

状的定义的解释是可以接受的，所采用的办法把赔偿的因素同补偿的因素结合起来。这种方法符合一般法律原则，这种法律原则迫使不法行为者承担义务，通过恢复如果没有发生违法行为可能已经存在的局势，对其不法行为的所有后果作出赔偿；这证明严格意义上的恢复原状以及必要的额外经济补偿是合理的。

下午 1 时零 5 分散会。

第 2103 次会议

1989 年 5 月 17 日星期三上午 10 时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：哈索内先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、巴尔谢戈夫先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、迪亚斯·冈萨雷斯先生、埃里克松先生、弗朗西斯先生、海斯先生、科罗马先生、马希乌先生、麦卡弗里先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、鲁库纳斯先生、塞普尔维达·古铁雷斯先生、史先生、索拉里·图德拉先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、扬科夫先生。

国家责任 (续) (A/CN.4/416 和 Add.1, ¹

A/CN.4/L.431, G 节)

〔议程项目 2〕

¹ 转载于《1988 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

条款草案第二和第三部分²

特别报告员的初步报告 (续)

第 6 条(停止持续性的国际不法行为)和

第 7 条(恢复原状)³ (续)

1. 拉扎凡德拉朗博先生：继续他在上一次会议的发言，说，特别报告员不赞成其前任在第二部分第 7 条草案中关于建立一种制度，专门处理违反外侨待遇规则行为的建议。特别报告员认为，采取任何停止对外侨不法行为措施均属于对对方国家赔偿损害、恢复实物原状的范畴。当然，损害在程度上有不同。例如，违反外侨待遇规则有可能同时是有意损害对方国家的行为。在这种情况下，也许可以称之为“直接损害”。第三世界移民工人的公民、经济、社会和文化权利往往就在这种情况下受到侵犯。然而，在任何情况下，对不法行为或举止的结果原则上只能、而且只应当规定一种形式的赔偿。因此，特别报告员建议将恢复实物原状视为一项一般规则是正确的。

2. 关于这项规则的例外，特别报告员的初步报告 (A/CN.4/416 和 Add.1) 载有某些令人感兴趣的关于无法恢复实物原状例子的论据。他对此表示同

² 一读通过的条款草案第一部分 (国家责任的起源) 第 1 至 35 条，载于《1980 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 30 页起各页。

委员会第三十五届和三十七届会议暂时通过的草案第二部分的第 1 至 5 条 (国际责任的内容、形式和程度) 载于《1985 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 24-25 页。第二部分其他条款草案第 6 至 16 条案文，委员会在其第三十六届和三十七届会议上已送交起草委员会，同上，第 20-21 页，脚注 66。

第 1 至 5 条和草案第三部分的附件 (国际责任的“执行”和解决争端) 经委员会第三十八届会议审议，已送交起草委员会。案文见《1986 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 35-36 页，脚注 86。

³ 案文见第 2102 次会议，第 40 段。

意。如同特别报告员一样，他认为不能引用国内法作为法律上的障碍。他的前任认为，行为国不必承受与其国内法律相抵触的恢复实物原状义务，而特别报告员反对这点，这是正确的。这一论据（同上，第 89 段）完全令人信服。但是，特别报告员在新的第 7 条草案中也建议应允许行为国在代价过重时不必一定恢复实物原状，以避免破坏在某种情况下出现的利益平衡。这一建议实现了赔偿的质量和数量应与破坏和损害的严重性成比例的原则。例如，恢复实物原状可能会严重危及一国的政治、经济或社会制度。这个建议的目的在于维护国际稳定与和平，促进国际法的逐渐发展，是值得支持的。

3. 特别报告员还建议了另一项具有重要意义的革新，就是，让受损国有权在恢复实物原状和金钱赔偿之间作出选择，而行为国必须同意这种选择，因为，象特别报告员所指出，对损害负责的应是行为国。至于这项建议是否与恢复原状应取决于是否必要恢复不法行为若未发生本应存在的情况这一概念相抵触，他本人也感到怀疑。特别报告员为支持他的建议引述了霍茹夫工厂案（同上，第 110 段）。其实这并无最后定性，因为在这一案例中，工厂要求赔偿时情况与其被接收时已完全不一样：因此是一个无法从物质上做到恢复原状、而不是索偿国真正愿意放弃恢复原状的案例。

