须以书面形式通知缔约国、缔约组织以及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

如果现行条约是一国际组织的组成文书,或是设立有权接受保留的审议机关的文书,则对此条约的保留也必须通知该组织或机关。

A/CN.4/518/Add.1, 第 113 段。

¹⁰⁴⁶ 见以上注 1040。

132. 保存人的作用集中在准则草案 2.1.6 (保留的通知程序)¹⁰⁴⁷ 和 2.1.7 (保存人的职能)¹⁰⁴⁸ 讨论。前者讲到以非书面形式提出的保留需以书面形式加以确认, 后者则是在保留问题上, 保存人的职能。特别报告员回顾了保存人职能的变化过程, 并讲到根据《维也纳公约》, 保存人的职能基本上是被动的。1969 年的《维也纳公约》第 78 条第二款, 后来在 1986 年的《维也纳公约》中成了第 79 条第二款, 该款的规定几乎是完全照搬了过来。原则草案 2.1.8 (有关保留的通知的生效日期)¹⁰⁴⁹ 涉及到保留的通知的生效日期。可将这些规则(2.1.6, 2.1.7 和 2.1.8)照用于有条件的解

¹⁰⁴⁷ 此项准则草案如下:

2.1.6 保留的通知程序

除非条约另有规定或各缔约国和缔约组织另有协议外, 对条约的保留应通知:

- (一) 如果没有保存人, 应由保留提具者直接送交缔约国和缔约组织以及有权成为该条约缔约方的国际组织; 或者
- (二) 如果有保存人, 则应送交保存人, 保存人应尽早通知所要送交的国家 and 组织。

如果对条约的保留的有关通知以电子邮件作出, 必须以普通邮件[或传真]加以确认。

A/CN.4/518/Add.2, 第 153 段。

¹⁰⁴⁸ 此项准则草案如下:

2.1.7 保存人的职能

保存人应审查由一国或一国际组织提具的对某一条约的保留是否具有适当形式。

如果一国或一国际组织与保存人对保存人履行职能有分歧, 保存人就应将此问题:

- (a) 提请各签署国和签署组织以及缔约国和缔约组织注意, 或
- (b) 适当时提请有关国际组织的主管机关注意。

A/CN.4/518/Add.2, 第 169 段。

¹⁰⁴⁹ 此项准则草案如下:

2.1.8 有关保留的通知的生效日期

与保留有关的通知只有在向之送交保留的国家或组织收到后, 才应视为业经保留提具者作出。

A/CN.4/518/Add.2, 第 155 段。

释性声明，在关于有条件解释性声明的通知的准则草案 2.4.9 (有条件解释性声明的通知)¹⁰⁵⁰ 后面加上一个第 3 段，起到这一作用。

133. 特别报告员在介绍结束时表示，希望将所有准则草案提交起草委员会。

(b) 辩论情况摘要

134. 关于准则草案 2.1.1、2.1.2、2.4.1 和 2.4.2，已发表意见的委员们表示同意，认为保留和有条件的解释性声明的书面形式，将保证条约关系的稳定性和可靠性。

135. 关于准则草案 2.1.3，一些委员认为，为了应用方便并考虑到《维也纳公约》预想的各种可能性，他们同意较长的案文，而另一些人则喜欢简短的案文。一些委员认为，常驻国际组织代表团团长的提法(准则草案 2.1.3 第 2 (d)段)应删除。

136. 有人表示，准则草案 2.1.3 标题中的“权限”一词可能造成混乱，因为此条款文取自于《维也纳公约》关于“全权证书”的第 7 条。应区别提出保留的权限(根据《维也纳公约》第 46 条)与其在国际一级的“表示”。根据一种意见，提出保留的权限应属于有权表示国家同意接受条约约束的机关。

137. 准则草案 2.1.5 中提到的“审议机关”问题，一些委员认为这一提法合适(特别是考虑到作为国际组织的一些实体，对他们的能力和在其他方面仍存在有不同意见)，而另外一些委员则同意使用“条约机关”、“公约机关”、“主管机关”或简单叫“机关”等提法。

138. 一种意见认为，准则草案 2.4.1 似乎限制过分，因为实际上各种各样的国家代表均提出过解释性声明。另外，即使是简单的解释性声明也应以书面形式提出，由保存人负责象保留一样将其提交给有关国家和国际组织。

139. 另外一种意见认为，程序问题不易与有效和容许问题分开。

¹⁰⁵⁰ 此项准则草案如下：

2.4.9 有条件解释性声明的通知

必须在与保留同样的条件下，以书面形式将有条件解释性声明通知缔约国和缔约组织及有权成为条约缔约方的其他国家和国际组织。

对已生效的成为一国际组织的组成文书或建立一有权接受保留的审议机构的条约的有条件解释性声明出必须送交这类组织或机构。

140. 针对准则草案 2.1.4 所表示出的意见是，在一些情况下，违反关于提具保留的国内规则，会影响国家接受条约约束。应结合 1969 年《维也纳公约》第 46 条第一款对这种意见加以考虑。

141. 关于保留和有条件解释性声明的通知问题(准则草案 2.1.5 和 2.4.9)，涉及到有权成为缔约方的国家和国际组织的定义问题。无论如何，所有那些国家和组织均有权被告知其他国家所提出的保留。几位委员认为，试图给“有权成为缔约方的国家或国际组织”下定义是不适当的，因为这是一个包括内容相当广的提法，可以包括参加了谈判并与整个条约法有关但却与保留法无关的国家和组织。

142. 一些委员同意特别报告员的意见，认为对一国际组织组成文书的保留也应通知缔约国和组织。但他们对筹备委员会却有些拿不定主意，因为筹备委员会可能在保留方面无任何权限。

143. 还有人强调指出，往往很难确定一个国际组织是否有权缔结条约，例如关于欧洲联盟的复杂情况就证明了这一点。

144. 根据几位委员的意见，以电子邮件做出的通知，应以其他方式，如普通邮件，加以确认，这样做通常符合现行的保存人的做法。但有一种意见认为，应禁止使用电子邮件。

145. 几位委员对是否应保留准则草案 2.1.3 之二和 2.1.4 之二表示怀疑。另一些人提出在国内和国际权限之间是否应建立起联系。

146. 虽然准则草案 2.1.7 为保存人预先设定了一个纯粹机械的作用，但一些委员认为，在一种情况下保存人有可能拒绝载有根据《维也纳公约》第 19(a)和(b)条属禁止保留的文书。但这方面需要特别小心。在这种情况下，而且如果保存人和提具保留的国家之间存在意见分歧，则可将《维也纳公约》第 77 条第二款的规定用于此项准则草案。

147. 委员们也提出了简单解释性声明的通知问题。事实上，如果保存人从提具声明国收到一份这样的声明，他必须通知其他国家，以便使它们能决定其真正性质。一位委员指出，美洲国家组织保存人的做法为这两项准则草案提供了有益的参考情况。

148. 有一种观点表示, 准则草案 2.1.8 不符合 1969 年《维也纳公约》第 78(b) 条, 因为后者规定保存人的接受日期必须得到认可。另一方面, 一国可对保留提出反对的时限, 应从其他国家得到通知之日算起(《维也纳公约》第 20 条第五款)。

149. 一些委员同意特别报告员的意见, 即委员会应首先审议保留和有条件解释性声明的影响, 然后再决定是否有必要为后者制订具体准则。另一些人特别强调指出, 他们反对单独为有条件的解释性声明制订准则草案。

150. 特别报告员在总结辩论情况时再一次强调了《实践指南》的教育和“实用”性质。正是出于这种原因他才将似乎不言自明的准则草案 2.1.1 或 2.1.3 之二或 2.4.1 之二包括在内。同样, 他赞成在准则草案中照搬《维也纳公约》的规定而不是参照。当然这种照搬不应象一些委员似乎希望的那样具有选择性。另外, 违反内部提具保留的规定, 有可能影响国家(或国际组织)同意接受约束, 这个意见似乎很值得探讨, 尽管他认为公开正式违背的概念, 几乎不可能原封不动地用在提具保留上。

151. 他进一步指出, 在是否需要澄清“有权成为缔约方的国家或国际组织”这一提法的问题上没有明确的反应, 而且由于有些组织有时有单独权限有时则又与成员国共享, 使这一问题更加复杂化。因此不要试图重写整个条约法。

152. 特别报告员还对建议用于准则草案 2.1.5 中的“主管机关”这一措辞表示怀疑, 因为它很不容易限定。至于保存人是否必须将对国际组织组成文书的保留不仅通知该组织本身, 而且也须通知所有有关国家这一问题, 在他看来辩论中的答案是肯定的。

153. 他还赞成反映保存人现行做法的意见, 即保存人可拒绝接受条约本身不允许的保留。

154. 但他对任何时间均可提出简单解释性声明的意见, 持有较大的疑虑。至于整个准则草案, 他又一次申明了委员会的态度, 即不要偏离《维也纳公约》的文字和精神, 但在必要时可以增补。

155. 委员会于其 2001 年 7 月 19 日召开的第 2692 次会议上决定将以下准则草案提交起草委员会: 2.1.1(书面形式)、2.1.2(正式确认的形式)、2.1.3(在国际一级提具保留的权限)、2.1.3 之二(在内部提具保留的权限)、2.1.4(违反内部提具保留的规则在国际一级不产生影响)、2.1.5(保留的通知)、2.1.6(保留的通知程序)、2.1.7(保存人的职能)、2.1.8(有关保留的通知的有效日期)、2.4.1(解释性声明的提具)、2.4.1 之

二(内部提具解释性声明的权限)、2.4.2(有条件解释性声明的提具)和 2.4.9(有条件解释性声明的通知)。

C. 到目前为止委员会临时通过对条约的
保留之准则草案案文

1. 准则草案案文

156. 到目前为止委员会临时通过的准则草案案文如下：

对条约的保留

实践指南

1. 定义

1.1 保留的定义 ¹⁰⁵¹

“保留”是指一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入条约，或一国发出继承条约的通知时所作的单方面声明，不论其措词或名称如何，该国或该组织意图藉此排除或更改条约中某些规定对该国或该组织适用时的法律效力。

1.1.1 [1.1.4] ¹⁰⁵² 保留的目的 ¹⁰⁵³

保留的目的，是为了排除或更改条约中某些规定或整个条约的特定方面对提出保留的国家或国际组织适用时的法律效力。

¹⁰⁵¹ 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》，(A/53/10)，第 196-199 页。

¹⁰⁵² 方括号内的编号指特别报告员的报告中的编号。

¹⁰⁵³ 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》，(A/54/10)，第 210-217 页。

1.1.2 可提具保留的情况 ¹⁰⁵⁴

可根据准则 1.1 提出保留的情况，包括以 1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 11 条提及的种种方式表示同意接受条约约束的时机。

1.1.3 [1.1.8] 有领土范围的保留 ¹⁰⁵⁵

一国提出单方面声明，意图藉此排除条约或其中某些规定对某一领土的适用——如无此项声明条约即可适用，此项声明即构成保留。

1.1.4 [1.1.3] 在通知领土内适用时提具的保留 ¹⁰⁵⁶

一国在通知条约可在其领土范围内适用时提出单方面声明，意图藉此排除条约或更改其中某些规定在对其领土适用时的法律效力，此项声明即构成保留。

1.1.5 [1.1.6] 旨在限制声明方义务的声明 ¹⁰⁵⁷

一国或一国际组织在表示同意接受条约约束时提出单方面声明，意图藉此限制该条约施加于它的义务，此项声明即构成保留。

1.1.6 旨在以相当方式履行义务的声明 ¹⁰⁵⁸

一国或一国际组织于表示同意接受条约约束时提出单方面声明，意图以不同于条约规定的相当方式依照条约履行义务，此项声明即构成保留。

¹⁰⁵⁴ 对本条准则草案的评注，见同出处第五十三届会议，补编第 10 号，(A/53/10)，第 203-206 页。

¹⁰⁵⁵ 对本条准则草案的评注，见同出处，第 206-209 页。

¹⁰⁵⁶ 对本条准则草案的评注，同上，第 209-210 页。

¹⁰⁵⁷ 对本条准则草案的评注，同上第五十四届会议，补编第 10 号，(A/54/10)，第 217-221 页。

¹⁰⁵⁸ 对本条准则草案的评注，同上，第 222-223 页。

1.1.7 [1.1.1] 联合提具的保留 ¹⁰⁵⁹

若干国家或若干国际组织联合提出一项保留，不影响该保留的单方面性质。

1.1.8 根据排除条款作出的保留 ¹⁰⁶⁰

一国或一国际组织在表示同意接受条约约束时，根据某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方或某些缔约方排除或更改条约中的某些规定对其适用的法律效力，此项声明即构成保留。

1.2 解释性声明的定义 ¹⁰⁶¹

“解释性声明”，无论如何措词或赋予何种名称，都指一国或一国际组织为了确定或阐明声明方对条约或其中若干条款赋予的含义或范围而作出的单方面声明。

1.2.1 [1.2.4] 有条件的解释性声明 ¹⁰⁶²

一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核可或加入条约时提出单方面声明，或一国在通知对条约的继承时提出单方面声明，从而使该国或该国际组织同意受条约约束一事取决于对条约或对其某些规定的特定解释，此项声明即构成有条件的解释性声明。

¹⁰⁵⁹ 对本条准则草案的评注，见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第10号》，(A/53/10)，第210-213页。

¹⁰⁶⁰ 对本条准则草案的评注，同上第五十五届会议，补编第10号，(A/55/10)，第230-241页。

¹⁰⁶¹ 对本条准则草案的评注，同上第五十四届会议，补编第10号，(A/54/10)，第223-240页。

¹⁰⁶² 对本条准则草案的评注，同上，第240-249页。

1.2.2 [1.2.1] 联合提具的解释性声明 ¹⁰⁶³

若干国家或国际组织联合提具的解释性声明，不影响该解释性声明的单方面性质。

1.3 保留和解释性声明之间的区别 ¹⁰⁶⁴

作为保留或解释性声明的单方面声明，其性质由它意图产生的法律效力决定。

1.3.1 对保留和解释性声明加以区别的方法 ¹⁰⁶⁵

为了确定一国或一国际组织对一条约提出的单方面声明是保留还是解释性声明，应当参照所针对的条约，根据其用语的普通含义，本着善意解释该声明。应该适当考虑到该国或该国际组织提出声明时的意图。

1.3.2 [1.2.2] 措词和名称 ¹⁰⁶⁶

可从单方面声明措词和名称看出意图产生的法律效力。当一国或一国际组就单一条约提出若干单方面声明并且指定其中一些为保留，另一些为解释性声明时，尤其是如此。

1.3.3 [1.2.3] 在禁止保留时提具单方面声明 ¹⁰⁶⁷

在条约禁止对其所有条款或其中某些条款作出保留的情况下，不应将一国或一国际组织就有关条款提出的单方面声明视为保留，除非此项声明确实旨在排除或更改条约的某些条款或整个条约的特定方面在对声明方适用时具有的法律效力。

¹⁰⁶³ 对本条准则草案的评注，同上，第 249-252 页。

¹⁰⁶⁴ 对本条准则草案的评注，同上，第 252-253 页。

¹⁰⁶⁵ 对本条准则草案的评注，同上，第 254-260 页。

¹⁰⁶⁶ 对本条准则草案的评注，同上，第 260-266 页。

¹⁰⁶⁷ 对本条准则草案的评注，同上，第 266-268 页。

1.4 有别于保留和解释性声明的单方面声明 ¹⁰⁶⁸

就条约提出的既非保留也非解释性声明的单方面声明不属于本实践指南的范围。

1.4.1 [1.1.5] 旨在作出单方面承诺的声明 ¹⁰⁶⁹

一国或一国际组织对条约提出的单方面声明，意图籍此承担条约未加诸声明方的义务，则此项声明构成单方面承诺，不属于本实践指南的范围。

1.4.2 [1.1.6] 旨在增添条约内容的单方面声明 ¹⁰⁷⁰

一国或一国际组织提出单方面声明，意图籍此增添条约的内容，则此项声明构成更改条约内容的提议，不属于本实践指南的范围。

1.4.3 [1.1.7] 不承认声明 ¹⁰⁷¹

一国提出单方面声明，表明该国对条约的参与并不意味着对该国不承认的某一实体予以承认，则此项声明构成不承认的声明并且不属于本实践指南的范围，即使该声明的目的是排除条约在声明国和声明国不予承认的实体之间的适用。

1.4.4 [1.2.5] 一般性政策声明 ¹⁰⁷²

一国或一国际组织提出单方面声明以表达该国或该组织对条约或条约所涵盖的主题事项的意见，如该声明的目的不在于产生对条约的法律效力，则此项声明构成一般政策声明并且不属于本实践指南的范围。

¹⁰⁶⁸ 对本条准则草案的评注，同上，第 268-270 页。

¹⁰⁶⁹ 对本条准则草案的评注，同上，第 270-273 页。

¹⁰⁷⁰ 对本条准则草案的评注，同上，第 273-274 页。

¹⁰⁷¹ 对本条准则草案的评注，同上，第 275-280 页。

¹⁰⁷² 对本条准则草案的评注，同上，第 280-284 页。

1.4.5 [1.2.6] 关于在内部履行条约的方式的声明 ¹⁰⁷³

一国或一国际组织提出单方面声明以说明该国或该组织意图在内部履行条约的方式，如该声明的目的不在于影响其他缔约国的权利和义务，则此项声明构成解释性说明并且不属于本实践指南的范围。

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 根据任择条款作出的单方面声明 ¹⁰⁷⁴

一国或一国际组织根据条约某一条款作出单方面声明，如该条款明确准许各缔约方接受并非该条约加诸缔约方的一项义务，则此项声明不属于本实践指南的范围。

此项声明中载列的限制或条件不构成本实践指南所指的保留。

1.4.7 [1.4.8] 对条约规定作出选择的单方面声明 ¹⁰⁷⁵

一国或一国际组织根据条约所载条款作出单方面声明，如该条款明确规定各缔约方须在条约的两项或几项之间作一选择，则此项声明不属于本实践指南的范围。

1.5 对双边条约的单方面声明 ¹⁰⁷⁶

1.5.1 [1.1.9] 对双边条约的“保留” ¹⁰⁷⁷

一国或一国际组织发起或签署了一项双边条约但在该条约生效前提出了单方面声明，意图藉此促使另一缔约方更改条约的规定，作为它表示最后同意接受约束的条件，则此项声明无论措词或名称为何，均不构成本实践指南所指的保留。

¹⁰⁷³ 对本条准则草案的评注，同上，第 284-289 页。

¹⁰⁷⁴ 对本条准则草案的评注，同上第五十五届会议，补编第 10 号，第 241-247 页。

¹⁰⁷⁵ 对本条准则草案的评注，同上，第 247-252 页。

¹⁰⁷⁶ 对本条准则草案的评注，同上，第五十四届会议，补编第 10 号，(A/54/10)，第 289-290 页。

¹⁰⁷⁷ 对本条准则草案的评注，同上，第 290-302 页。

1.5.2 [1.2.7] 对双边条约的解释性声明 ¹⁰⁷⁸

准则草案 1.2 和 1.2.1 [1.2.4]均适用于对多边和双边条约的解释性声明。

1.5.3 [1.2.8] 对双边条约的解释性声明获得另一缔约方接受所产生的法律效力 ¹⁰⁷⁹

作为双边条约缔约方的国家或国际组织，对该条约作出的解释性声明产生并获得另一缔约方接受的解释，构成对条约的权威解释。

1.6 定义的范围 ¹⁰⁸⁰

实践指南本章所载列的单方面声明的定义，不妨碍按照对它们适用的规则，允许发表此类声明与否及声明之效力。

1.7 替代保留和解释性声明的程序

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] 替代保留的程序 ¹⁰⁸¹

为了达到与保留类似的效果，国家和国际组织也可采取替代程序，例如：

- 在条约中增列旨在限定其范围或适用的限制条款；
- 根据一条约的明确规定缔结协定，使两个或两个以上国家或国际组织可根据协定免除或更改该条约中的若干条款在它们之间的法律效力。

1.7.2 [1.7.5] 替代解释性声明的程序 ¹⁰⁸²

为了确定或阐明一条约或其中若干规定的含义或范围，国家和国际组织也可采用替代解释性声明的程序，例如：

¹⁰⁷⁸ 对本条准则草案的评注，同上，第 302-306 页。

¹⁰⁷⁹ 对本条准则草案的评注，同上，第 306-307 页。

¹⁰⁸⁰ 对本条准则草案的评注，同上，第 308-310 页。

¹⁰⁸¹ 对本条准则草案的评注，同上，第五十五届会议，补编第 10 号，(A/55/10)，第 253-269 页。

¹⁰⁸² 对本条准则草案的评注，同上，第 270-272 页。

- 在条约中增列旨在解释该条约的规定；
- 为同一目的缔结补充协定。

2. 程序

.....1083

2.2.1 正式确认在签署条约时提具的保留

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提具的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提具。

2.2.2 [2.2.3] 在签署条约时提具的保留无须予以确认的情况

如一国或一国际组织通过签署条约表示同意接受其约束，在签署该条约时提具的保留无须事后予以确认。

2.2.3 [2.2.4] 条约明文规定可在签署时提具的保留

如一条约明文规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提具保留，在当时提具的保留无须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。

.....1084

2.3.1 过时提具的保留

除非条约另有规定，一国或一国际组织不得在表示同意受条约约束后提具保留，但其他缔约方不反对过时提具保留者除外。

¹⁰⁸³ 特别报告员提出的第 2.2 节，论及签署时对保留的确认。

¹⁰⁸⁴ 特别报告员提出的第 2.2 节，论及签署时对保留的确认。

2.3.2 同意过时提具保留

除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起12个月期限届满之后，仍未对一过时提具的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

2.3.3 反对过时提具保留

如一条约缔约方反对过时提具保留，则条约应在该项保留不成立的情况下对保留国或保留国际组织生效或继续有效。

2.3.4 事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

- (a) 对先前作出的保留加以解释；或
- (b) 事后根据任择条款作出单方面声明。

.....1085

2.4.3 可以提具解释性声明的时刻

在不妨碍准则 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7]和 2.4.7 [2.4.8]的规定的条件下，解释性声明可以随时提具。

2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提具的解释性声明

如一国或一国际组织通过签署条约表示同意接受其约束，在签署该条约时提具的解释性声明无须事后予以确认。

¹⁰⁸⁵ 特别报告员提出的第 2.3 节，论及保留的提具。

2.4.5 [2.4.4] 正式确认在签署条约时提具有条件解释性声明

凡在签署须经批准、正式确认、接受、核准的条约时提具有条件的解释性声明，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项解释性声明应被认为在其确认之日提具。

2.4.6 [2.4.7] 过时提具解释性声明

当条约规定只能在特定时间内提具解释性声明时，一国或一国际组织不得在其后提具解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提具的解释性声明。

2.4.7 [2.4.8] 过时提具有条件解释性声明

在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得提具有有关该条约的有条件的解释性声明，除非其他缔约方不反对该项过时提具的有条件解释性声明。

2. 国际法委员会第五十三届会议通过的准则草案及评注

157. 委员会第五十三届会议通过的准则草案及评注如下：

2.2. 对签署时提具的保留的确认

准则草案第 2.2.1、2.2.2 和 2.2.3 条是关于对在签署一项条约时提具的保留的确认。虽然 1969 年和 1986 年的《维也纳公约》第 23 条第 2 款已作出这一规定，但并不是绝对的。如准则草案第 2.2.2 条所述，一条约仅因其得到签署而生效，这显然是无意义的。而且当条约本身包含一条款，明文规定可在签署时提具保留，同时又要求遵守条约时，这个保留条款也将丧失任何意义(见准则草案 2.2.3)。

2.2.1 正式确认在签署条约时提具的保留

凡在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提具的保留，须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该项保留应被认为在其确认之日提具。

评 注

(1) 准则草案 2.2.1. 载录了 1986 年关于国家和国际组织之间或国际组织之间条约法的维也纳公约第 23 条第 2 款的同一措词。正如委员会在其对准则草案 1.1¹⁰⁸⁶ 的评注中所指出的, 这是符合实践指南的宗旨的, 即在一个单一文件中汇集所有对保留所建议的规则和惯例。

(2) 1986 年《公约》第 23 条第 2 款的案文, 与 1969 年《公约》的相应规定完全相同, 唯一的差别是它提到了当一个国际组织为一项条约的缔约方时所应遵循的程序。由于它更为完整, 因此采用了 1986 年而不是 1969 年的行文。

(3) 这项规定源自汉弗莱·沃尔多克爵士编写的关于条约法的第一次报告所提出的建议, 包括一项根据“除非在批准文书内指出维持保留, 否则假定将予放弃”原则的规定(第 17 条, 第 3(b)款)。¹⁰⁸⁷ 特别报告员没有掩饰“即使确实存在任何这种规则的话, 显然, 人们对这方面现行的规则到底是什么, 也可能持有不同意见。”¹⁰⁸⁸ 并特别提到哈佛草案第 14(d)款。¹⁰⁸⁹ 其中提出相反的假设。¹⁰⁹⁰

(4) 国际法委员会在 1962 年没有经过多少讨论就通过的¹⁰⁹¹ 关于条约法的条款草案第 18 条第 2 款中, 提出了有义务确认一项在签署时提出的保留的原则, 该条一般是指在通过条文之前作出的保留。

(5) 1962 年的评注简要说明了委员会通过规则的理由:

¹⁰⁸⁶ 《大会正式记录, 第五十三届会议, 补编第 10 号》(A/53/10), 第 196 页, 评注第 (2) 段。

¹⁰⁸⁷ 《1962 年……年鉴》, 第二卷, 第 75 页。

¹⁰⁸⁸ 同上。

¹⁰⁸⁹ 沃尔多克引述第 15.d 条有误。

¹⁰⁹⁰ “如一国在签署一项条约时提出保留, 其后来的批准将使该国同其它成为或可能成为缔约国的国家的关系的保留生效”; 《1950 年……年鉴》第二卷第 243 至第 244 页转载了哈佛草案。

¹⁰⁹¹ 参看第 651 至第 656 次会议的简要记录(1962 年 5 月 25 日至 6 月 4 日), 《1962 年……年鉴》, 第一卷, 第 155 至 195 页。

“在谈判期间有时会提出一项保留，并确切载入会议记录。这些雏形的保留有时会在事后成为正式的保留。但看来非常重要的一点是，有关国家应以某种方式正式重申其声明，以使其实际上提出保留的意愿明确无误”。¹⁰⁹²

(6) 在二读期间，由于某些国家的提议，有关保留程序的条款草案，行文作了较大的简化；那些政府认为其中许多条款草案“更适宜放在建议的实践守则中”。¹⁰⁹³ 根据特别报告员汉弗莱·沃尔多克爵士的建议通过了新条款，¹⁰⁹⁴ 它与第 23 条第 2 款的现有案文唯一不同的是“在通过案文时”¹⁰⁹⁵ 提具保留的措词，在维也纳会议被形容为“难以理解”的情况下删除了这些措词。¹⁰⁹⁶ 对此项规定的评注，几乎逐字载列 1962 年的案文，¹⁰⁹⁷ 并补充如下：

“第 2 款涉及在后来阶段提出的保留(谈判后)：在通过案文或在签署须经批准、接受或赞同的条约时。关于这方面，委员会同样认为重要的是，在确实同意接受约束时，国家应切实确定对保留的最后立场。因此该款规定，如国家想要保持保留，就应正式确认保留。同时，规定在这些情况下，将视保留在其确认之日提出，这一点对第 17 条[在公约的案文中为第 20 条]第 5 款的执行很重要。”¹⁰⁹⁸

(7) 《1969 年公约》第 23 条第 2 款的规定照录在《1986 年公约》中，只是因为列入国际组织¹⁰⁹⁹ 和引进“正式确认”的概念(有可能造成该概念和第 23 条“简

¹⁰⁹² 《1962 年……年鉴》第二卷，第 199 页。

¹⁰⁹³ 瑞典的意见，同上，第二卷，第 47 页。

¹⁰⁹⁴ 同上，第 53-54 页。

¹⁰⁹⁵ “如果在通过案文或签署条约时提出……”(《1966 年……年鉴》，第二卷，第 208 页)。

¹⁰⁹⁶ “第 2 款内的“在通过案文时”这一句在会议最后批准该条时在委员会的案文中神秘地消失了”(J.M.Ruda, “对条约的保留”，RCADI, 1975 - III 第 146 卷，第 195 页)。

¹⁰⁹⁷ 见对本条准则的评注第(5)段。

¹⁰⁹⁸ 见《1966 年……年鉴》第二卷，第 227 页。《维也纳公约》第 20 条是关于接受保留和拒绝保留。

¹⁰⁹⁹ 见保罗·路透的第四次和第五次报告，《1975 年……年鉴》，第二卷，第 41 页和《1976 年……年鉴》，第二卷，第一部分，第 154 页。

单”确认保留的概念之间的混淆¹¹⁰⁰)的缘故而作出了文字上的修改,1986年维也纳会议通过国际法委员会所编制的案文,¹¹⁰¹对法文本没有作任何修改。¹¹⁰²

(8)毫无疑问,在通过《1969年公约》第23条第2款时该条款涉及逐渐发展而不涉及按严格意义的编纂,¹¹⁰³可以认为,正式确认在签署正式条约时提出的保留的义务,已变为成文法一部分。该规则在《1969年公约》中形成并在《1986年公约》中得到确认,又在实践中得到执行(但非有系统地)¹¹⁰⁴似乎能够满足必要法律概念的条件,使之具备习惯法的地位。¹¹⁰⁵

¹¹⁰⁰ 见1977年6月6日第1434次会议关于此专题的讨论,《1977年年鉴》,第一卷,第101至第103页。委员会意识到这些危险但不认为应改变今日已为大家所接受的用语。

¹¹⁰¹ 《1982年……年鉴》第二卷,第二部分,第38页。

¹¹⁰² 起草委员会主席,Al-Khasawneh先生指出对英文本作了修改,把“由一项条约”改为“由条约”……第5届全体会议,1986年3月18日,会议记录,第15页,第63段。

¹¹⁰³ 见汉弗莱·沃尔多克爵士的第一次报告,前引书,第236段。另见:D.W.Greig,“Reservations: Equity as a Balancing Factor?”,《1995年澳大利亚国际法年鉴》,第28页,或Frank Horn,《Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties》,T.M.C. Asser学院,瑞典国际法学院,《1988年国际法研究》,第五卷,第41页。

¹¹⁰⁴ 不过,联合国秘书长的做法与法律顾问1976年所表示的信念不一致,(见下文注1105)因为前者在题为《秘书长保存的多边条约》的宝贵出版物中列入在签署条约时提出的保留,不管保留后来是否得到确认,即使假定国家在表示确实同意受约束时提出其它保留。见,举例说,联合国《秘书长保存的多边公约》,截至1999年12月31日的情况,第一卷第496页,土耳其对《1972年12月2日有关集装箱的关税公约》作出的保留,或第351和353页;伊朗和秘鲁对1988年12月20日《联合国禁止非法贩卖麻醉品和精神药物公约》所作保留;这种做法可能反映对保存者作用的机械性态度,并不涉及对有关声明的有效性或性质作出任何价值评判。

¹¹⁰⁵ 举例说,见联合国法律顾问在备忘录中说明,“秘书长作为多边条约保存人关于…与不载有这方面的规定的条约有关的保留和反对保留的做法”,根据《1969年维也纳公约》第23条第2款,总结认为:“如果在签署须经确认时提出的保留,只有声明的效力,具有签署本身的相同法律效力。必须在批准时确认;否则保留被视为撤回”。(《联合国法律年鉴》1976年,p.219)1980年;欧洲委员会改变这方面的做法;(参看Frank Horn,《Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties》,前引书,和Jorg Polakiewicz,《Treaty-Making in the Council of Europe》,1999年,欧洲委员会出版物,第96页。)在对委员会关于条约保留的问卷的答复中,答复问题的国家指出,一般来说,它们是在批准或加入时确认在签署条约时所提出的保留。

(9) 在法律文献中, 1969年和1986年的《维也纳公约》第23条第2款的规则现已似乎获得普遍赞同,¹¹⁰⁶ 尽管过去并非一贯如此。¹¹⁰⁷ 不管怎样, 不论对此有何反对意见, 都不至于对两项《维也纳公约》所列的明确规则构成挑战。委员会已决定原则上遵守这一规则, 除非普遍对此表示反对。

(10) 虽然这项规定中的原则已得到普遍赞同, 委员会仍提出了下面三个问题:

国家继承对落实该原则的影响;

没有完全列出在签署时提具的保留必须得到确认的情况; 以及特别是

在签署条约案文前所作的一些声明构成的“不成熟的保留”,¹¹⁰⁸ 是否应予提及。

(11) 有人提出对第23条第2款的措辞是否应予补充, 以考虑继承国按照准则草案1.1作出继承通知时提具保留的可能性¹¹⁰⁹, 从而使1986年《公约》第2条第1(d)款所载的保留定义更加完整。委员会认为答案并不很简单。初看之下, 继承国在发出继承通知时可以确认或撤消先前国所作的保留¹¹¹⁰, 也可以提具新的保留;¹¹¹¹ 因此, 在这两种情况下, 继承国在签署时都不必对保留加以确认。但根据1978年的公约第18条第1和第2款, 在某些条件下, 新独立国家可通过继承通知对在国家继承时虽未生效、但先前国本身是缔约国的多边条约, 确立其为该条约缔约国或缔约方的地位。然而, 根据1969年《维也纳公约》第2条(f)款和1986年公约第2条(k)款, “‘缔约国’是指不论条约已否生效、同意接受条约约束的国家”——它指的是一个国家, 而不仅仅是一个签字。反过来也就是说, 条约的“签署是不可能(经过批

¹¹⁰⁶ 尤其见 D. W. Grieg, “保留: 以公平为平衡因素?”, 《澳大利亚国际法年鉴》, 1995年, 第28页, 或 P. h. Imbert, 《对多边条约的保留》, 巴黎, Pedone, 1979年, 第285页。

¹¹⁰⁷ 见 Imbert, 同前, 第253至254段。

¹¹⁰⁸ 见对本条准则草案的评注第(5)段。

¹¹⁰⁹ 《大会第五十三届会正式文件, 补编第10号》(A/53/10)第213页。

¹¹¹⁰ 参阅1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》, 第20条第1款。

¹¹¹¹ 参阅第20条第2款。

准或类似程序¹¹¹²)¹¹¹³继承的”,因此不应将继承的通知这一概念引进准则草案 2.1.1 内。¹¹¹⁴

(12) 其次,委员会提出是否应在起草本草案时考虑准则草案 1.1.2(“可提具保留的情况”)¹¹¹⁵。问题不在于对作出确认的时间加以规定,因为 1969 年和 1986 年的两个《维也纳公约》第 23 条第 2 款的提法与委员会在准则草案 1.1.2 所用的措辞相同(“表示同意接受条约约束时”)。但是,人们可以认为,第 23 条第 2 款列举的情况似乎限制了最后表示同意接受条约约束的可能方式(批准、正式确认、接受或核准),范围太窄,与第 11 条列举的方式不相呼应。

(13) 虽然它的一些成员持有异见,但委员会认为,这种关切有些过头:1969 年《维也纳公约》第 11 条与 1986 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的措辞之间的区别,在于后者略去了前者所设想的以下两种可能性:“交换构成条约的文书”和“任何其他同意之方式”。¹¹¹⁶ 一国或一国际组织通过其中一种方式表示除保留外最后同意接受某一多边条约约束的可能性很低,似乎无需在准则草案 2.2.1 条赘言,或在《实践指南》第 2 章中列入一项等同于准则草案 1.1.2 的准则。

¹¹¹² 见准则草案 2.2.2。

¹¹¹³ 但《截至 1999 年 12 月 31 日交给秘书长保存的多边条约的现况》这一出版物却在脚注中不加评论地提到了由先前国在签署时提具、显然未经继承国正式确认的保留;例如,见在关于捷克共和国和斯洛伐克的脚注中提到的捷克斯洛伐克对 1982 年《联合国海洋法公约》的保留(ST/LEG/SER.E/18(第二卷),销售品编号 F.00.V.2,第 247 和 248 页,注 6)。

¹¹¹⁴ 按照 Claude Pilloud 的观点,“似乎应确认的是,类推于签署时表示的保留,在适用第 23 条第 2 款的规则时,已声明继承适用 1949 年日内瓦四公约的国家如有意赞同[先前国]表示的保留,应在其继承适用声明中明白表示”,“Les reserves aux Conventions de Geneve de 1949”,《红十字国际评论》,1976 年 3 月-4 月,第 135 页。是否可作如此类推是个疑问;将在今后关于对保留的继承的报告中审议这一问题。

¹¹¹⁵ “根据准则 1.1 可提具保留的情况,包括 1969 和 1986 年的《维也纳条约法公约》第 11 条提到的所有表示同意受条约约束的方式”,见《大会正式记录:第五十三届会议,补编第 10 号》(A/53/10)第 221 页。

¹¹¹⁶ 关于第 2 条第 1(d)款与第 11 条之间的比较的类似评论,见准则草案 1.1.2 的评注,《大会正式记录,第五十三届会议,补编第 10 号》(A/53/10),第 181 至 182 页,第(8)段。

(14) 其三，委员会的若干成员认为，应考虑到有可能发生下述情况：保留不是在签署条约时提具而是在之前提具。他们认为，并无任何事物禁止一个国家或一个国际组织正式向其伙伴表明对在确认阶段¹¹¹⁷或在以前的谈判阶段¹¹¹⁸通过的案文提具的保留。

(15) 而且，国际法委员会在条款草案第 19 条(后来成为 1969 年公约第 23 条)中也考虑到这一点，1966 年通过的条款草案最后案文第 19 条第 2 款规定：“保留如在通过案文时提具，须由保留国在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，此项保留应被视为在其确认之日提具”。¹¹¹⁹委员会在评论此项规定时指出：“在实践中，在缔结一项条约的各个阶段都可提具保留”。并提出为什么它认为必须在签署表示同意接受约束时确认保留¹¹²⁰，它又说：

“有鉴于此，第 16 条[目前的第 19 条]不承认谈判期间作出的保留声明是提具保留的一种方法，本条也未予提及。”¹¹²¹

(16) 如上述，¹¹²²由于 1968 至 1969 年的维也纳会议期间“神秘”情况下，1969 年《维也纳公约》第 23 条第 2 款的案文没有提及通过案文这一点，这可能是考虑到必须与第 19 条起首部分的措辞一致。