4. 无论怎么说，受损国选择上的自由很可能导致滥用权利。即使特别报告员提出了附加条件，说明不应不公正地使行为国处于一种不利地位，这种条件是很难满足的。无疑，最好是规定受损国和行为国能够就金钱赔偿达成一致以代替恢复原状。为此目的，修改第 7 条草案第 4 款的开头部分即已足够，用“同意”一词代替“索赔”一词，用“酌情”或“在所有情况下”代替“及时地式”一词。

5. 最后，他认为新的第 6 和 7 条草案可送交起草委员会。

6. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，总的说来他同意特别报告员在其初步报告 (A/CN.4/416 和 Add.1) 中就条款草案第二和第三部分的大纲提出的修改。特别是，报告员正确地建议分别对待国际违法行为和国际罪行的后果。与其寻找这两类行为的最基本的共性，首先不如通过关于违法行为的条款，而后再决定在何种程度上也适用于罪行。

7. 他还认为，至少对于目前来说，委员会应当遵照特别报告员的建议，并将

草案第三部分的用意视为和平解决国家责任的争端，而不视为“执行”（同上，第 19 段）。因此，前任特别报告员提出的某些条款，特别是第 1、2 和 3 条，应从第三部分移到第二部分。

8. 关于特别报告员提出的大纲（同上，第 20 段），迄今只就草案第二部分第二章（国际违法行为所产生的法律后果）第 1 节（受损国的实质性权利以及行为国的相应义务）提出了两条新案文。

9. 尽管二者之间没有实质上的不同，但特别报告员就关于停止的第 6 条所提出的案文比前任特别报告员提出的第 6 条草案第 1 款 (a) 更为准确，更令人满意。报告（同上，第 39 段至 63 段）中的论点使他感到非常信服，就是：停止本身固有其特性，有别于赔偿。在这一点上，他不同意巴尔沃萨先生的意见（第 2102 次会议）。正如特别报告员所说的，基本考虑是初级义务的继续存在，违反这种义务构成不法行为而停止不法行为只是这一初级义务的结果。但他认为，第 6 条草案不应放在关于国际违法行为所产生的法律后果的第二部分第二章，而应当列入第一章一般原则之下。特别报告员在他的报告（A/CN.4/416 和 Add.1，特别是在第 31 和第 40 段）中提出了赞成这一建议的论据。然而，决定性的还是实际的理由。特别报告员指出，凡涉及赔偿，“只有经受害国决定，‘次级’法律机制才开始行动。如受害国未提出任何赔偿要求，‘次级’法律关系就不会产生”（同上，第 55 段）。可以推断第二章的规定不适用于这种情况。相反，按照特别报告员的意见，必须认为停止的义务“不仅存在，而且依据‘初级’规则实际业已存在，完全不取决于受害国的任何抗议或要求”（同上）。因此，有关停止的条款应列入第一章。

10. 谈到有关恢复原状的新的第 7 条草案，他说，如特别报告员（同上，第 114 段）指出的，恢复原状居于任何其他形式的赔偿之首，因为它能够以一种“自然”、“直接”和“完整”的方式补救受到的损害。然而，关于恢复原状的概念并未有统一确定。某些人认为，它意味着恢复不法行为发生以前原来存在的状况，另外一些人则认为，它意味着恢复不法行为假若未发生本应存在的状况。他比较赞成后一解释，这似乎也是特别报告员和委员会中某些对这一题目发表过书面意见的委员、包括勒泰先生和格雷夫特先生的看法。但这方面还是有一空白，因为特别报告员在第 7 条草案中并未具体说明应当采用哪一种解释。无论如何，最好避免“恢复原状”一

语，因为它不够明确。前任特别报告员提出的第6条草案第1(c)款中使用的措词提及“重新恢复行为之前原来存在的状况”的义务。这一措词尽管更为合适，但有两处不足：一、它只适用于不法行为是行为，而不适用于不法行为是不行为的情况；二、它意味着接受了“恢复原状”一词的第一种解释。或许可用，例如，“重新恢复不法行为假若未发生本应存在的状况”。