(17) 然而，大多数的成员反对通过关于这一方面的准则草案，他们怕这样做会鼓励作出更多企图限制条约案文范围的声明，而这些声明是在通过其案文前作出的，因此不符合保留的定义。

¹¹¹⁷ 此外，1969 年和 1986 年两个《维也纳公约》第 10 条论及签署时也提到或草签、或签署一项尚待核准的条约作为认证约文的方法。关于认证“作为缔约过程的独特部分”，见国际法委员会的条约法条款草案第 9 条(维也纳会议上成为第 10 条)的评注，《1966 年……年鉴》，第二卷，第 212 页。

¹¹¹⁸ 关于这方面，见日本对《1971 年 4 月 14 日粮食援助公约》第 2 条所提保留，这一保留是日本与其伙伴国在谈判案文时提出的，并在签署时作出声明，在存放批准文书时提具的，1972 年 5 月 12 日。

¹¹¹⁹ 见《1966 年……年鉴》第二卷 226-227 页。

¹¹²⁰ 见对本条准则草案的评注第(5)段。

¹¹²¹ 《1966 年……年鉴》第二卷第 208 页，评注第(3)段。

¹¹²² 见对本条准则草案的评注第(6)段。

2.2.2[2.2.3] 在签署条约时提具的保留无须予以确认的情况

如一国或一国组织通过签署条约表示同意接受其约束，在签署条约时提具的保留无须事后予以确认。

评 注

(1) 准则草案 2.2.1 所采用的办法忠实于维也纳条约的案文，明确意味这样编纂的规则只适用于正式形式的条约，也就是那些不仅仅因为签署便生效的条约。¹¹²³ 但对于在签署后不需要任何其他手续即可生效的条约，即法国法学理论所说的“简化形式的协定”，¹¹²⁴ 不言而喻的是，保留如在签署条约时提具，则立即生效，正式予以确认既无必要，甚至难以想象。

(2) 但是，委员会不知道任何明确的例子，说明在签署简化形式的多边协定时作出的保留。不过，肯定不能完全排除这种可能性；即使仅仅是因为还存在“混合型条约”，如果当事方选择，这些条约允许只经签署或批准即告生效，而且这些条约允许提出保留或载有保留条款。¹¹²⁵

¹¹²³ 关于正式形式的条约与简化形式的协定之间的区别，请具体参见：C.Chayet, “简化形式的协定”，《法国国际法年鉴》，1957年，第1至13页；P.Daillier和A. Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), 巴黎, L. G. D. J., 第6版, 1999年, 第136至144页；P. F. Smets, *La conclusion des accords en forme simplifié*, 布鲁塞尔, Bruylant, 1969年, 284页。

¹¹²⁴ 尽管涉及简化形式的协定的程序更经常用于缔结双边条约，而不是多边条约，但就多边条约来说，也并非完全没有这种情况，可以举出若干仅经过签署便生效的多边协定的例子。例如，1947年《关税和贸易总协定》就属于这种情况(至少就签署《临时适用议定书》之后其大部分规定即告生效而言)，1962年7月23日《关于老挝中立问题的日内瓦宣言》或关于在亚洲及太平洋区域建立一个食品和肥料技术中心的协定。

¹¹²⁵ 参看1971年8月20日关于国际通信卫星组织(通信卫星组织)的协定第十九条；也见《1971年精神药物公约》(第32条)、1974年4月6日《班轮公会行为守则》和《1999年国际扣船公约》第12条第2款。

(3) 另一方面, 这项规则实际上源于 1969 年和 1986 年两个《维也纳公约》第 23 条第 2 款的案文; 准则草案 2.2.1 予以转载。但是, 鉴于《实践指南》的实用性, 在准则草案 2.2.2 中对此加以确切阐明并不为过:

(4) 虽然委员会有些委员偏向于“简化形式的协定”这一用语, 这个术语在法语著述中很通行, 但是最好还是不用这一术语, 因为《1969 年维也纳公约》也没有使用这一术语。

(5) 此外还有一个问题, 即对一项暂时生效或在等待批准时暂时执行的条约提具的保留¹¹²⁶——并假设是在签署时提出的——是否应在其作者表明确实同意受其约束时作出确认。委员会认为这个情况与准则草案 2.2.2 所述情况不同, 没有理由采取违背准则草案 2.2.1 所规定的原则的解决办法。因此, 似乎不需要拟订一项独立的准则草案。

2.2.3[2.2.4] 条约明文规定可在签署时提具的保留

如条约明文规定一国或一国际组织可以选择在签署条约时提具保留, 在当时提具的保留无须由保留国或保留国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。

评 注

(1) 在准则草案 1.2.1 所规定的情况外, 还可能发生另一种情况: 要求在签署时确认所提具的保留似乎多余, 也就是说, 条约本身已明确规定这样一种可能性, 无须予以确认。因此, 例如, 欧洲委员会 1963 年《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务公约》规定:

“任何签约方在签署本公约或交存其批准书、接受书或加入书时, 均可声明将利用本公约附件所规定的一项或多项保留”。¹¹²⁷

¹¹²⁶ 参看《1969 年和 1986 年维也纳公约第 24 和 25 条。

¹¹²⁷ 有很多例子, 如: 《关于减少无国籍状态的纽约公约》第 17 条(《联合国条约集》第 989 卷, 第 175 页); 欧洲委员会 1988 年《税务事项行政互助公约》第 30 条(ETS, No.127); 1997 年《欧洲国籍公约》第 29 条(ETS, No.166); 1989 年《继承亡者不动产适用法海牙公约》第 24 条(《海牙国际私法会议第十六届会议议事录》Tome II.1990, 第 526 页)。

(2) 在这类情况下，实际做法似乎是不要求在签署时提具保留的缔约方在表示最后同意接受约束时确认该项保留。因此，回到原来的例子上，法国在签署 1963 年公约时提出了保留，但事后并没有予以确认。¹¹²⁸ 同样，匈牙利和波兰也没有确认它们对 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 20 条所作的保留，而该公约第 28 条第 1 款规定，在签署时可作这样的保留。卢森堡也没有确认其对 1951 年 7 月 28 日《难民地位公约》的保留，厄瓜多尔也没有确认其对 1973 年 12 月 17 日《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的保留。¹¹²⁹ 但是，其他国家¹¹³⁰ 的确在批准时确认了同一保留。

(3) 委员会委员对于这种不确定的做法各有不同的意见，但他们都同意应在实践指南中就这一点采取立场。

(4) 一些委员认为在这一类情况下，不应排除《维也纳公约》第 23 条第 2 款所载的一般规定，因为这个完全照搬第 11 条规定的保留条款，将会因此而失去任何实际作用。

(5) 然而，根据委员会大多数成员的意见，《维也纳公约》第 23 条第 2 款所载的规则，象其所有条款一样，只在性质上带有决定性，且只在条约沉默的情况下适用，不然的话，有关在签署时提具保留的可能性的规定就失去任何作用了。他们认为，这种做法的不确定性的原因是，如果在这类情况下不需要正式确认，却也不排

¹¹²⁸ 欧洲委员会，欧洲法律合作委员会，《欧洲法律合作委员会公约及其对这些公约的保留》，秘书处的说明，欧洲法律合作委员会(99)36,斯特拉斯堡，1999 年 3 月 30 日，第 11 页。比利时对 1988 年《税务事项行政互助公约》所作的保留也属于这种情况(同上，第 55 页)。

¹¹²⁹ 《交存秘书长保管的多边条约……》第一卷，第 221 页；同上，第一卷，第 272 页，和第二卷，第 118 页。匈牙利后来撤回了保留。

¹¹³⁰ 白俄罗斯、保加利亚(后来撤回了保留)、摩洛哥、捷克斯洛伐克(捷克共和国和斯洛伐克后来撤回了保留)、突尼斯、乌克兰(后来撤回了保留)；同上，第 220 至 223 页和第 230 至 232 页。

除以下的可能：在签署一项明白允许在签署时可提具保留的公约时所提具的保留本身已足够，然而并不禁止提具保留的国家予以确认；¹¹³¹ 即使它们没有这种义务。

(6) 因此，委员会赞同“最低限度”做法，这是合乎逻辑的，因为条约明文规定了在签署时可提具保留。大多数委员的意见是，如果不承认这一原则，许多在签署时提出但未经确认的保留，将不得不作为或无效，即使提具这些保留的国家所根据的是条约本身的案文。

2.3 过时提具保留

(1) 《实践指南》第2章第3节专门讲通常称之为“过时保留”这个特别敏感的问题。然而，委员会比较喜欢说“过时提具保留”，以便清楚地指出，所讲的不是一种新的或单独一类的保留，而是作为保留所提出的声明，但是这些保留没有遵守它们原则上可以被如此考虑的时限，因为可以提具保留的时限在保留本身的定义中有具体规定¹¹³²。

(2) 然而，在实践中，一国¹¹³³ 试图在与维也纳定义所规定的时间不同的时候提具保留的现象并不罕见，这种可能性也许有某些确切的好处，在实践中并没有被完全排除。

(3) 在表示同意接受约束后，一国不能通过对某项保留作出解释，而回避条约规定的某些义务。这种做法不能轻易予以认可，而且《实践指南》这一节的基本目的乃是指出这种做法必须遵守的严格条件。准则草案 2.3.1 申明这样一条规则，即过时提具保留从原则上说应该予以排除，其后的准则草案规定，对这条原则的任何例

¹¹³¹ 而且这类“预防性确认”很常见(例如，见白俄罗斯、巴西(但是，巴西只确认了其最初三项保留中的两项)、匈牙利、波兰、土耳其或乌克兰对 1971 年《精神药物公约》所作的保留，同上，第 333 至 336 页)。

¹¹³² 参照 1969 年和 1986 年《维也纳条约法公约》第 2 条(d)款和 1978 年《维也纳国家继承公约》第 2 条 1(j)款关于条约部分，以及准则草案 1.1《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 196 页)：“称‘保留’者，谓一国在通知继承一条约时[...]于签署、批准、正式确认、接受、赞同或加入条约时所作之单方面声明[...]”；又见准则草案 1.1.2, 同上，第 203 页。

¹¹³³ 据委员会所知，迄今还没有一个国际组织过时提具保留的例子。

外,都必须遵守下列基本条件:在12个月期间无一例外地不受到所有其他缔约方的反对(准则草案2.3.1,2.3.2和2.3.3)。此外,准则草案2.3.4旨在防止通过保留以外的方式绕过过时提具保留原则而排除这个原则。

2.3.1 过时提具保留

除非条约另有规定,一国或一国际组织不得在表示同意受条约约束后提具保留,除非其他缔约国都不反对过时提具保留。

评 注

(1) 除非一项条约另有规定(这样的事情总是可能的¹¹³⁴),明确同意受到约束的表示,对于缔约国来说构成可以提具保留的最后(鉴于关于正式确认谈判期间和签署之时所提具的保留的要求,也是唯一的)时间。这条在法律文书¹¹³⁵中被一致承认的,产生于保留定义¹¹³⁶本身的,而且也是1969年和1986年《维也纳公约》¹¹³⁷第19条的“起始部分所涵示的规则,在实践中受到广泛的遵守¹¹³⁸。它被国际法院

¹¹³⁴ 例如,有些保留条款具体规定“对于本《公约》的一条或数条规定的保留可以在批准或加入本《公约》之前的任何时候作出……”。(1960年7月29日《关于核能领域第三方责任公约》)或“至迟至批准或同意参加之时为止,每一国可作出条款中所预期的保留……”(1961年10月5日关于保护婴儿的《海牙公约》);这些例子都是由P.H. Imbert在《多边条约中的保留》,巴黎, Pedone, 1979年,第163页-164页,中引用的);同时参见这条评注第(3)段中所举的例子。

¹¹³⁵ Giorgio Gaja 特别有力地申明了这一点:“一国可以作出保留的最后时间是当它同意受到该条约约束的时候”(《难驾驭的条约保留》摘自《编纂成典时的国际法—献给Roberto Ago的研究》,米兰, Giuffrè, 1987年,第一卷,第310页)。

¹¹³⁶ 参见上文脚注1。

¹¹³⁷ “一国[或一个国际组织]可以在签署、批准、[正式确认]、接受、赞同或加入条约时提具保留……”

¹¹³⁸ 此外,这也说明了为什么各国有时试图通过把实际上符合保留的定义的单方面声明称为“解释性声明”来绕过关于不准在一项条约生效之后提具保留的禁令(参见对准则草案1.2的评论第(27)段(“解释性声明的定义”),《大会正式记录,第五十四届会议,补编第10号》(A/54/10),第236页)。

在 1988 年 12 月 20 日关于边界和跨边界武装行动案件的判决中视为实在法的一个组成部分：

“……《波哥大条约》第五十五条使得各缔约国能够对“对于制定该文书的国家来说，应在对等的基础上适用于所有签字国”的文书作出保留。在没有特别的程序性规定的情况下，这些保留可以根据 1969 年《维也纳条约法公约》编纂成典的普通国际法关于这一点的规则，在签署或批准本条约时，或在同意参加本文书时作出。”¹¹³⁹

(2) 委员会的一些委员认为，这类声明是否符合准则草案 1.1 条对保留的定义，仍有问题。不过，在表示同意受到约束之后不得提具保留的原则“不是绝对的。它只有当各缔约国没有按照约定方式以一种或另一种形式授权提具新的保留时”¹¹⁴⁰，或没有进一步限制可以提具保留的时刻时才适用。

(3) 尽管过时提具保留的可能性“在国际法委员会或维也纳会议期间都从来没有予以考虑”¹¹⁴¹，但它却是比较常见的¹¹⁴²。因此，例如：

1912 年 7 月 23 日的《关于统一有关汇票的法律的公约》第 29 条规定：

“希望利用第 1 条第 2 款或第 22 条第 1 款的保留的国家，必须在其批准或同意参加的文书上具体写明该保留……”

“今后希望利用上文所提到的保留¹¹⁴³的缔约国，必须将其意愿以书面通知荷兰政府……”。¹¹⁴⁴

¹¹³⁹ 《1988 年，国际法院报告书》，第 85 页。

¹¹⁴⁰ Jean-Francois Flaus “Le Contentieux de la validite des reserves a la CEDH devant le Tribunal federal suisse: Requiem pour la declaration interpretative relative a l'article 6, paragraphe 1”, R.U.D.H.1993 年，第 302 页。

¹¹⁴¹ P.H.Imbert, 《多边条约中的保留》，巴黎，Pedone, 1979 年，第 12 页，注 14。

¹¹⁴² 此外还可参见 P.H.Imbert 在《多边条约中的保留》，巴黎，Pedone, 1979 年，第 164 页-165 页所举的例子。

¹¹⁴³ 事实上，这里的意思不是保留，而是保留条款。

¹¹⁴⁴ 又见 1930 年 6 月 7 日规定关于汇票和期票的一项统一法律的《公约》第 1 条第 3 款和第 4 款，以及 1931 年 3 月 19 日规定统一的支票法的《公约》第 1 条第 3 款和第 4 款：“不过，第……条所提及的保留可以在批准或加入以后作出，但是必须将此种保留通知国际联盟秘书长……”；“每一个高级缔约方可以在紧急情况下，利用第……条所载的保留…… 即使是在批准或加入之后……”。

同样，根据 1955 年的《海牙议定书》¹¹⁴⁵——修订了 1929 年 10 月 12 日在华沙签订的《关于统一国际航空运输部分规定的公约》——第二十六条规定：

“一国可以在任何时候通过致波兰人民共和国政府的一则通知声明，经本《议定书》修订的本《华沙公约》不适用为在该国登记的其军事当局空运人员、货物和行李，该全部能力由或为了该当局所保留，否则不得对本《议定书》作任何保留”；

1973 年 10 月 2 日关于对已故人员财产的国际管理的《海牙公约》第 38 条规定：

“希望行使第 4 条、第 6 条第 2 款、第 30 条第 1 款和第 3 款以及第 31 条所设想的一种或数种选择的缔约国，应当在交存其批准、接受、赞同或加入文书的时候或其后将这一点通知荷兰外交部”；¹¹⁴⁶

根据 1988 年 1 月 25 日(欧洲理事会)关于税务方面的相互行政协助的《公约》第 30 条规定：

“在本《公约》对一方生效之后，该方可以作出它在批准、接受或赞同的时候没有作出的第 1 款所列举的一种或数种保留。此种保留将在保存国之一收到该保留之日后三个月期满后的第一个月的第一天生效。”；¹¹⁴⁷

同样，1999 年 3 月 12 日《关于扣留船只的国际公约》第 10 条第 1 款规定：

“任何国家可以在签署、批准、接受或加入时或其后任何时候，保留权利将本《公约》的适用性从下列任何或所有项目中排除...”

(4) 这一点本身的问题并不特别大，而且符合维也纳规则只具有残余性质的观点(因为《实践指南》中的准则也将是这样，而且理由更加充分)。但是，既然牵涉

¹¹⁴⁵ 《联合国条约集》第 478 卷,389 页。

¹¹⁴⁶ 参见 1978 年 3 月 14 日关于适用婚姻财产制度的《海牙公约》第 26 条：“在本《公约》对该国生效之日有一套复杂的国家效忠制度的缔约国，可以为了本《公约》的目的，不时以声明具体规定如何对引述其国家法作出解释”。这个规定可能是指一种解释性声明，而不是保留。

¹¹⁴⁷ 该《公约》于 1995 年 4 月 1 日生效；看来没有任何缔约国行使过这个规定中所设想的选择。同时参见 1978 年《关于外国法律信息的欧洲公约》的议定书第 5 条，“受第一章和第二章这两章的规定约束的任何缔约方可以在任何时候通过致欧洲理事会秘书长的一份通知，声明它只受第一章和第二章两章中的任何一章的约束。此种通知在收到该通知之日后的六个月生效。”

到减损一条目前已作为习惯法接受，又收入《维也纳公约》的规则，看来有必要在条约中对这样的减损有明确的规定。委员会想在准则草案 2.3.1 中澄清这一原则，尽管为了强调过时提具保留应具有特殊性，在法律上并非必须这样做。

(5) 诚然，欧洲人权事务委员会在这方面是灵活的，因为它似乎裁定《罗马公约》的缔约国可以援引早先的一则保留所覆盖的国家立法的修正案，来同时修订该保留的范围而不违反《公约》第 64 条对于提具保留的选择的时限。但是，这个先例的范围¹¹⁴⁸并不清楚，而且很可能委员会之所以采取这个立场，是因为其实它的修正案在实际上没有对于有关国家的义务产生额外的限制。¹¹⁴⁹

(6) 不管是哪一个案例，关于应该有一项明确准许在表示同意受到约束之后提具保留的条款的要求是至关重要的，因为有特别紧迫的实际理由使得需要这样做，委员会在其对于准则草案 1.1.2 关于在保留的定义本身中加入时限的评论中阐述了这些理由：“由于一项允许各方在任何时候提具保留的制度在法律关系稳定性方面的缺点非常严重，在保留的定义本身中加入可以作出保留时限的想法已经越来越为人们所接受。这实际上是 *pact sunt servanda*(条约必须遵守)的原则本身会出现问题，因为任一缔约方在任何时候都可以通过提具保留的办法对其条约义务提出疑问；此外，这样做会使得保存方的任务过分复杂化。¹¹⁵⁰ 由于应该尽量避免过时提具保留，准则草案 2.3.1 开端处“除非条约另有规定”的字样应当予以狭义的解释。

(7) 但是，关于对作出明确规定的基本要求，并不是一项保留原则上必须不迟于在表示同意受到约束的时候作出这条规则的唯一例外。

¹¹⁴⁸ 例如参见《X 协会诉奥地利》，第 473/59 号申请，欧洲人权大会年鉴第 2 号，第 405 页；《X 诉奥地利》，第 1731/62 号申请，同上，第 7 号，第 192 页；或《X 诉奥地利》，第 8180/78 号申请，DR20，第 26 页。

¹¹⁴⁹ 委员会在第 1731/62 号案例中采取的观点是，“1958 年 9 月 3 日奥地利所作的保留……覆盖 1962 年 7 月 5 日的法律，其结果是不逆推地扩大委员会不再控制的领域”，《欧洲人权大会年鉴》第 7 号，第 202 页。

¹¹⁵⁰ 《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第(3)段，第 206 页-207 页。

(8) 目前的实践中出现这样的情况，即其他缔约方可能一致接受一项过时保留，而这种允诺(可能是默许)可以被视为一种附带协议，在时间上展延提具保留的选择—如果不是对总的有关条约的保留，那么至少是有关的一则或数则保留。

(9) 这个可能性已经被视为对这样一条原则的解释，即“各缔约方是一项条约的最终监护者，而且可以随时赞同采取非常程序来处理特殊问题”。¹¹⁵¹ 如同已经指出的那样，在任何情况下，“解决办法必须被理解为是由实际考虑所决定的。一个缔约方总是可以¹¹⁵² 自由重新加入同一项条约，这次是通过建议某些保留来加入。由于不管选择两个办法中的哪一种结果都是一样，所以，简而言之，似乎采取比较迅速的程序来得更加合宜一些...”。¹¹⁵³

(10) 一开始，联合国秘书长保持他从1950年代以来在这个领域里的谨慎态度，采取的立场是“根据秘书长以其保存人的身份所遵守的已经确立的国际做法，只能在签署、批准或加入文书的时候提具保留”，因此，他采取了这样的观点，即在批准《消除一切形式歧视国际公约》时没有作出任何保留的该《公约》的缔约方在其后无权作出任何保留。¹¹⁵⁴ 然而两年以后，他在写给法国常驻联合国代表团的一封信件中，大大软化了他的立场。¹¹⁵⁵ 当时法国代表团正在考虑通知废止1931年规定一项统一的支票法的《公约》，以便在作出新的保留的情况下重新加入该《公约》的可能性。法律顾问以“一项国际协议的缔约方可以以一致决定的方式修订一项协议的规定，或就该协议的适用或解释采取它们认为适当的措施这条一般原则”作为基础，申述说：

¹¹⁵¹ D. W. Greig: 《保留：将公平作为平衡因素吗？》《澳大利亚国际法年鉴，1995年》，第28页-29页。

¹¹⁵² 作者是指一项具体的条约：1931年3月19日规定一项统一的支票法的《公约》(见对本条准则草案的评注第(10)段)，其中第八条明确规定了通知废止的选择；但是这种做法也适用没有包括一项退出条款的条约的情况(见对本条准则草案的评注第(12)段)。

¹¹⁵³ Frank Horn: 《对于多边条约的保留和解释性声明》，瑞典国际法学院 T.M.C. Asser Instituut: 《国际法研究》第5卷，1988年，第43页。

¹¹⁵⁴ 致人权司司长的备忘录，1976年4月5日，《联合国司法年鉴，1976年》，第221页。

¹¹⁵⁵ Frank Horn: 《对于多边条约的保留和解释性声明》，瑞典国际法学院 T.M.C. Asser Instituut: 《国际法研究》第5卷，1988年，第42页。

“因此，看来贵方政府可以写给秘书长一封由外交部长签字的信，告知拟议中的保留，同时表明决定该保留生效的日期，如果已作出有关决定的话。拟议中的保留将由秘书长通知各有关国家(缔约国、参约国和签字国)，如果在自该通知之日起 90 天内(根据秘书长的做法，这是传统上为了默示接受的目的所确定的期限，在本案中符合[1931 年]《公约》第一条第三段所具体规定的关于接受第 9 条、第 22 条、第 27 条和第 30 条所指的接受保留的期限) 缔约国没有任何异议，则视为该保留在所述的日期生效。”¹¹⁵⁶

(11) 后来发生的事情是这样的：法国政府在 1979 年 2 月 7 日写给秘书长一封根据这个信息所起草的信件；秘书长在 2 月 10 日传递了这封信，“由于在自该通知之日起 90 天内缔约国没有任何异议……视为该保留被接受，并在 1979 年 5 月 11 日生效。”¹¹⁵⁷

(12) 此后，联合国秘书长在履行其保存人的职能时，看来一贯坚持这个做法。¹¹⁵⁸ 这个做法在 1984 年 6 月 19 日的一则法律意见中正式肯定下来，大意是“一项国际条约的缔约方总是可以在任何时候一致接受条约没有特定规定的保留，或甚至是与条约的特定规定相反的保留”，而不管该条约是否载有何时间可以提具保留的明确规定。”¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁶ 1978 年 9 月 14 日的信件，《联合国司法年鉴，1978 年》，第 199 页-200 页。

¹¹⁵⁷ 《交存秘书长的多边条约...》第二卷，第 422 页，注 4；奇怪的是，德意志联邦共和国于 1980 年 2 月 20 日明确表示，它“不就此提出异议”。

¹¹⁵⁸ 除了 Giorgio Gaja 在《编纂成典时的国际法—献给 Roberto Ago 的研究》里的《难驾驭的条约保留》(米兰, Giuffrè, 1987 年, 第一卷, 第 311 页)中所举出的例子以外, 例如还可以参见比利时 1992 年 9 月 1 日加入 1969 年的《条约法公约》时提出的保留(该保留实际上等于对其他各缔约方的保留的一则总的异议): “1993 年 2 月 18 日, 比利时政府通知秘书长, 其加入 文书应该写明, 上述加入是在遵守该保留的情况下作出的。没有一个该协议的参约方在自该保留传递之日(1993 年 3 月 23 日)起 90 天的期限内通知秘书长它对交存本身的异议或者对于所设想的程序的异议, 该保留视为被接受”(《交存秘书长的多边条约...》第二卷, 第 275 页, 注 9)。

¹¹⁵⁹ 致一个会员国的一位政府官员的信,《联合国司法年鉴, 1984 年》, 第 183 页; 斜体字系原有的。

(13) 这个做法并不限于联合国秘书长是其保存人的条约。联合国顾问在上面所述的 1978 年的法律意见¹¹⁶⁰中,提到一项涉及对 1960 年 10 月 6 日的《关于包装材料短期进口的海关公约》提具过时保留的先例;该《公约》交存于海关合作理事会的秘书长,其第 20 条“规定任何参约国可以在签署和批准《公约》的时候声明它本身不受《公约》第 2 条的约束。瑞士于 1963 年 4 月 30 日批准了该《公约》,于 1965 年 12 月 21 日作出一项保留,该保留由保存人提交给有关国家,在没有任何异议的情况下,视为被接受,并在 1963 年 7 月 31 日发生追溯效力。”¹¹⁶¹

(14) 1983 年 10 月 2 日生效的 1973 年《关于防止船舶污染国际公约》1978 年议定书的若干缔约国扩大了它们早先的保留的范围¹¹⁶²,或者在表示同意受到约束之后增加了新的保留。¹¹⁶³同样,对欧洲理事会的某些公约,也曾有过时提具保留的情况。没有人提出过任何异议。¹¹⁶⁴

¹¹⁶⁰ 本准则草案评注第(10)段。

¹¹⁶¹ 致联合国会员国常驻代表团的信件,1978 年 9 月 14 日,《联合国司法年鉴,1978 年》,第 199 页-200 页。

¹¹⁶² 法国(1981 年 9 月 25 日批准;1982 年 8 月 11 日修订:IMO, *Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of Which the International Maritime Organization or its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 1999*, 第 77 页)。

¹¹⁶³ 利比里亚(1980 年 10 月 28 日批准;1983 年 7 月 27 日,根据 1983 年 8 月 31 日的一份笔录),同上,第 81 页;罗马尼亚(1993 年 3 月 8 日加入;其后纠正,在没有任何反对的情况下,加入由国会通过的保留),同上,第 83 页;美利坚合众国(1980 年 8 月 12 日批准;1983 年 7 月 27 日通知保留,根据 1983 年 8 月 31 日的一份关于纠正的笔录),同上,第 86 页。在利比里亚和美国的案例中,法国政府声明,鉴于其性质,它对这些纠正不反对,但是这样的决定不得构成先例。

¹¹⁶⁴ 例如参见希腊对 1977 年 1 月 27 日的《欧洲镇压恐怖主义公约》的保留(1988 年 8 月 4 日批准;1988 年 9 月 5 日通知秘书长纠正。希腊提及一个错误:在授权行动的批准中所明确提具的保留没有予以传递。因特网网址:<http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>);葡萄牙对 1959 年 4 月 20 日关于在刑事事务中互相协助的《欧洲公约》的保留(1994 年 9 月 27 日交存批准文书;1994 年 12 月 26 日《公约》在葡萄牙生效;1996 年 12 月 19 日通知保留和声明。在这个案例中,葡萄牙提及由于没有将载于大会决议和在《葡萄牙共和国正式公报》上公布的共和国总统命令进行传递而造成的一个错误。因特网网址:<http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>);或 1987 年 10 月 14 日荷兰关于限制其批准(1969 年 2 月 14 日)1957 年 12 月 13 日的《欧洲引渡公约》的“声明”(因特网网址:<http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>)。并且参见 Giorgio Gaja 所举的比利时和丹麦对《关于保护电视广播的欧洲协议》的过时提具保留的例子(《难驾驭的条约保留》,摘自《编纂成典时的国际法—献给 Roberto Ago 的研究》,米兰,Giuffrè,1987 年,第一卷,第 311 页)。

(15) 上面的例子表明这样一点不是不可能的，即应该将保存人所咨询的其他参约方没有任何异议的过期保留视为是合法作出的。但是这些例子也表明，所牵涉到的例子几乎总是相当擦边性的：不是提具保留的迟延时间非常少，就是通知虽然是在批准之后发出的，但却在条约在保留国生效之前，¹¹⁶⁵ 要不就是计划中的保留虽在官方出版物正式公布，却在交存通知文书时“忘记”了，这些情况在必要时可以被视为“纠正一种重要的错误”。

(16) 欧洲议会出版的一本小册子强调了该组织内部所允许的对于已经商定的规则的减损的例外性质：“接受过时提具的保留可能创立一种危险的先例，这些先例可能被其他国家援引来提具新的保留，或者扩大现有的保留的范围。这种做法将危及法律的确定性及妨碍各项欧洲条约的统一实施。”¹¹⁶⁶ 由于同样的理由，有些作者不愿意承认存在这种对于因时间上的理由限制提具保留的可能性的原则的减损。¹¹⁶⁷

(17) 这些考虑也使得委员会的委员认为，在认可一种本来应该保持作为例外和作狭义限定的做法时，应该特别谨慎从事。由于这个原因，委员会决定对载于准则草案 2.3.1 中的规则采用否定式的阐述：这条原则是，而且必须保持是：过时提具保留不是合法的；只有在非常例外的情况下，如果所有其他缔约国都不反对，才可以这样。¹¹⁶⁸

(18) 然而事实上，“这里的实践的所有例子都表明，存在着允许各国甚至在表示过同意受到条约约束之后仍然提具保留的规则，条件是[所有]其他缔约国默认在这个阶段提具保留”。¹¹⁶⁹ 事实上，很难想象有什么能够阻止所有的缔约国不同意这

¹¹⁶⁵ 在这方面，Giorgio Gaja 举出了德意志联邦共和国于 1976 年 10 月 26 日加入其对 1954 年关于无国籍人的地位的《公约》(1976 年 8 月 2 日)的两项保留(参见《交存秘书长的多边条约...》，第一卷，第 279 页，注 4)。

¹¹⁶⁶ Jorg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Strasbourg, 1999, p.94.

¹¹⁶⁷ 参见：R.W. Edwards, Jr.，《对条约的保留》，巴黎，《密执安国际法杂志》，1989 年，第 383 页，或 R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, 米兰，Giuffrè, 1999 年，第 27 页，注 65。

¹¹⁶⁸ 关于“反对”这个词所产生的问题，见对本准则的评注第(23)段。

¹¹⁶⁹ Giorgio Gaja: 《难驾驭的条约保留》，摘自《编纂成典时的国际法—献给 Roberto Ago 的研究》，米兰，Giuffrè, 1987 年，第一卷，第 312 页)。

样一种减损，不管该协议被视为对于条约的一项修订，还是作为对是否允许保留实行集体控制的标志。¹¹⁷⁰

(19) 正是这种对于不管是被动的还是默示的¹¹⁷¹一致性的要求，使得对于原则的例外可以接受，而且限制了滥用的危险。它是这种减损的一个不可分离的因素，这在目前的实践中可以观察到，并且符合缔约国集体发挥的条约“监护人”的作用。¹¹⁷²但是，如果不是单一的反对就能否定保留，这种要求就是没有意义的，也不能达到它的目标。做不到这一点，1969年和1986年《维也纳公约》第19条第一句话所确定的原则就将化为乌有：任何国家在任何时候都可以对其对于某一项条约的接受增加新的保留，因为总会有一个其他缔约国不反对这样的保留，于是将回到国家或国际组织成为缔约方之际的情况：这时它们享受广泛的提具保留的范围，只受制于第19条和第20条所载的限制。

(20) 在实践中所表明谨慎，和秘书长在若干场合所提出的说明，以及理论方面的考虑和对于维持法律稳定性的关切，使得很有理由在这个特定的例子中严格应用一致性原则，不过有一项谅解，即与适用于所有保留(除了在拉丁美洲)的传统规则相反，这种一致性关系到接受(或至少没有提出任何反对)过时保留的问题。但是，它对作出保留的国家(或国际组织)参加条约本身是没有效力的：在出现反对时，它仍然按照它最初表示的同意受到约束；而它只有在符合条约本身的规定或《维也纳公约》第54条至第64条所编纂的一般规则的条件下才能够选择退出(以便在其后重新加入，并重新提具被拒绝的保留)。

(21) 又产生这样一个问题，即是不是应该两种反对之间有所区别，一种是原则上反对过时提具保留，另一种是传统上的反对，如可以根据1969年和1986年《维也纳公约》第20条第4(b)款对于保留提出的反对。这个区别看来是必要的，因为很难看出为什么共同缔约国或国际组织不应当在要么是全盘接受和要么是全盘拒绝之

¹¹⁷⁰ 当然，这种“控制”必须与所存在的“控制机关”联合行使。在 *Chrysostomos Loizidou* 案件中，各国对于提具保留因时间上的理由的可允许性的控制(由土耳其通过一项接受个别申请的任择性声明所提出)被《欧洲人权公约》的诸机构所凌驾(参见对准则草案 2.3.4 的评注第(5)段和第(6)段)。

¹¹⁷¹ 准则草案 2.3.2 和 2.3.3 解释了关于接受过时提具保留的条件。

¹¹⁷² 参见对本准则草案的评注第(9)段。

间作出选择，也就是说，要么是接受保留本身与它的过时提具，要么是防止提具保留的国家或组织这样做，而在此同时这些保留是很有理由为它们的伙伴所接受的。此外，如果没有这个区别，在过时提具保留的时候还不是缔约方，但是其后通过加入或其他方式成为缔约方的国家和国际组织就会面对一个既成事实。矛盾的是，它们不能反对一项过时提具的保留，而在此同时，根据关于提出保留国家表示同意受到约束时所提具的保留的第 20 条第 5 款¹¹⁷³ 的规定，又允许它们这样做。¹¹⁷⁴

(22) 因此，应该将其他缔约方的一致同意视为过时提具保留之所必需。另一方面，《维也纳公约》第 20 条至第 23 条所编纂的关于接受和反对保留的正常规则，也应该适用于过时提具保留的实际内容，其他各方应当能够对此“照常”提出反对，这个问题委员会准备在《实践指南》关于反对保留的章节里再加以阐述。

(23) 鉴于这个至少在理智上不能排除的可能性(即使迄今为止看来还没有将之在实践中使用过¹¹⁷⁵)，委员会的一些委员不知道是否适宜在准则草案 2.3.1 中使用“反对”一词来指某国不是对于所计划的保留的反对，而是对于其提具的反对。¹¹⁷⁶ 尽管如此，大部分成员的观点是，正式引入区分是不可取的，因为在实践中，两种行动是无法区分的。

2.3.2 接受过时提具保留

除非条约另有规定，或保存机构采取不同惯例，如一缔约方在收到通知之日起 12 个月的期限届满之后，仍未对一过时提具的保留提出反对，该保留应被认为已为该缔约方接受。

¹¹⁷³ “……如一国或一国际组织直至其接到关于保留的通知后 12 个月的期限届满之日或直至其表示同意受条约约束之日，并未对该保留提出反对，该保留就被认为已为其所接受，上述两个日期以较后的一个为准”(斜体字为本报告所加)。

¹¹⁷⁴ 同样矛盾的是，按照第 20 条第 4 款 (b) 项，在保留提出后成为条约缔约方的国家或国际组织可对保留提出反对，而原始缔约方却不能提出反对。

¹¹⁷⁵ 但是，有些过时保留却被明确接受了(例子见上文脚注 1157)。

¹¹⁷⁶ 在本案中，准则草案末的“除非其他缔约国不反对过时提具保留”的措辞可以用“……除非其他缔约国对过时提具保留不持反对态度”的措辞来代替。

评 注

(1) 准则草案 2.3.2 的目的是澄清和补充准则草案 2.3.1 的最后部分, 准则草案 2.3.1 排除了过时提具保留的任何可能性, “除非其他缔约国不反对过时提具保留”。

(2) 关注尽可能限制过时提具保留的做法的委员会的一些成员认为, 这种做法应该要求有明确的接受。

(3) 但是根据压倒的意见, 看来就象可以默示接受在设定时限内提具的保留一样,¹¹⁷⁷ 也应该可以以那种方式接受过时的保留(不论对其过时提具还是对其内容), 而所根据的也是相同的理由。似乎相当清楚, 要求明示的一致同意将会使在某种情况下(必须很严格)可能可以过时提具保留的(至少是早期的)规则(这条规则必须很严格)失去任何实质内容, 因为实际上, 在任何时候都很少出现明示接受保留的情况。事实上, 要求这样的接受将等于排除过时提具保留的任何可能性。让一项普遍条约的全部缔约国在一段合理的期限内都明确接受这样的请求, 这是不可想象的。

(4) 而且这样会使联合国秘书长和海关合作理事会(世界海关组织)、国际海事组织和欧洲理事会目前所采取的已经确定下来的做法出现问题,¹¹⁷⁸ 他们都认为某些过时提具的保留在其他缔约国没有提出反对时就生效了。

(5) 但是仍然需要确定其他缔约国必须在多长的时间内对一项过时提具的保留提出反对。在这方面, 有两套互相冲突的观点。一方面, 应该让其他缔约国来研究所计划的保留并对之作出反应; 另一方面, 一段很长的时限相应地延长了保留(因而也是缔约关系)的命运的不稳定性。