11. 如同特别报告员一样，他认为，恢复原状是一种赔偿形式，应当尽可能广泛和普遍地适用，而不必象前任特别报告员在其提出的第7条草案中所建议的那样针对违反外侨待遇规则订出一项特别的制度。在这方面，报告（同上，第104段至108段和121段）提出了具有说服力的论据。尽管恢复原状适用于所有不法行为，但它不能用于所有情况。最大简单的方式是说，不可能实现时，恢复原状就不适用，这是特别报告员使用的措词（同上，第85段）。如果由于事件本质及其损害的结果，实际上不可能做到恢复原状，这点自然不言自明的：事实上的不可能造成了法律上的不可能。然而，由此而引起的问题是：如果实际上可能恢复原状，法律上是否仍然存在不可能性呢？特别报告员在新的第7条草案（第1(b)款）中承认，如果恢复原状会违反一般国际法的强制规范——例如，《联合国宪章》——的话，这种不可能性是存在的。尽管这种情况不大可能发生，他仍然同意这一观点。除非强制规范的初级义务与规范本身相抵触，否则很难想象恢复原状如何会能违背强制规范。果真相抵触，则将不存在法律后果，也就不会引起问题。

12. 另一方面，特别报告员却不认为恢复原状违反行为国对第三国的义务或违反行为国的国内法是法律不可能性的例子。他本人完全赞同这种意见。然而，他不同意第7条草案第1款(c)和第2款规定的例外情况，其中认为：如果恢复原状对行为国造成“过分沉重的负担”，如果“恢复原状的负担与不法行为所造成的损害很不相称”，或者如果它严重危害行为国的“政治、经济或社会制度”，则不允许恢复原状。但是，恢复原状，说穿了，不过是特别报告员在这方面提出的一种过期追补的履行义务（同上，第99-100段），所以缺乏说服力。关于赔偿数量应与损害的严重程度成比例的原则（同上，第103段），它只能应用于受害国和行为国之间的次级义务关系；恢复原状义务如设想为初级义务过期追补履行的话，那么，就不得取决于这点。而且，如果恢复原状会造成过分沉重的负担，那它只表明履行初

级义务本来就不容易、而金钱赔偿数额也是很大而已。

13. 而且，必须记住，委员会曾经暂时通过草案第一部分第 33 条，其中当规定行为国遇有不法行为属于：“维护根本利益……防止严重和即将来临的危险的唯一手段”时行为国可援引危急状况（第 1 款 (a)）。处于第 7 条草案第 2 款 (b) 所提情况的国家可能有理由援引第 33 条的规定，不承认行为的不法性，并且将这点同赔偿损失的问题分开（第一部分第 35 条）。因此他不赞成让恢复原状造成过分沉重负担作为不必恢复原状的理由。

14. 最后，关于受害国对恢复原状和金钱赔偿是否具有选择权（同上，第 109 至第 113 段），他赞成暂时采纳特别报告员的意见等到他就金钱赔偿提交一项条款草案时重新研究这个问题的意见。然而，他并不认为在能够充分做到恢复原状时受害国有权接受以金钱赔偿代替部分恢复原状。

15. 马希乌先生说，委员们一定很好地利用了从特别报告员杰出的初步报告 (A/CN.4/416 和 Add.1) 的提出到报告的审议之间这段时间。

16. 在谈条款草案之前他愿先作一般性的评论，他指出，除有个别例外，特别报告员对草案第二和第三部分所采取的做法与其前任的做法是一致的，也符合委员会 1975 年在其第二十七届会议上就该专题通过的总的计划。⁴ 然而特别报告员也提出了一些方法上的调整，这就意味着必须对第二部分作特别改动。第一种调整涉及到对国际罪行后果和国际违法行为后果所作的区分。他欢迎这一做法，特别是报告员已表明，如果发现这种做法作用不大，就可随时放弃。报告（同上，第 18 段）在这一点上很明确，强调说明：委员会的工作方法不应影响实质内容的选择。其他调整涉及到争端的解决。在这一点上，特别报告员多少脱离了前任的立场。前任将两种也许是不同性质的问题合在一起：一、受害国在对行为国采取法律行动之前必须满足的条件；二、解决争端的实际程序。实际上，最好是将这两个问题分别处理，因为有待满足的条件属于草案第二部分，而解决争端的程序属于第三部分。