(6) 在这方面的实践是不明确的。看来海事组织秘书长、欧洲理事会和世界海关组织都采取了经验性的办法, 对于同其他缔约方的磋商没有规定任何特定期

¹¹⁷⁷ 参看《维也纳公约》(1986年文本)第20条第5款: “除该条约另有规定外, 如一国或一国际组织直到其接受关于保留的通知后12个月期限届满之日或直至其表示同意受条约约束之日, 并未对该保留提出反对, 该保留就被认为已经为其接受...”。

¹¹⁷⁸ 参见对准则草案2.3.1的评注第(10)段至第(14)段。

限。¹¹⁷⁹ 联合国秘书长的情况则不是这样的。

(7) 首先, 当秘书长于 1970 年代开始采取目前的做法时, 他斟酌情况, 给各方 90 天的时间对一项过时保留提出反对。但是, 选择这一时限似乎有些偶然: 它刚好与法国要对其提出新的保留的 1931 年《解决支票的某些法律抵触公约》的有关规定提出的时限相同。¹¹⁸⁰ 尽管如此, 每当一国于一项由秘书长担任保存人的新条约对该国生效之后提具新的保留, 或修订现有的保留时都一直采取 90 天的时限。¹¹⁸¹

(8) 然而, 事实已经证明这个 90 天的时限太短; 由于法律顾问办公室向各国发文时的延误, 各国几乎没有时间研究这些通知并作出反应。然而这种来文很可能对条约缔约国产生“复杂的法律问题”, 需要“缔约国之间进行协商, 决定对这样的来文如果采取行动的话, 采取什么行动。”¹¹⁸² 此外, 值得注意的是, 在缔约国采取行动的少数情况中, 这些行动是在超过理论上规定的 90 天时限之后很久才采取的。¹¹⁸³ 为此, 在葡萄牙代表欧洲联盟发来的一份有关 90 天时限的各种困难的普通照会之后, 秘书长在给所有会员国的一份通知中宣布改变这方面的做法。从那时以来,

“如果已表示同意受某条约约束的国家对该条约提具保留, 其他缔约国则能够在秘书长发出该保留通知之后 12 个月内通知他, 他们希望反对该保留。”¹¹⁸⁴

¹¹⁷⁹ 但是看来海事组织秘书长似乎认为, 如在通知后 1 个月内没有收到回应, 则保留立即生效(参看上文脚注 1163 和海事组织《国际海事组织或其秘书长担任保存人或其他职责之多边公约和文书截至 1999 年 12 月 31 日时的状况》中关于利比里亚的保留, 第 81 页, 和美国的保留第 86 页)。

¹¹⁸⁰ 参见对准则草案 2.3.1 的评注第(10)段至第(11)段。

¹¹⁸¹ 同上, 第(12)段。

¹¹⁸² 联合国法律顾问 2000 年 4 月 4 日致联合国会员国常驻代表的备忘录(LA41 TR/221(23-1))。

¹¹⁸³ 参看德国对法国关于 1931 年涉及支票公约作出的反应, 它是在法国发文日之后的一年才作出的(参见对准则草案 2.3.1 的评论, 脚注 1157)。

¹¹⁸⁴ 见上文脚注 1182。

(9) 在采取该决定时——该决定也适用于现有保留的修正案——“秘书长参照了《[维也纳]公约》第 20 条第 5 款的规定，其中表明各国政府可在 12 个月期间分析和评价另一个国家已经提具的保留，并决定应对该保留采取什么如有的行动。”¹¹⁸⁵

(10) 委员会的一些委员对这个时限的长度表示了一定关注，因为这个时限有一个缺点：在秘书长通知之后的 12 个月里，¹¹⁸⁶ 已提具的保留的命运将完全无法确定。而且，如果有一个国家在最后一刻反对该保留，便足以认为该保留根本未提出。于是，这些委员提出，采取折衷的解决办法(例如 6 个月)是否更为明智。尽管如此，考虑到《维也纳公约》第 20 条第 5 款的规定，以及秘书长最近宣布的意图，委员会认为，可能更加合理的做法是使其立场——该立场无论如何涉及到逐步的发展，而非严格意义上的编纂——符合上述意图。

(11) 同样，鉴于作为保存机构的其它国际组织采取了不同的做法，¹¹⁸⁷ 委员会认为，最好是让保存机构仍可能保持其习惯做法，条件是这样做不会引起任何具体的反对意见。在实践上，除了对于国际保存组织以外，这一点关系并不大；但是委员会的一些委员认为当保存人的是一个国家或政府的时候，先验地排除这样一种可能性是不可取的。

(12) 准则草案 2.3.2 的措辞试图不对已经遵循的实际做法引起疑问，同样又能指导之，根据的是 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 5 款的规定，¹¹⁸⁸ 但是修改得使它适合过时提具保留的特定情况。

2.3.3 反对过时提具保留

如一条约缔约方反对过时提具保留，则条约应在该项保留不成立的情况下对保留国或保留国际组织生效或继续有效。

¹¹⁸⁵ 同上。

¹¹⁸⁶ 换言之，不是宣布其关于过时提具保留的意图的国家的来文。这一点可能看来会引起争论，因为保留的命运取决于保存人的行动有多快。

¹¹⁸⁷ 参见对本准则草案的评注第(6)段。

¹¹⁸⁸ “……除该条约另有规定外，如一国或一国际组织直到其接受关于保留的通知后 12 个月期限届满之日……，并未对该保留提出反对，该保留就被认为已经为其接受……”。

评 注

(1) 准则草案 2.3.3 造成一缔约国或一国际组织对过时提具的保留提出反对的后果：根据准则草案 2.3.2, 这样的保留在原则上是不可能的，而且只要一个“反对”，就足以阻止它产生任何效力。这就是“除非没有一个其他缔约方反对”这一词语所必须包含的意思。

(2) 在委员会希望对这条规则给予严格解释的情况下，¹¹⁸⁹ 看来解释一下其后果是有用的，也就是说，常规关系不受作出声明国家或国际组织的声明的影响，而该声明不得被视为一项保留，这是从 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 21 条第 1 款¹¹⁹⁰ 所借用的“在保留没有成立的情况下”这些一措辞的含义。

(3) 另一方面，反对如果在准则草案 2.3.2 所规定的 12 个月的时限内提出—提出者不必说明理由—则完全生效。这就是为什么委员会对打算提出的保留使用了“反对”一词，而不是“提具”。

(4) 委员会意识到，它在《实践指南》有关过时提具保留的部分增加这个规定，看来违背它自己所确定的在《指南》第 2 章只讨论程序问题，而不讨论损害该程序的违规现象可能造成的效果的规则。但是，委员会觉得，这种明显的违规现象由于下列事实而证明是有道理的，这个事实就是：一项反对不仅阻止拟订打算提具的保留的人的声明产生效力，而且为它被视为一项保留造成了障碍。

(5) 因此，不把这里所述的“反对”与《维也纳公约》第 20 条至第 23 条所述的“反对”等同起来是可取的：这种反对阻止一项真正的保留在提具者与反对它的国家或国际组织之间的关系中产生效力，而“反对”过时提具保留则“破坏”了它作为一项保留的资格。正是为了避免这样的混淆，委员会的一些委员想在准则草案 2.3.1 至准则草案 2.3.3 中使用不同的术语。¹¹⁹¹ 但是，大多数委员认为这样的区别是没有意义的。¹¹⁹²

¹¹⁸⁹ 参见对准则草案 2.3.1 的评注，特别是第(6)段、第(16)段和第(17)段。

¹¹⁹⁰ “依照第 19 条、第 20 条及第 23 条对另一当事国成立之保留……”

¹¹⁹¹ 参见对准则草案 2.3.1 的评注第(21)段至第(23)段，特别是脚注 1176。

¹¹⁹² 同上，第(23)段。

(6) 委员会还辩论了反对对于一个国际组织的组成文书过时提具保留所应该遵守的特殊程序。依照 1969 年和 1986 年《维也纳公约》第 20 条第 3 款：

“倘条约为国际组织之组织约章，除条约另有规定外，保留须经该组织主管机关接受。”

这一条规则就象适用“适时”提具保留一样，在保留被过时提具的时候尤其适用。这一点看来是如此之明显，所以人们认为在准则草案中正式申明是没有用的，其谅解是，在这个规定中所确立的原则将在《实践指南》的有关部分进行阐述。

2.3.4. 事后采用保留以外的方式排除或限制条约的法律效力

条约缔约方不得通过下列办法排除或更改条约的各项规定的法律效力：

- (a) 对先前作出的保留加以解释；或
- (b) 事后根据任择条款作出单方面声明。

评 注

(1) 委员会在审议有关和保留影响和可否问题(因为基本的问题很明显，一方面是如何确定过时提具保留所产生的后果，另一方面是如何确定当它没有引起任何反对而可能生效时所产生的后果)的时候，希望扩大和澄清准则草案 2.3.1 所载的原则的后果。虽然如此，委员会似乎认为，应该通过采用准则草案 2.3.4 使得“过时保留”原则中的排除变得更加严格；准则草案 2.3.4 的目的是表明，条约缔约方不得通过具有与保留相同的目的是并不符合保留的定义的方式来规避这条禁令。不然的话，1969 年和 1986 年的《维也纳公约》第 19 条的“起始部分”¹¹⁹³ 就会被剥夺任何具体的范围。

(2) 为了这个目的，准则草案 2.3.4 主要针对两种方式：一个是对事前作出的保留加以(广泛的)解释；另一个是根据一项条约中的任择条款作出声明。选择这两种“规避”的方式可以用这样一个理由来解释，即两者都在实践中被使用过，而

¹¹⁹³ 关于这个规定的条文，参见对准则草案 2.3.1 的评注，脚注 1137。委员会认为没有必要在《实践指南》中正式重复这条规定所阐述的规则：那样将与准则草案 1.1 和准则草案 1.1.2 中所载的定义相重复。

且这种使用产生了被接受为权威性的判例。但是，我们不能排除这样的可能性，即国家和国际组织可能在将来采用其他方式来规避准则草案 2.3.1 所述的原则；不用说，证明准则草案 2.3.4 所阐述的明确禁令有理的推理也因而应该对细节作出必要的修改之后适用之。

(3) 在表示同意受到约束以后不得提具保留的原则看来在美洲人权法院已经充分成立了，该法院就是籍此在其 1983 年 9 月 8 日提出的关于死刑的限制的法律意见中认为，一项目保留一经作出¹¹⁹⁴，就“脱离”了它的提出人，不得脱离条约本身的上下文予以解释。该法院又加上下面的话：

“一种相反的做法可能最终导致一个结论，即国家是决定其在该项保留所涉的一切事项方面的国际义务的范围的唯一公断者，甚至包括该国以后可能声明它打算该项保留也适用的一切事项。

“后一种结果无法与《维也纳公约》协调一致，因为该《公约》规定，一项保留只可以在签署、批准、接受、赞同或加入条约时作出(《维也纳公约》第 19 条)。”¹¹⁹⁵

(4) 同样，在 *Belilos* 案之后，¹¹⁹⁶ 瑞士政府初步修订了它在 1974 年提出的“解释性声明”——斯特拉斯堡法院曾把该项声明视为不允许的保留——¹¹⁹⁷ 在瑞士新的“声明”中增加了几处澄清。有关的学说对允许这项新的声明的做法加以批评，¹¹⁹⁸ 而联邦法院也对此提出质疑。1992 年 12 月 17 日，联邦法院在关于 *Elizabeth B.* 诉图

¹¹⁹⁴ 在这里“作出”一词可能比“提具”更为适当，因为美洲人权法院认为(也许可以商榷)“保留”成为条约的组成部分，而这些一点只有在其“生效”的情况下才有可能。

¹¹⁹⁵ 咨询意见 OC-3/83, 第 63 段和第 64 段，关于这项咨询意见的同样解释，参见 Giorgio Gaja: 《难驾驭的条约保留》，摘自《编纂成典时的国际法—献给 Roberto Ago 的研究》，米兰，Giuffrè, 1987 年，第一卷，第 310 页。

¹¹⁹⁶ 欧洲人权法院 1988 年 4 月 29 日判决，A 辑，第 132 号。

¹¹⁹⁷ 见欧洲理事会，欧洲人权法院，保留与声明，《欧洲条约汇编》第 5 期。

¹¹⁹⁸ 尤其参见 G-Cohen-Jonathan, “Les Reserves a La Convention europeen des droits de l’homme”, 《国际公法总评》，1989 年，第 314 页，亦见 J-F. Flauss 提及的其他例子，“Le contentieux de la validite des reserves a la CEDH devant le Tribunal federal suisse: Requiem pour la declaration interpretative relative a l’article 6 paragraphe 1”, 《人权总评》，1993 年，注 28, 第 300 页。

尔高州议会案件的决定中，宣布该项声明无效，理由是它是一项新的保留，¹¹⁹⁹ 不符合《欧洲人权公约》第 64 条第 1 款的规定。¹²⁰⁰ 对细节作出必要的修改之后，《罗马公约》第 64 条对提具保留所施加的限制类似两项《维也纳公约》第 19 条所产生的限制，而瑞士联邦法院的判决的确应被视为是对原则上不得在最后表示同意接受约束之后提具保留的规定加以肯定，而且或许也是对不可能以解释现有的保留为名而提具新的保留的事实加以肯定。

(5) 欧洲人权事务委员会就 *Chrysostomos* 等人案所作的决定导致同一个结论，但却提供了补充的教训。在这个案件中，欧洲人权事务委员会认为根据《欧洲人权公约》第 64 条第 1 款的“明确措辞”，其中规定“缔约方在以后确认个人上诉权时，不得为了第 25 条所指的程序的目的对其根据公约所应履行的义务作出重大的更改”。¹²⁰¹ 同样，欧洲人权事务委员会决定也可以解释为肯定这项规定的序言部分所产生的规则。而且它还作出了重要的澄清，指出一国不得在一项根据选入条款作出的声明(而这项声明本身不构成保留)¹²⁰² 内添加具有与一项保留相同效力的条件或限制，至少就有关任择条款没有如此的规定的情况而言，从而规避了禁止在批准之后提具保留的规定。

(6) 虽然 1995 年 3 月 23 日法院就 *Loizidou* 案作出判决时不是那么明确，但是下列引文可以视为对这一立场加以肯定：

¹¹⁹⁹ 因为欧洲人权法院宣布 1974 年的“声明”完全无效：“联邦法院在批准《欧洲人权公约》时对其第 6 条第 1 款提具的解释性声明因此在刑法领域或民法领域都不可能发挥效力。为此，1988 年的解释性声明不得视为一种限制，一种新的提法，或对先前已有的保留所作的一种澄清。相反，它是一项后来才提具的保留(*Journal des Tribunaux*, 1995 年，第 536 页，德文本于 *EuGRZ*, 1993 年，第 72 页)。

¹²⁰⁰ “任何国家在签署本公约时或在交存批准书时，均可对本公约任何特定规定作出保留，条件是当时在其境内生效的法律不得与有关的规定不一致。不得在本条下作出一般性保留”。

¹²⁰¹ 1991 年 3 月 4 日的决定，《人权总评》，1991 年，第 200 页，第 15 段。

¹²⁰² 参见准则草案 1.4.6 和准则草案 1.4.7 以及对它们的评注；《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 241 页-252 页。

“法院进一步指出，《公约》第 64 条准予各国在签署《公约》时或在交存批准书时提具保留，但是，第 64 条规定的这项权力是有限的，因为它局限于《公约》的某些规定……”¹²⁰³

(7) 美洲人权法院、欧洲人权法院和瑞士联邦法院所作的决定重申了关于条约法的两项《维也纳公约》第 19 条序言部分和准则草案 2.3.1 所定规则的严格性，并从中得出了非常直接和具体的后果，准则草案 2.3.4 作了具体阐明。

(8) 该准则草案的(b)段明确提及准则草案 1.4.6,并且不那么直接地提及关于按照一条任择条款作出的单方面声明，并且规定在一项条约的规定之间作出选择—委员会明确将这一点排除出《实践指南》的范围—的准则草案 1.4.7。但是，准则草案 2.3.4 的目的不是对这些程序本身作出规定，而是作为一种提醒，不能利用它们来规避有关保留本身的规则。

(9) 委员会的一些委员对收入这条准则表示持有疑问，因为它使用的术语不够准确。

2.4.3. 可以提具解释性声明的时刻

在不妨碍准则 1.2.1、2.4.6[2.4.7]和 2.4.7[2.4.8]的条件下，可以随时提具解释性声明。

评 注

(1) 准则 1.2 对解释性声明的定义不受任何时间因素的约束。¹²⁰⁴ 因此在没有与之相反规定的情况下，“单纯的”解释性声明(有别于有条件的解释性声明)与保留不同，可在任何时候提具。所以只要提及委员会对该规定的评注¹²⁰⁵ 就已足够，准则草案 1.4.3 也是以此为根据的。然而，这种选择不是绝对的，而且涉及三种例外情况。

(2) 第一种例外关系到一种相对常见的情况：条约明文规定对其解释性声明只能在规定的时刻和时间内提具，例如《联合国海洋法公约》第 310 条的情况就是如

¹²⁰³ 欧洲人权法院出版物，A 辑，第 310 卷，第 28 页，第 76 段。

¹²⁰⁴ 见《大会正式记录补编第 10 号》(A/54/10)，p. 223。

¹²⁰⁵ 同上，pp. 234-239，评注第 (21) 至 (32) 段。

此。¹²⁰⁶ 显然在这种情况下，缔约方只能在条约严格限定的时刻或时间内提具诸如有关条款提及的解释性声明。

(3) 委员会不确定的是，准则草案 2.4.3 是否应提及这种实际上显然十分明显的例外，但认为不必如此具体：《实践指南》的用意完全是剩余性质的，因此不言而喻的是，如果一项条约的条款与《指南》所载的准则相反，它们就必须可作为优先事项予以适用。¹²⁰⁷ 然而，显然可取的做法是，在某项条约条款明言限制提具此种基于属时理由的保留选择时，应规定过时提具解释性声明的十分具体的情况。准则草案 2.4.6 规定了这种情况，准则草案 2.4.3 提及了这一点。

(4) 条约中明文规定对提具解释性声明的选择加以限制，并不是基于属时的理由而致使一国或一国际组织无法提具解释性声明的唯一情况。在该国或该国际组织已提具一项解释性声明、而其伙伴以此作为依据或有权以此作为依据(禁止改口)的情况下也同样如此。在这种情况下，最初提具声明者就无法予以更改。这项假设将与有关修改保留和解释性声明的准则草案一并考虑。¹²⁰⁸

(5) 第三种例外情况关系到有条件的解释性声明，如关于此种文书定义的准则草案 1.2.1 所述，¹²⁰⁹ 它们与单纯的解释性声明不同，不能在任何时候提具，准则草案 2.4.3 明确地提到了这一准则。

¹²⁰⁶ “第 309 条[排除保留]不排除一国在签署、批准或加入本公约时，作出不论如何措辞或用何种名称的声明或说明，目的在于除其他外使该国国内法律和规章同本公约规定取得协调，但须这种声明或说明无意排除或修改本公约规定适用于该缔约国的法律效力。”例如又见 1989 年 3 月 22 日《控制危险货物越境转移及其处理巴塞尔公约》第 26 条第 2 款和关于跨界鱼类的 1995 年 8 月 4 日《纽约协定》。

¹²⁰⁷ 但委员会在决定强调其所提议准则的例外和减损的性质时，在一些情况下偏离了这一原则（例如见前引文准则 2.3.1 及评注第（6）段）。

¹²⁰⁸ 又见准则草案 1.2 评注第（31）段（《大会正式记录补编第 10 号》（A/54/10），p. 239）。

¹²⁰⁹ “一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入一项条约时发布单方面声明、或一国在通知对一项条约的继承时发布单方面声明，……这项声明即构成一项有条件的解释性声明。”（同上，p. 240（横线为引文所加）；见本准则草案评注第（15）至（18）段，同上，pp. 248-249）。

(6) 它还规定了关于过时提具有条件解释性声明的准则草案 2.4.7 所涉及的情况。

(7) 最后，看来显然是只能对现有的文书作出解释，因此不必规定只能在最后通过条约案文之后才能提出声明。

2.4.4 [2.4.5] 无须确认在签署条约时提具的解释性声明

如一国或一国际组织表示同意受条约约束，在签署条约时提具的解释性声明无须事后予以确认。

评 注

(1) 在签署条约时提具的解释性声明无须予以确认这一规则，事实上必然是从准则草案 2.4.3 体现的原则中得出的，由于解释性声明除例外情况之外可随时提具，如在一国或一国际组织表示最后同意受条约约束时，要求它们得到确认是不合乎逻辑和自相矛盾的。

(2) 在这方面，适用于保留的规则¹²¹⁰与适用于解释性声明的规则截然不同，这是因为原则是恰恰相反的：在签署条约时提具的保留原则上必须予以确认，但解释性声明则无须予以确认。

(3) 鉴于准则草案 2.4.4 的措辞十分宽泛，将准则草案 2.2.2 中确定的关于在签署无须批准的条约(简化形式的协定)时提具的保留无须予以确认的原则，¹²¹¹转移到解释性声明方面是无意义的：准则草案 2.4.4 所述的原则适用于所有类别的条约，无论它们是仅经签署即告生效，还是须经批准、核准、接受、正式确认或加入。

(4) 不过在实践中，适用于保留的规则为一方与适用于解释性声明的规则为另一方两者之间的对立并不像表面上看来那样明显：

首先，任何情况都不妨碍在签署时提出声明的国家或国际组织在表明其最后同意受条约约束时予以确认；

¹²¹⁰ 见准则草案 2.2.1 及评注。

¹²¹¹ 见本条准则草案的评注。

其次，准则草案 2.4.4 所述的原则不适用于有条件的解释性声明，准则草案 2.4.5 明确地指出了这一点。

2.4.5[2.4.4] 正式确认在签署条约时提具的有条件解释性声明

凡在签署须经批准、正式确认、接受或核准的条约时提具的有条件解释性声明，须由声明国或声明国际组织在表示同意接受条约约束时正式予以确认。遇此情形，该解释性声明应被视为在其得到确认之日提具。

评 注

(1) 准则草案 2.4.5 成为准则草案 2.4.4 规定的原则的一项重要例外，该项原则规定在签署条约时提具的解释性声明无须由提具者予以确认。这一规则不适用于有条件的解释性声明。

(2) 在后一种情况下，委员会在准则草案 1.2 的评注中指出，如果有条件的解释性声明是在签署条约时提具的，它“或许”应“在最终表示同意受约束时得到确认”。¹²¹² 显然并没有合乎逻辑的理由，对保留和对其他缔约方在必要时肯定可以作出反应的有条件的解释性声明两者之间采用不同的解决办法。

(3) 应该指出的是，在实践中，希望参与须经对其作具体解释的一项条约的国家，通常在表示最终同意受条约约束时确认它们在签署时或在谈判较早的任何时刻提具的解释。¹²¹³

¹²¹² 《大会正式记录补编第 10 号》(A/54/10)，注 346，p. 202。

¹²¹³ 比较德国和联合王国对在签署 1989 年《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》时提具的声明的确认（见“截至 1999 年 12 月 31 日由秘书长保存的多边条约的状况” ST/LEG/SER.E/18(第二卷)，出售品编号：E.00.V.2，p.336-357）；另见摩纳哥在签署并随后批准 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》时采用的做法（“截至 1999 年 12 月 31 日由秘书长保存的多边条约的状况” ST/LEG/SER.E/18(第一卷)，出售品编号：E.00.V.2，p.139）、奥地利在签署 1959 年 5 月 6 日《欧洲保护考古遗产公约》（<http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm>）时采用的做法，或欧洲共同体在关于 1991 年《埃斯波公约》方面采用的做法（“截至 1999 年 12 月 31 日由秘书长保存的多边条约的状况” ST/LEG/SER.E/18(第二卷)，出售品编号：E.00.V.2，p.363）。又见意大利或联合王国关于对于 1992 年《里约生物多样性公约》的声明（同上，p.379）。

(4) 准则草案 2.2.1 所载的关于正式确认在签署时提具的保留的规则，偏离了准则草案 2.4.4 为“单纯的”解释性声明规定的原则，因此这些规则应转移到有条件的解释性声明方面。

2.4.6[2.4.7] 过时提具解释性声明

当条约规定只能在具体时间内提具解释性声明时，一国或一国际组织不得在另外时间内对该条约提出解释性声明，除非过时提具的解释性声明不会引起其他缔约方的任何反对。

评 注

(1) 关于解释性声明的准则草案 2.4.6 是有关保留的准则草案 2.3.1 的对应准则。

(2) 尽管准则草案 2.4.3 阐明的原则，是可在通过条约案文之后的任何时刻提具解释性声明，但同保留一样，解释性声明也可能会过时。有条件的解释显然如此，因为它们同保留本身一样，只能在准则草案 1.2.1¹²¹⁴ 和 2.4.5¹²¹⁵ 规定的表示最终同意受条约约束时提具(或确认)。但是，单纯的解释性声明的情况也可能如此，在条约本身规定提具这种声明的期限时更是如此。¹²¹⁶ 准则草案 2.4.6 的目的是包含这一情况，准则草案 2.4.3 则明言允许这种情况。

(3) 委员会希望强调的是，这不是一个学术问题。例如，埃及政府于 1993 年批准了 1989 年 3 月 22 日《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》，没有对其批准书附加任何特别的声明。但该政府于 1995 年 1 月 31 日提具了对该条约某些条款的解释性声明，¹²¹⁷ 而该条约将此种可能性仅限于在缔约方表示同意受条约约束

¹²¹⁴ 见《大会正式记录补编第 10 号》(A/54/10), p. 240。

¹²¹⁵ 见前引文。

¹²¹⁶ 见对准则草案 2.4.3 的评注第 (2) 和 (3) 段。

¹²¹⁷ 见“截至 1999 年 12 月 31 日由秘书长保存的多边条约的状况” ST/LEG/SER.E/18, 第二卷, (联合国出版物, 出售品编号: E.00.V.2), pp.358-359。

的时刻。¹²¹⁸《公约》某些缔约方对埃及声明的可受理性提出异议，因为它们认为埃及的声明其实是(为第 26 条第 1 款所禁止的)保留，或属过时提具，¹²¹⁹ 因此，作为《巴塞尔公约》保存人的联合国秘书长“按照同样情况下采用的保存人的惯例，……建议在自分发声明之日起 90 天内没有任何缔约国对保存本身或对设想的程序表示任何异议的情况下，接受保存所述的声明”。¹²²⁰ 后来，鉴于收到了某些缔约国的异议，¹²²¹ 他“[表示]认为，他不能接受保存[埃及提具的]这些声明”，¹²²² 并拒绝将其载入题为“声明和保留”的章节中，而只是转录在题为《说明》的一节，同时附上对该声明提出的异议。

(4) 从《巴塞尔公约》任何缔约国都不对之表示反对的这一实例中可以推断，在一项公约规定可提具解释性声明的时间的特定而不是例外的情况下，应遵循准则草案 2.3.1 所提出的同样的规则。因此，对该项规定的评注可比照转移到准则草案 2.4.6。

(5) 不言自明的是，准则草案 2.3.2 和 2.3.3 确定的这些处理办法，¹²²³ 也可转移到接受过时提具的解释性声明和对这种提具提出异议方面。然而委员会认为，在《实践指南》中纳入有关这方面的明确的准则草案会使指南篇幅过大，因此是无益的。

¹²¹⁸ 该公约第 26 条第 2 款规定，一国可在某种时限内提具此种声明，但只能“在签署、批准、核准或正式确认或加入本公约时”才能这样做。

¹²¹⁹ 见联合王国、芬兰、意大利、荷兰或瑞典的意见(“截至 1995 年 4 月 30 日由秘书长保存的多边条约的状况”，联合国出版物，出售品编号:E.96.V.5，pp.897-898-该出版物 2000 年版难以理解)。

¹²²⁰ 同上，p. 897。

¹²²¹ 同上，第 328 段。

¹²²² “截至 1995 年 4 月 30 日由秘书长保存的多边条约的状况”，联合国出版物，出售品编号:E.96.V.5)，p.897。

¹²²³ 见前引文。

2.4.7[2.4.8] 过时提具有条件解释性声明

在表示同意接受条约约束之后，一国或一国际组织不得对该条约提出有条件的解释性声明，除非过时提具该声明不会引起其他缔约方的任何反对。

评 注

(1) 促成委员会通过准则草案 2.4.6 的考虑因素都适用于准则草案 2.4.7 的所有方面。

(2) 从准则草案 1.2.1 可推断，同保留一样，有条件的解释性声明是“一国或一国际组织在签署、批准、正式确认、接受、核准或加入一项条约或一国在通知继承一项条约时提具的单方面声明...”。¹²²⁴ 因此，不是在任何这些时间提具的任何有条件的解释性声明均属过时，因此只有在所有缔约方都同意，至少是默许的情况下，才有可能。

(3) 因此，准则草案 2.3.1 和 2.4.6 的评注可完全用于准则草案 2.4.7。

¹²²⁴ 见对准则草案 1.2.1 的评注第 (15) 至 (18) 段 (《大会正式记录补编第 10 号》(A/54/10), pp. 248-249)。

第七章

外交保护

A. 导言

158. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐步发展的三个专题之一。¹²²⁵ 同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见，以及各国政府可能提出的任何书面评论，进一步审查这一专题并表明其范围和内容。在 1997 年第四十九届会议期间，委员会按照大会上述决议在第 2477 次会议上设立了一个关于这个专题的工作组。¹²²⁶ 工作组在同届会议上提交了一份报告，得到了委员会的核可。¹²²⁷ 工作组试图：(a) 尽可能阐明这一专题的范围；(b) 确定应在这一专题范围内加以研究的问题。工作组提出了一个审议这一专题的大纲，委员会建议将这一大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。¹²²⁸

159. 委员会在 1997 年 7 月 11 日第 2501 次会议上任命穆罕默德·本努纳先生为这一专题的特别报告员。

160. 大会第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议题的决定。

161. 委员会 1998 年第五十五届会议收到特别报告员的初步报告。¹²²⁹ 委员会在同届会议上设立了一个不限成员名额的工作组，考虑在讨论的基础上，对如何研究这个专题的方法，总结出一些可能的结论。¹²³⁰

¹²²⁵ 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 249 段和附件三增编 1。

¹²²⁶ 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第八章。

¹²²⁷ 同上，第 171 段。

¹²²⁸ 同上，第 189 - 190 段。

¹²²⁹ A/CN.4/484。

¹²³⁰ 工作组的结论载于《大会正式纪录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 108 段。

162. 1999年第五十一届会议期间,委员会在本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官后,任命克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。¹²³¹

163. 委员会于2000年第五十二届会议收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506和Corr.1和Add.1)。由于时间不够,委员会将对A/CN.4/506/Add.1的审议推迟到下届会议。委员会于同届会议组建了由特别报告员担任主席的一个不限成员名额的非正式磋商,对第1、第3和第6条草案进行研讨。¹²³²委员会随后在第2635次会议上决定将第1、第3和第5至第8条草案连同非正式磋商的报告提交起草委员会。

B. 本届会议审议这个专题的情况

164. 委员会本届会议收到特别报告员第1次报告的其余部分(A/CN.4/506/Add.1)和第2次报告(A/CN.4/514和Corr.1和2(仅有西班牙文))。委员会于2001年5月25日和7月9日至11日分别举行的第2680次和第2685次2687次会议审议了A/CN.4/506/Add.1号文件。委员会还于2001年7月12日至17日举行的第2688次2690次会议审议了特别报告员的第2次报告。由于时间不够,委员会仅能审议第2次报告有关草案第10和第11条的部分,并将对A/CN.4/514有关草案第12和第13条的其余部分的审议推迟到下届会议。

165. 委员会决定将草案第9条提交2001年7月12日举行的第2688次会议,将草案第10和第11条提交2001年7月17日举行的第2690次会议。

166. 委员会于2688次会议组建了由特别报告员主持的关于第9条的一个不限成员名额的非正式磋商小组。

¹²³¹ 《大会正式纪录,第五十四届会议,补编第10号》(A/54/10),第19段。

¹²³² 非正式磋商的报告载于《大会正式纪录,第五十五届会议,补编第10号》(A/55/10),第495段。

1. 第 9 条 ¹²³³

(a) 特别报告员的介绍

167. 特别报告员介绍了他的第 1 次报告增编(A/CN.4/506/Add.1), 其中叙述了关于持续国籍的草案第 9 条。他指出虽然外交保护法是个具有大量国家惯例、判例和理论的领域, 但这些法律渊源似乎均指向不同的方向。委员会的任务大部分是在其中作出选择而不是制订新规则。持续国籍问题正好说明了这一点。

168. 根据传统看法, 一个国家只能代表从引起索赔的伤害发生时到提出索赔之时(包括在提出索赔时)一直是其国国民的人实行外交保护。该传统意见得到国家惯例的印证并体现在许多协定中。传统意见的根本理由主要是防止个人谋求给予最有利的保护国家的帮助, 从而防止强国成为“索赔代理机构”。

169. 然而, 传统规则遭到基于若干理由的批评: 它很难与瓦泰勒拟制相容, 瓦泰勒认为, 对国民的损害; 即是对国家本身的损害有若干司法裁判质疑它作为一般规则的效力; 其内容不肯定, 因为诸如“发生损害之日”和国籍必须持续的截止日等关键概念不明确; 其理由已失效, 因为国家在授予国籍时非常谨慎, 法院在 Nottebohm 案 ¹²³⁴ 中指出, 索赔国必须证明它与代为提出索赔的国民之间存在有效联系; 该规则不公正, 因为它会导致无论是因国家继承还是其他原因, 如婚姻或收

¹²³³ 第 9 条内容如下:

第 9 条

1. 如果受损害人在遭受损害后确实变更国籍, 新国籍国可以针对此项损害为受损害人实行外交保护, 但须原国籍国在国籍变更发生之日未曾或并非正在对受损害人实行外交保护。

2. 如果这项索赔确实已经转移给持有另一国国籍的一个或几个人员, 也可以适用本条规则。

3. 受损害人国籍的变更或将索赔转移给另一国国民, 并不影响原国籍国针对受损害人仍为该国民时所受损害对该国一般利益造成的损害自行提出索赔要求的权利。

4. 新国籍国不得针对某人在其仍为原国籍国民时所受损害, 对原国籍国实行外交保护。

A/CN.4/506/Add.1, 第 2 页。

¹²³⁴ 《1955 年国际法院报告书》第 4 页。

养而非自愿变更国籍的个人得不到外交保护；及它不承认个人是外交保护的最终受益者。面对这样的批评，委员会似乎必须重新考虑传统立场和采纳更灵活的规则，在更大程度上承认个人为外交保护的最终受益者。

170. 特别报告员还说，虽然除对非自愿变更国籍情况作例外规定之外，可以保留该规则，但这样做还不够。因此，他提议放弃传统规则，采取新办法，即允许一国代表在损害发生之日后正当取得其国籍的人提出索赔，这种损害归咎于除先前国籍国之外的国家，但需原国籍国未曾或并非正在对受损害人实行外交保护。该条保留了防止滥用的若干保护规定：原国籍国仍将有优先；正当取得国籍的要求和索赔国与其国民之间必须存在有效联系；不得对在损害发生时个人仍为其国民的先前国提出索赔(这是为了避免诸如美国赫尔姆斯—伯顿立法引起的困难的一项保护规定)。这项立法允许通过入籍成为美国公民的古巴人起诉古巴政府，追诉在他们仍是古巴国民时古巴政府对其造成的损失索赔。第2款将新规则扩大到索赔的转移。

(b) 辩论概况

171. 委员会赞扬特别报告员在报告中对该专题的公平处理方法。同时，有人指出特别报告员给自己规定了挑战国际习惯法既定规则的艰巨任务。实际上，持续国籍规则享有习惯国际法地位的意见，在委员会得到大力支持。

172. 也有委员表示支持保持传统规则，主要因为赞成该规则的理由仍然适用，即除其他外，是出于对避免个人或国家滥用外交保护的关注。另一些委员指出，采用持续规则的主要理由不仅是“选用法庭”的滥用危险，而是对外交保护采取马夫罗马蒂斯案¹²³⁵的处理办法，即国家“实际上是在坚持自己的权利”。这意味着在违约情事发生时，个人必需拥有索赔国的国籍。此外，由于国家惯例属于优势地位，又没有新兴的原则或新作法出现，也就形成了反对改变该规则的作用。

173. 此外，据认为，如果委员会要采纳特别报告员的建议，就得增加一个条件：在违约行为发生时，被告国和代表随后取得其国籍的个人提出索赔的国家之间应存在有效义务，因为在违反义务行为发生时，即使该索赔国尚未承担该义务，它仍有可能对这一违反行为提出索赔。

¹²³⁵ 1924年马夫罗马蒂斯巴勒斯坦租让地案，《常设国际法院汇编A》第2号。

174. 反之，特别报告员关于第 9 条的提案得到支持。正如许多判决和若干作者所表示的，虽然这样一种习惯规则的存在得到承认，但有人对随着时间的推移而出现之该规则表示怀疑。有的委员表示即使公认的规则一旦不再符合国际社会的发展就可加以改变，而为这种改变提出建议正是委员会有关国际法逐步发展的职责。因此，从实际观点出发，应该促进体制的积极演变，以确保它比过去更好地保护人民和公民的利益。同样，对国家本身容易被滥用的观点有争议，因为许多国家为国籍的取得制定复杂的程序。

175. 辩论中的一个关键问题是外交保护与根据国际法保护个人之间的关系。支持特别报告员提出的新办法的委员们同意他的评估：持续国籍规则在个人权利得到国际法承认的当今世界其继续存在已经超过实际效用。委员们指出国家实行外交保护时并非为了保护自己的权利，而是谋求尊重个人权利。有人认为，实际上重要的只是提出索赔时的国籍。

176. 其他委员认为，国际法保护个人的一般趋势不能作为改变持续国籍规则的理由。有人强调在实行这种保护时，国家必须考虑受害者的人权，外交保护本身并不是一种人权机制。外交保护由于本身具有自由裁量的性质，也不是保护人权的最佳办法。也有人指出，现代外交保护主要以条约为基础，在很大程度上离不开国家之间的谈判进程，其中国家作为某一关系中的“立法者”的作用，不可能与国家作为有关权利最终保护者的作用分开。问题是如何规定个人权利和国家权利而不打破它们之间的微妙平衡。

177. 但是，委员们同意规则需要更加灵活以避免不公平的结果。支持特别报告员提案的委员们认为需要为此修改规则本身，但多数委员倾向于取保留传统规则的中庸之道，当然这不妨碍为没有可能获得一个国家保护的一个人规定一些例外。有人建议，基本的例外情况，应是因国家继承、结婚和收养的原因，而使受保护人非自愿改变国际的情况。还有人建议，将这条规则扩大到其他情况，如因继承或代位引起索赔发生变化，造成涉及不同国籍的情况。还有人建议为无国籍人和例如由于原国籍国因解体或支解而消失因而无法适用持续规则等情况规定进一步的例外。然而，有人对“非自愿”和“自愿”变更国籍两种情况的区别和其他事项提出了疑问。

178. 对于特别报告员拟议的第 1 款，有人建议加以改写，以阐明传统规则。此外，有人认为，正当改变国籍的要求过于主观，在法人变更国籍的情况下更是引起问题。有人提议，Nottebohm 案中所采用的“有效”联系要求足以防止滥用行为。也有人提议，以指明原国籍丧失的方式澄清“变更国籍”的提法，以避免竞相提出要求的可能性。也有人认为，这一短语用词不当，因为它没有指明适用的法律，也没有指明发生这种“变更”的条件。

179. 关于第 2 款，有人建议，对法人之间转让索赔与自然人之间转让索赔两者加以区别，法人的情况不属于本条款的范围。但是，有人提醒，委员会在上届会议所持的看法，是它不妨在稍后阶段重新考虑条款草案到底要不要包含保护法人的问题。¹²³⁶ 特别报告员确认他的理解是，他的任务范围包括法人的待遇，但不包括国际组织提供的保护。他表示，他打算起草关于持续国籍规则和在法人情况下索赔可转移性的具体条文。还有人对转让的概念是否有充分依据，表示深为怀疑。

180. 据指出，索赔的可转移性问题需要得到比报告中所给予的还要多的考虑。有人认为，第 2 款需要具有更大的限制作用，以便只有在非自愿转让(例如受害人死亡)而不是自愿转让的情况下才免用持续规则。也有人认为应该澄清“国际索赔”这一用语。

181. 关于第 3 款，有人认为，不应该将索赔国的一般利益同具体受害的个人的一般利益分开。同样，有人坚持认为，这一款可能引起混淆，因为它似乎把国家对国际不法行为的责任放在与外交保护同样的地位上阐述。

182. 虽然有人表示支持第 4 款，但提议用范围更广的措词加以拟定。还有人指出，这项规定会引起问题，因为根据有些国家的国内立法，其国民不可能丧失国籍。至于 Helms-Burton 法案问题，有人认为，该法案可能具有的不当性质主要涉及其域外适用，其次才涉及与该款中所述规则的任何抵触问题。

183. 有人建议委员会审议与索赔的国籍有关的以下几个问题：(1) 国际组织的情况，为其官员之一同时行使职能保护和外交保护(依照对所受伤害要求赔偿的意见¹²³⁷)；(2) 某一船舶或飞机的国籍国愿以船员或机组人员和(在可能范围内)

¹²³⁶ 《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 495 段。

¹²³⁷ 为在联合国勤务中所受伤害要求赔偿(咨询意见)，《1949 年国际法院报告书》第 174 页。

以船舶或飞机乘客(不论有关个人的国籍为何)的名义提出索赔的权利；¹²³⁸ (3) 甲国在得到乙国授权的情况下对乙国国民行使外交保护的情况；和(4) 一国或一国际组织管理或控制一领土的情况。

(c) 特别报告员的总结

184. 特别报告员重申，他认为：根据瓦特勒的法律拟制，国家在代表它的国民采取行动时，也保护了它自己的利益，这套制制不是持续国籍规则的基础，因为它意味着只在发生损害时的国籍国才有可能成为索赔国，而不论受伤的个人在提出索赔时是否仍然保留该国的国籍。他承认，他为第 9 条拟议的案文具有创新性，尽管有些发过言的委员表示支持他，但他们属于少数。然而，委员们一致认为，必需维持某种形式的灵活性和变化。实现这一点的办法是对规则制定合理的例外，特别是在国家继承和婚姻方面。起草委员会也将必须考虑在长期居住后入籍是否构成该规则的例外。他还回顾了一些委员们提出的若干令人信服的批评，主要涉及正当变更国籍的概念；有些委员在发言时认为委员会对索赔的转移问题不够重视。他也认为，必须进一步审议开始日和终止日的问题。

¹²³⁸ 见 M/V “Saiga” (No. 2)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚), 1999 年 7 月 1 日的判决, 第 172 段。

2. 第 10 条¹²³⁹

(a) 特别报告员的介绍

185. 特别报告员在介绍第 10 条草案和必须用尽当地补救办法的一般规则时说，显而易见，该规则是国际法的一项习惯规则。这一点在 *Interhandel* 案¹²⁴⁰ 和 *Elettronica Sicula (Elsi)*案¹²⁴¹ 中得到国际法院的确认。它是建立在尊重东道国主权及其司法机构的基础之上的。他回顾说，关于用尽当地补救办法规则的条款草案载于 1996 年一读通过的国家责任条款草案(条款草案第 22 条)，¹²⁴² 但之后委员会决定将该问题留交外交保护草案。

186. 第 10 条草案旨在为关于用尽当地补救办法的随后条款确立框架。第 1 款确认规则之存在及其对自然人和法人的适用。然而，它不适用于涉及从事统治权行为的外交官或国营企业的情况，因为对他们的损害就是对国家的直接损害，因而不需要用尽当地补救办法。

187. 特别报告员还认为，不可能始终在关于外交保护的整个条款草案中在初级规则和次级规则之间保持区别。这一区别对关于国家对国际不法行为的责任的条款草案至关重要，但在外交保护方面次之。这是因为在编纂当地补救规则的多数努力尝试中，主要突出的就是司法不公的概念。尽管他过去认为司法不公问题涉及初级规则而不应该在此处理，但自此以来，他逐步认为该问题应予以考虑。

¹²³⁹ 第 10 条内容如下：

第 10 条

1. 一国对其国民、不论自然人或法人所遭受的损害，在该受害国民依照第 15 条的规定在据称应对其损害负责的国家内用尽一切可以利用的当地补救办法之前，不得提出国际要求。

2. “当地补救办法”指自然人或法人作为合法权利可以在普通的或特别的司法或行政法院或当局获得的补救办法。

A/CN.4/514, p. 3.

¹²⁴⁰ 《1959 年国际法院报告书》第 6 页。

¹²⁴¹ 《1989 年国际法院报告书》第 15 页。

¹²⁴² 《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 65 段。

188. 第 2 款叙述了当地补救规则的内容，在用尽一切当地法律补救办法之前不得提出国际索赔。然而，围绕“法律补救办法”一词的定义存在异议。显然，它包含国内制度规则的所有法律补救办法以及行政补救办法。在国内法律制度中，当这些补救办法为一项权利时，则可以加以利用，但在它们属于自由裁量性质或作为恩赐而给予时，则无从获得。他还指出，Ambatielos 案¹²⁴³因要求索赔人用尽国内法院可以利用的“程序办法”而引起问题。该裁决等于警告未能在国内一级适当提出诉讼的索赔人不能在国际一级重新提出该事项。他还提到不需要外侨在国内法院提出他或她打算在国际一级提出的所有论点的原则。最后，第 2 款规定，若要使该规则适用，则必须在理论和实际上“可以利用”这里所指的补救办法。

(b) 辩论概况

189. 有人表示支持用尽国内补救办法规则，视之为公认的习惯国际法规则。尽管有人认为第 10 条可重新拟成该规则的综合定义，随后伴之以更具体的规定，也有人表示支持特别报告员用若干条而不是一条冗长的条款处理该专题的办法。但是，有人指出，对应该要求的具体性要有限制，因为当地补救办法规则的适用很大程度上取决于当地情况。

190. 关于第 1 款，有人建议对“国际要求”的提法加以说明；对“可以利用的……补救办法”等字需要更加仔细斟酌。另外，有的委员指出该款缺少何为有效的标准，传统上它是该规则的一个方面。有的委员认为，如果不增加“有效”的修饰语，“一切”可以利用的当地法律补救办法的提法将含义太广，会给受害人带来过分的负担。反之，有的委员对列入“有效”的要求表示怀疑，因为这种标准主观性大，势必导致讨论公平审判问题——国际法中一个有争议的问题。再者，基于条款草案除另行明确说明外适用于自然人和法人的谅解，有的委员建议删除“自然人或法人”的提法。

191. 关于第 2 款中“当地法律补救办法”的定义，有的委员认为，每个国家根据自己的程序(在许多情况中根据宪法)规定其补救办法。据认为，该款可载述用

¹²⁴³ 《联合国国际仲裁裁决报告书》第 12 卷第 120 页。

尽补救办法的目的；在某些情况下，可以利用当地补救办法防止损害，而在其他情况下，仅仅为了提供赔偿。

192. 关于“法律”一词，有人认为，它可以包括个人有权期待作出决定、判决或行政裁决的所有法律机构。还有人认为，“法律”一词是多余的。虽然有的委员表示支持特别报告员的立场，即应该把非法律或裁量性补救办法排除在当地补救办法规则之外，但有人认为，重要的是结果，而不是达到结果的手段。有人问起：“当地”一词是否包括向诸如欧洲人权法院一类的区域人权机制提出申诉。

193. 有人认为，特别报告员对“行政补救办法”的解释过于狭隘。有人要求对报告(第 14 段)关于从法庭获得行政补救办法的提法加以说明，因为许多此类补救办法是无法从法庭获得的。也有人问起：诉诸监察员是否可以视为行政上的“当地补救办法”。

194. 有的委员表示支持特别报告员的意见，即：并非在所有情况中均需要区别初级规则和次级规则，僵化地坚持这种区分可能使得司法不公的概念受到排斥。反之，有的委员说不需要载列关于司法不公问题的规定，因为它是当地补救措施缺乏“效能”的事例之一。

195. 有的委员对芬兰船舶仲裁案¹²⁴⁴中的“规则”表示怀疑，该案要求诉讼方在国内诉讼中提出打算在国际诉讼中提出的所有论点。有人认为，该规则必须灵活适用，以便承认，固然某项论点可能足以在地方一级证实一项要求，但在国际一级可能办不到。

(c) 特别报告员的总结

196. 特别报告员说，虽然各位发过言的委员基本上接受第 10 条，但他们提出了措词方面的建议，将由起草委员会予以审议，他接受对有关列入“自然人或法人”短语提出的批评。他还说打算用单独的一条处理有效问题。然而，他认识到仍然有必要在第 10 条表明补救办法既可以利用又应该有效，以便体现国际法中的流行观点。在诸多情况中对可利用性的检验确实是充分的，但有事例(如在 Robert E. Brown

¹²⁴⁴ 《联合国国际仲裁裁决报告书》第 3 卷第 1484 页。

索赔案¹²⁴⁵中)表明: 需要根据被告国司法制度考虑当地补救办法是否有效, 这意味着对该国实行的司法标准提出质疑。

197. 他进一步解释说, 第 2 款是对当地补救办法拟订一条范围广泛的定义的尝试, 以便说明个人应用尽整个一系列可以利用的法律补救办法。关键点不是法律补救办法的一般性或特殊性, 而是它是否提供了进行有效补救的可能性。

198. 此外, 他注意到, 有些委员对外国诉讼人必须在国内诉讼中提出打算在国际诉讼中提出的所有论点的“规则”提出了一些批评。他承认对该规则并非没有异议, 正是因为这样, 他才没有将该规则列入该条款文。

199. 关于保留初级规则和次级规则之间的区别和列入一项关于司法不公问题的规定是否明智的问题, 他说委员们对是否列入这项概念发表了不同的意见。

3. 第 11 条¹²⁴⁶

(a) 特别报告员的介绍

200. 特别报告员解释说, 第 11 条草案叙述了为用尽当地补救办法规则之目的对“直接”要求和“间接”要求所作的区别。本条款草案需要这样一项规定, 以便确定哪些情况属于本条款草案的范围。基本原则是, 只有当国家的国民受到损害时, 即: 该国因其国民遭到损害而受到“间接”损害时, 该规则才适用。它不适用于国家本身受到直接损害的情况。

201. 为确定所受损害类型提出了两条标准: (1) 主要要素检验和(2) 必要条件检验。他认为仅通过一种检验可能就足够了。根据第一种检验标准, 问题在于受损

¹²⁴⁵ 《联合国国际仲裁裁决报告书》第 6 卷第 120 页。

¹²⁴⁶ 草案第 11 条内容如下:

第 11 条

提出国际要求或请求作出与该项要求有关的宣告性裁决的主要依据是一国国民所受的损害, 而且纯粹因为该国国民遭受损害才提出法律诉讼程序时, 应用尽当地补救办法。〔在裁决此事项时应考虑所要求的补救方法、要求的性质和争端的主题等因素。〕

害的是否主要是索赔国的国民，在这种情况下，索赔国所受损害是间接的，因而适用用尽当地补救办法的规则。在另一种情况下，根据必要条件检验标准，必须确定索赔是否纯粹因为索赔国国民遭到损害才提出的。他指出，文献中还载有其他标准，包括：争端的“主体”、要求的“性质”、所寻求的补救的性质。例如，如果一国只要求宣告性的补救，这可能表明损害是直接的。然而，如果一国为个人所受损害寻求宣告性命令以及赔偿，在这样的情况下得由法院确定何为主要要素。此外，他认为，有必要注意这样的可能性：一国寻求宣告性命令仅仅是为了避免用尽当地补救办法规则。他认为，在确定索赔是“主要”依据直接损害抑或间接损害时，要考虑额外三个因素。就此而论，并不需要在条款草案中分别提到它们。然而，还是将它们放在括号内，这是为了征求委员会对是否将它们列入条款草案中提供指导。

(b) 辩论概况

202. 虽然有人表示支持第 11 条，认为它体现了时下的实践情况，但也有人认为对该条要作进一步斟酌。提出的建议包括合并第 10 条和第 11 条，和删除整个第 11 条，因为它超越了外交保护的范畴。

203. 有人认为，“直接”和“间接”损害的术语会令人产生误解。有人提到，说法语的人对“*dommage mediat*(间接损害)”和“*dommage immediate*(直接损害)”的区别。“直接”损害是国家直接受到的损害，“间接”损害则是国家因其国民受到损害而受到的损害。

204. 有人认为，该条的主要分歧意见，是如何在复合要求情况中评价“主要要素”。也有人指出，若国家受到的损害与个人受到的损害相同，就会出现不能适用主要要素检验的情况。还有人认为，不应该把两种检验视为累积适用，也不应该要求在进行必要条件检验之前进行主要要素检验。有人又指出，在 *Elettronica Sicula (ELSI)* 案中虽然主观检验得到一些支持，该案和 *Interhandel* 案中与本条相关的问题是，实质上是否仅存在一个、并且是同一个争端，以及它是否涉及对一个国民的损害。

205. 关于寻求宣告性补救的问题，有人认为，受害国有权要求停止违反协定行为，而无需首先寻求当地补救办法。

206. 关于要考虑的一系列额外因素，有人认为可以将其删除，因为在编纂法律案文中列入说明性事例并非惯例。反之，有人认为，鉴于括号内的句子确立了标

准而不是列举事例，对有关该问题的决定又必然是主观的，所以应该保留括号内的句子。

(c) 特别报告员的总结

207. 特别报告员回顾说，委员们提出了各种措词性建议，指出了须由起草委员会审议的一些进一步问题，包括能否仅使用主要要素检验的问题。他说，对括号内所列额外因素有意见分歧。他也注意到对“直接”和“间接”损害用词的批评。他指出，虽然他在报告中使用了这些字眼，但并没有在条款本身使用。

第八章

国家的单方面行为

A. 导言

208. 委员会在 1996 年第四十八届会议工作报告中，建议大会将“国家的单方面行为”作为一项适于编纂和逐渐发展国际法的专题列入议程。¹²⁴⁷

209. 大会第 51/160 号决议第 13 段除其他外请委员会进一步审查“国家的单方面行为”这一专题，并指出该专题的范围和内容。

210. 委员会在 1997 年第四十九届会议上设立了关于这个专题的工作组，工作组就该专题进行研究的可取性和可行性、专题的可能范围和内容以及该专题的研究大纲，向委员会作了报告。委员会同届会议审议并核可了工作组的报告。¹²⁴⁸

211. 委员会第四十九届会议还任命维克托·罗德里格斯-塞德尼奥先生为这一专题的特别报告员。¹²⁴⁹

212. 大会第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会决定将这一专题列入议程。

213. 委员会 1998 年第五十届会议收到并审议了特别报告员关于这个专题的第一次报告。¹²⁵⁰ 讨论的结果，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

214. 工作组就这个专题的范围、形式、单方面行为的定义和特别报告员今后的工作等问题向委员会作了报告。在同届会议上，委员会审议并核可了工作组的报告。¹²⁵¹

215. 委员会 1999 年第五十一届会议收到并审议了特别报告员关于这一专题的

¹²⁴⁷ 见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 185 和第 279 页。

¹²⁴⁸ 见《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第 196-210 段和第 194 段。

¹²⁴⁹ 同上，第 212 和 234 段。

¹²⁵⁰ A/CN.4/486。

¹²⁵¹ 见《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 192-210 段。

第二次报告。¹²⁵² 讨论的结果，委员会决定重新召集国家的单方面行为工作组。

216. 工作组向委员会报告了下列有关问题：(a) 暂用的单方面行为定义的基本要点，作为这个专题下一步工作和收集有关国家实践的出发点；(b) 确定在收集国家实践方面的总体方针；(c) 特别报告员今后的工作方向。关于以上(b)点，工作组在与特别报告员磋商后确定了由秘书长送交各国的一份调查表的大纲，请各国提供有关材料，通报本国在单方面行为领域的实践及其对委员会专题研究所涉某些方面内容的立场。

217. 委员会 2000 年第五十二届会议审议了本专题特别报告员的第三次报告¹²⁵³ 以及各国对 1999 年 9 月 30 日分发的本专题问题单的答复。¹²⁵⁴ 委员会在 2000 年 6 月 7 日第 2633 次会议上决定将订正的第 1 条和第 4 条草案移交起草委员会并将订正的第 5 条草案移交本专题工作组。

B. 本届会议审议本专题的情况

218. 委员会本届会议收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/519)。

219. 委员会在 2001 年 7 月 20 日、25 日和 26 日的第 2693 次、第 2695 次和 2696 次会议上审议了特别报告员的第四次报告。

1. 特别报告员介绍其第四次报告

220. 特别报告员说，第四次报告论述了两个基本问题：制订对单方面行为进行分类可依据的标准，以及根据适用于所有单方面行为(不论其实质内容为何)的规则解释单方面行为。

221. 特别报告员说，报告是根据各种各样的文献、委员会委员和各国政府的评论以及报告中提到的判例和一些国家实践编写的。他强调指出，许多国家政府在起初一段时间持怀疑态度之后，已对本专题所进行的的工作持比较积极的看法。此

¹²⁵² A/CN.4/500 和 Add.1.

¹²⁵³ A/CN.4/505.

¹²⁵⁴ A/CN.4/500 和 Add.1.

外，他表示有必要就本专题的概述部分，特别是就结构达成协议；拟订特殊类别单方面行动的条款草案目前似乎还不可行也不方便。

222. 特别报告员说，委员会需要就与下列事项有关的问题提供指导：导致单方面行为无效的原因、确定单方面行为什么时候产生法律效果，这又将导致确定该行为什么时候是可对抗的或可执行的。他解释说，区分以下两个时刻极为重要：一是行为形成、产生法律效果同时保留其单方面性质的时刻，另一是行为具体化、因此具有双边内容同时又从未失去其严格的单方面性质的时刻。

223. 关于沉默与单方面行为的关系问题，特别报告员说，沉默不能界定为委员会正在讨论的意义上的法律行为。

224. 关于解释性声明，特别报告员说，一般来说，它们与已有的案文有关，但认为如果声明超越条约所载的义务，声明即成为独立行为，一国可据此承担国际承诺；因此这些解释性声明将列入本专题范围内的单方面行为。

225. 相反，特别报告员认为反措施不能在同一范围内进行审议，因为它们是一国的回应措施，因此缺乏必要的自主性，也因为它们并不是明确地为了产生法律效果而作出的。

226. 特别报告员说，单方面行为的分类很难；一个行为可用各种不同的方式描述，可能属于一个或多个传统单方面行为类别。他建议以法律效果标准作基础进行分类。因此，将有两大类：一类是一国借以承担义务的行为，另一类是一国借以重申一项权利的行为。前一类的例子包括许诺、放弃和承认，后一类的例子是抗议。他还建议委员会把重点放在属于上述第一类的行为。

227. 关于单方面行为的解释及其适用规则，特别报告员认为，1969年《维也纳条约法公约》所载的解释规则，可作为拟订解释单方面行为的规则的有效参考，这已在一些仲裁裁决中得到证明。他还说，这类解释规则将是对所有单方面行为的共同规则。这方面，他指出，善意地并参照行为发生的情况来解释行为，肯定地将适用于单方面行为。为了解释目的，情况也将包括声明的序言部分和附件。特别报告员说，随后的实践对单方面行为的解释可能也是重要的。

228. 相反，特别报告员认为条约的“目的和宗旨”不能够用于解释单方面行为；原因是它涉及专适用于条约关系的条款。他认为补充的解释资料，例如准备工作和单方面行为发生时的情况，可在解释该行为时加以考虑。关于准备工作，虽然

在很多情况下很难得到，但作为解释的辅助手段可能是有用的，正如报告中引用的判例所表明的。国际法庭也有为了解释国家作出单方面行为的意图，而采用行为情况的做法。

229. 最后，特别报告员说，他提议的关于解释的一般规则和关于补充的解释资料的两个条款草案，¹²⁵⁵ 是基于《维也纳公约》的规定，但已加以修改以反映单方面行为的特殊性。

2. 辩论情况摘要

230. 一些委员重申了本专题的重要性并对报告中提到有关单方面行为的学说和司法裁决表示满意，但他们也说提供更多的有关所引用案件的事实资料对于分析单方面行为的法律效力和影响将大有帮助。

231. 他们说可以更多地注意单方面行为事件，不过他们承认这可能有点困难，因为法庭只有在没有其他办法可用时才借助于单方面行为。

232. 有些委员认为单方面行为专题不适合编纂法典，特别是因为在界定和归类这类行为时遭遇的困难。他们认为突出行为的自主性和“行为”的概念继续造成问题；在这方面，他们说最好论及需要另一国家作出某种反应的“国家行为模型”。

¹²⁵⁵ (a)条草案如下：

解释的一般规则

1. 单方面行为应按照在声明中所使用的措辞在其上下文所具有的通常意义并依照行为国的意图善意地予以解释。
2. 为解释单方面行为的目的，上下文除约文外应包括序言和附件。
3. 除上下文外，仍须考虑在实施该行为所遵循的任何嗣后惯例，以及适用于行为国与对象国间关系的任何有关的国际法规范。

(b)条草案如下：

补充的解释资料

为了证实由于适用(a)条所得的意义，或按照(a)条作出的解释：

- (a) 意义不明或难解时；或
- (b) 导致显然荒谬或不合理的结果时，

可能必须借助补充的解释资料，其中包括作出该行为的准备工作以及作出该行为时的情况资料在内。

233. 他们还说，继续讨论与本专题有关的高度理论性问题，会减少已经取得的相对但易被破坏的明朗性，在这方面，他们指出比较实际地处理本专题能够比较有助于取得进展。

234. 关于本专题的范围，有人指出它仍然太狭窄，应当扩大包括非自主性单方面行为。此外，有人表示希望还可进一步阐述无否认权问题、特别是它与放弃的关系，以及沉默的问题。不过，也有人支持维持狭义的单方面行为定义，仅包括产生作为国际法来源的权利和义务的行为。

235. 有人提请注意在有些情况下，例如有效占领，需要有一系列的单方面行为才能产生法律效果，而第四次报告似乎仅限于讨论单一的单方面行为。还有人对在单方面行为范围内提及解释性声明和反措施的适当性表示怀疑。

236. 对特别报告员建议的单方面行为分类表示了各种不同意见。其中一种意见认为，有些行为可能属于两个类别，例如宣布中立，据此一国不仅承担义务也重申其权利，或宣战。另一种意见认为，建议的第二个类别，即一国借以重申权利的单方面行为，需要加以扩大以便包括创立或确认权利的行为。还有另一种意见对拟议的分类表示严重怀疑，特别是第二个类别需要进一步阐明重申权利的概念；例如这一类别是否包括重申对领土的权利。还有人提出，法理学并未反映理论上对单方面行为的分类。

237. 也有人认为，象有些国家所说的，有可能拟订进一步的单方面行为分类标准。这又可用于根据国际法院的判例法和国家实践拟订一套条款草案；然后特别报告员可考虑另外拟订准则，说明一般规则可或不可适用于哪一个类别。

238. 有一种相反的意见认为，分类本身并不那么重要，甚至造成不必要的混乱；在这方面，有人指出有关本专题的判例比较注重确定行为是否具有约束性，而不注重所涉行为的类型。

239. 对特别报告员建议的关于单方面行为的解释的条款草案有各种不同的意见。有一种意见认为，论述解释问题为时过早，因为这项工作可以等到拟订了一整套条款草案之后再作。

240. 也有人指出“解释”一词在第四次报告第二部分中的用法有两种：都用以表示调查一种行为是否为单方面的方法，而其通常意义仅是次要的。还有人认为，

报告似乎将确定用于决定一种行为是否的确属单方面性质的标准，同狭义地解释单方面行为混在一起。

241. 有些委员同意特别报告员的看法，即 1969 年和 1986 年《维也纳公约》的规定可作为拟订解释单方面行为的规则的基础，其他委员则认为这些规定太一般性不能用于这一目的。《维也纳公约》的规定不能够类推采用，因为单方面行为有点独特性；例如，单方面行为的准备工作可追溯到几十年前。因此对上述规定的依赖应尽可能地小。

242. 有人说，在解释规则中，一个类似 1969 年《维也纳条法公约》第 31 条第 1 款为条约规定的基本规则的规则可以如下拟订：行为应按照行为的用词在其上下文所具有的通常意义并依照其目标善意地予以解释。

243. 有人认为，为解释目的不应当不提单方面行为的目的和宗旨。在这方面，有人指出，一国从事单方面行为的意图在两种情况下是相关的：确定是否存在单方面行为，这是“核试验案”的中心问题；和确定如何解释行为，尽管并非总能明确区分这两个问题。

244. 有人说建议的条款草案有一些互相矛盾的内容，因为它们以意图作为主要标准，同时又在补充的解释资料中纳入可以确定作出单方面行为的意图的主要方式，即准备工作和作出该行为时的情况。有人对意图在解释单方面行为中具有最高重要性表示怀疑，因此认为最好采用国际法院的做法，适当地考虑到意图但又不依照意图解释单方面行为。行为国以外的国家有权依赖行为本身而不依赖意图，因为意图可能是主观的，而且在很多情况下难以捉摸。不过，有一种意见认为，行为国的真正意愿应当是解释单方面行为的决定性因素，因为在很多情况下单方面行为的内容与行为国的真正意愿并不一致，因为该行为是在其他国家或国际舆论的强大压力下作出的因而使行为国以超越它可能真正认为必要的方式承担义务。因此行为国的真正意愿和宣称的意愿是有分歧的，因而有必要对单方面行为采用限制性的解释。

245. 有人指出，关于单方面行为的第 1 条草案并未将这种行为限于书面形式，因此如果维持上述定义，解释规则需要作出相应的修改，因为 1969 年《维也纳公约》的规定是限于书面协定。他们还说，与条约的情况不同，单方面行为的解释应当更多地强调主观的解释。

246. 有人对把序言概念适用于单方面行为表示怀疑。关于使用上下文解释单方面行为，有人说这一概念适用于单方面行为时的范围应比适用于条约时的范围更大。

247. 一些委员认为，准备工作作为解释单方面行为的补充手段，是可以接受的，但有权依赖该行为的国家必须能够在合理范围内得到它。

248. 就建议的两个条款草案提出了若干起草建议。若干委员表示支持由特别报告员编写一份报告，收入到目前为止他提出的所有条款草案，以及修订的关于解释问题的两个新的条款草案。报告将考虑进在委员会上表达的意见。

3. 特别报告员的结束语

249. 特别报告在对辩论作总结时说，尽管开展本专题的工作引起了各种复杂问题，因而在这方面仍继续存在一些疑问，多数委员相信单方面行为是很重要的，并认为本专题可以继续发展。

250. 关于单方面行为的分类问题，特别报告员表示他优先选择第四次报告中提出的建议，但他不排除在将来研究学说中提到的传统单方面行为的可能性。条款草案的结构应基于行为的分类和法律效果标准似乎是可行的；但这并不排除对每一单方面行为的效果进行分析。

251. 关于国家实践的问题，他认为其中有一些已经反映在判例法中，但同意需要得到更多有关这类实践的证据。在这方面，他说工作组正在考虑拟订问题单请各国提供进一步有关单方面行为的国家实践的资料。

252. 关于单方面行为的解释规则，特别报告员重申了他的看法，即这些规则适用于所有单方面行为，因此可以纳入条款草案的概述部分。他同意有必要区分一国公开宣称的意愿和真正的意愿，但强调前者给予国际法律关系较多的法律确定性和安全感。

253. 关于准备工作不一定能被行为国以外的所有国家得到，因此使其他国家处于不利地位一事，特别报告员建议将准备工作当作发生单方面行为相关情况的一部分。

4. 工作组

254. 委员会在 2001 年 7 月 25 日第 2695 次会议上设立了一个不限成员名额的工作组。国家单方面行为工作组由特别报告员主持于 2001 年 7 月 25 日和 8 月 1 日举行了两次会议。委员会在 2001 年 8 月 3 日第 2701 次会议上注意到工作组主席的口头报告。按照工作组的建议，委员会请秘书处将一份问题单分发给各国政府，请它们就它们作出和解释单方面行为的实践提供进一步资料。

第九章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的方案、程序和工作方法 及委员会的文件

255. 委员会在 2001 年 5 月 15 日举行的第 2676 次会议上，为整个届会设立了一个规划组。¹²⁵⁶

256. 规划组举行了三次会议。它讨论了大会第五十五届会议第六委员会讨论专题摘要 F 节，题为“委员会的其他决定和结论”。¹²⁵⁷

257. 委员会在 2001 年 7 月 25 日举行的第 2695 次会议上，注意到规划组的口头报告。

258. 规划组审议了一则关于选入国际法委员会的人员的提议。规划组认为这个问题还需做更加深入的审议，因此今年无效就该提议作出决定。

259. 注意到大会第 55/152 号决议第 8 段，而且为了更加有效地利用现有的时间，委员会根据规划组的建议，决定在其第五十四届会议第一部分的第一个星期优先就其长期工作方案所包括的五个专题中的两个任命两名特别报告员。¹²⁵⁸

260. 为回应大会第 55/152 号决议第 13 段中的要求，委员会通过以下列方式组织其工作方案来努力实施节约费用的措施，即把其届会的第二部分的第一个星期专门用于让工作组对关于国家责任的条文草案进行评论。工作组由梅莱斯卡努先生担任主席，成员只有委员会的 12 名要员，对国家责任专题的评注，做必要的初步审查。

¹²⁵⁶ 关于规划小组的组成，参见上文第 5 段。

¹²⁵⁷ 文件 A/CN.4/513。

¹²⁵⁸ 大会第五十五届会议正式记录，补充编第 10 号(A/55/10)，第 729 段。

B. 第五十四届会议的日期和地点

261. 委员会决定于 2002 年 5 月 6 日至 6 月 7 日和 7 月 8 日至 8 月 9 日在联合国日内瓦办事处举行一次总共为期 10 周的分期届会。

C. 与其他机构的合作

262. 国际法院院长纪尧姆法官在委员会 2001 年 7 月 30 日第 2698 次会议作了发言，他向委员会通报国际法院最近的活动和法院正在审理的案件。发言后双方交换了意见。委员会认为，继续同国际法院进行这种交流十分有益。

263. 盖拉尔多·特雷霍斯·萨拉斯博士代表美洲法律委员会出席了委员会本届会议。特雷霍斯·萨拉斯博士在委员会 2001 年 5 月 4 日第 2673 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。

264. 拉斐尔·贝尼特斯先生代表欧洲法律合作委员会和欧洲委员会国际公法法律顾问委员会出席了委员会本届会议。贝尼特斯先生在委员会 2001 年 8 月 2 日第 2700 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。

265. 亚非法律协商组织秘书长瓦菲克·卡木勒先生代表该机构出席了委员会本届会议。卡木勒先生在委员会 2001 年 8 月 6 日第 2702 次会议上作了发言，他的发言载于该次会议的简要记录。

266. 2001 年 8 月 2 日，委员会委员与国际红十字委员会法律事务部的工作人员就两个机构共同感兴趣的问题非正式地交换了意见。

D. 出席大会第五十六届会议的代表

267. 委员会决定，由委员会主席彼得·C·卡巴齐先生代表出席大会第五十六届会议。

268. 此外，委员会还在 2001 年 8 月 10 日的第 2710 次会议上，请国家责任专题的特别报告员詹姆斯·克劳福德先生根据大会第 44/35 号决议第 5 段的规定，出席大会第五十六届会议。

E. 国际法讲习会

269. 依照大会第 55/152 号决议, 第三十七届国际法讲习会于 2001 年 7 月 2 日至 20 日(委员会本届会议期间)在万国宫举行。讲习会的对象是攻读国际法专业的高等学位的学生和打算从事外交或学术生涯或在其本国公务员系统中任职的年轻教授或政府官员。

270. 主要来自发展中国家而分属不同国籍的 24 名学员参加了这届讲习会。¹²⁵⁹ 讲习会的学员观察了委员会的全体会议, 参加了特别安排的专题演讲和关于特定专题的工作组。

271. 讲习会由委员会第二副主席恩里克·坎迪奥蒂先生主持开幕。联合国日内瓦办事处法律事务高等干事乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生负责讲习会的行政管理、组织事宜和会议的进行。

272. 委员会下列委员作了演讲: 维克多·罗德里格斯·塞德尼奥先生:“国家的单方面行为”; 伊恩·布朗利先生:“国际法院的工作”; 盖哈德·哈夫纳先生:“国际刑事法庭”; 布鲁诺·西玛先生:“人权和国际法委员会”; 彭马拉朱·S·拉奥先生:“由国际法不禁止的行为所产生的有害后果的国际责任”; 和詹姆斯·克劳福德先生:“国家责任”。

¹²⁵⁹ 下列人士出席了第三十七届国际法讲习会: Minerva Acosta 女士(多米尼加共和国); Simona Alexova 女士(保加利亚); Uma Sekkar Balasighamani 女士(印度); Alvaro Henry Campos Solorzano 先生(萨尔瓦多); Sandra Charris Rebellon 女士(哥伦比亚); Jose Luis Fernandez Valoni 先生(阿根廷); Tatyana Friedrich 女士(巴西); Elana Geddis 女士(新西兰); Tira Greene 女士(特立尼达和多巴哥); Idil Isil Gul 女士(土耳其); Xiaomei Guo 女士(中国); Guy Martial Hanguai 先生(喀麦隆); Lauri Malksoo 先生(爱沙尼亚); Zephyrin Maniratanga 先生(布隆迪); Yuri Marchenko 先生(白俄罗斯); Ivon Mingashang 先生(刚果); Duc Pham Huu 先生(越南); Rajesh Poudyal 先生(尼泊尔); Phenyio Rakate 先生(南非); Marie-Gisele Ranampy 女士(马达加斯加); Ilia Ratchkov 先生(俄罗斯); Nouhoum Sangare 先生(马里); Barita Saragih 先生(印度尼西亚); Stephan Wittich 先生(奥地利)。由 George Abi-Saab 教授(日内瓦国际关系研究院名誉教授)担任主席的遴选委员会于 2001 年 5 月 9 日开会, 并从 108 名申请人之中选出 24 名人参加讲习会。

273. 下列人士也作了演讲: George Abi-Saab 先生: “世界贸易组织解决争端机制与其他管辖的比较”; 和法律事务办公室副法律官员 Arnold Pronto 先生: “国际法委员会的工作”。应欧洲核研究组织的法律顾问 Jean-Marie Dufour 先生的邀请, 化了一整天时间参观该组织。讨论集中于与欧洲核研究组织有关的法律事务。讲习会学员有机会参加了经济及社会理事会高级别部分的开幕, 并且听取了联合国秘书长的演讲。

274. 讲习会学员被分配到三个工作组中的一个, 在下列委员会成员的指导下, 研究特定的专题: “分享的自然资源”(哈夫纳先生); “公司的外交保护”(杜加尔先生); 以及“国际组织和会员国的责任”(古贾先生)。每个小组把它的研究所得提交给讲习会。学员们还被分配到其他工作组去, 这些工作组的主要任务是准备每次演讲之后的讨论, 并就这些演讲提交简要报告。已经将报告汇编成册并分发给各位学员。

275. 也给学员们利用联合国图书馆的设施的机会。

276. 日内瓦共和国和州向学员们提供了传统的热情接待, 由导游带领参观阿拉巴马厅和大理事会厅, 之后又举行了招待会。

277. 在讲习会闭幕式上, 主席彼得·C·卡巴齐先生、乌尔里希·冯·布卢门塔尔先生代表联合国日内瓦办事处, 埃琳娜·格迪斯女士(新西兰)代表学员向委员们和学员们致词。每一名学员都收到一份证书, 证明他/她参加了第三十七届讲习会。

278. 委员会特别感谢地指出, 奥地利、芬兰、德国、瑞士和联合王国政府向联合国国际法讲习会信托基金提供了自愿捐款。今年, 向 16 名学员颁发了全额补贴的研究金(旅费和生活津贴), 向 6 名学员颁发了部分补贴的研究金(给予生活津贴或者旅费)。

279. 1965 年开始举办讲习会以来, 在分别属于 150 个不同国籍的 831 名学员当中, 有 483 名获得研究金。

280. 委员会强调, 它十分重视各届讲习会, 这些讲习会使特别是来自发展中国家的年轻律师能够熟悉委员会的工作和总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。委员会建议大会再度向各国发出呼吁, 请它们提供自愿捐款, 以保证能在 2002 年举办讲习会, 并有尽可能多的学员参加。必须强调指出, 由于捐款日益减少, 讲习会

的组织者今年已经不得不动用基金的准备金。如果这种状况继续下去，基金资源今后恐怕无法提供相同数额的研究金。

281. 委员会满意地注意到，2001年度讲习会获得了综合口译服务。尽管目前财力拮据，希望下届讲习会也能获得同样的服务。

-- -- -- -- --