⁴ 《1975 年……年鉴》，第二卷，第 55-56 页，文件 A/10010/Rev.1，第 38-44 段。

17. 谈到条款草案时他指出，特别报告员有充分的理由认为委员会和起草委员会在前任特别报告员提出的第二部分的第6条草案中遇到的困难源于区分了停止和其他形式的补偿这一问题。在研究了法律著作和实践之后，特别报告员得出下列结论：第一，草案必须对停止作出明确规定；第二，必须明确界定它的范围；和第三，必须用一条与其他形式的赔偿无关的条款草案中对它作单独处理。他本人对结论中的第1和第3条并无异议。然而，停止的范围是个更加微妙的问题。在这方面，特别报告员举出了实例，强调了停止和恢复原状的同一性，和在某些情况下的混淆，例如，他提到“观察停止本身的明显困难”（同上，第31段）。他还指出，停止不应当归为次级规则的执行，而应归为初级规则的执行。如果事实是这样，就不应当在第二部分处理停止。然而，特别报告员还承认：“从狭义上说，停止尽管因此不属于赔偿和不法行为法律后果的范畴，但从广义上说，却属于不法行为的法律后果”（同上，第32段）。从这一立场出发，停止因此属于第二部分条款草案。在这方面，巴尔沃萨先生（第2102次会议）提出了令人感兴趣的理论问题，但他本人却想回避，以免分散委员会对当前问题的注意。制订一项有关停止的规定比较迫切，条款位置的问题不妨留待以后决定。

18. 然而，特别报告员的分析中有一点应予注意，他提出了初期阶段的行为或不行为有可能导致不法行为，迫使有可能受到伤害的国家不得不采取对策的这一看法（A/CN.4/416和Add.1，第38段结尾）。他特别是警告可能的行为国千万不要发起初期阶段，以致需要承担责任。尽管他理解特别报告员的关切，但他感到很难在草案中考虑这一问题，因为这是一个防止的问题。这点涉及到国际责任的方面，与巴尔沃萨先生负责的专题有关。总而言之，初期阶段这一概念更容易引起问题而不是解决问题，令他很难接受，因为要确定已受伤害的国家本来就十分困难，不要说确定可能的受害国了。

19. 关于恢复原状，特别报告员所作的工作有助于更明确的了解指导委员会工作的基本内容。总的来说，他同意报告员的论点，其中修改了他对前任报告员的分析，乃至委员会本身所作的一些评论。例如，他为恢复原状优先于所有其他形式的赔偿这是合逻辑的（同上，第116段）。如特别报告员提出的新的第7条草案第1款所处理的那样，具体说明不可能恢复原状的情况也是正常的。然而，在某些要

点上他仍存在一些疑虑，未能完全打消。

20. 例如，特别报告员认为，除强制规范所产生的义务外，恢复原状的义务既不受行为国国内法法律障碍的影响，亦不受存在另外一种国际义务的影响。为了说明第二种情况，特别报告员举出一例说：A国对B国有恢复原状的义务，但为了遵守对C国的义务，结果没有这样做。这是一种“事实上的而不是法律上的障碍”（同上，第87段）。为什么要把第一种说成是法律上的情况，而把第二种说成是事实上的情况呢？A国根据什么在面临两种义务时给其中一种以优先地位呢？实际上，这两种义务似乎是相等的，没有贴切的理由说A国没有选择权。也许问题是，在这个例子中，特别报告员没有考虑到义务的性质和目的，尽管这是应当考虑的，否则难以确定哪一类似的国际义务应当占优先。例如，如果A国损害B国的行动只受到形式缺陷的影响，而恢复原状有可能影响A国对C国同样重要的义务，这种形式上的缺陷会导致整体恢复原状吗？因此，死板地引用整体恢复原状的规则是会出现自相矛盾的。

21. 至于所谓的国内管辖规则，它特别涉及国有化的问题，特别报告员的立场与他的前任不同，并不认为国内管辖对恢复原状义务是一种可能的例外。他并不接受直接和间接伤害的区别，从而否认了他的前任就外侨待遇方面提出的例外。他本人也同意这种观点：直接或间接伤害的区别并未构成一种足以令人信服的理由不能成为恢复原状义务的一种例外。其实，前任特别报告员自己似乎也不完全坚持这个理由。前任特别报告员提出的另一点是：如违反国际法规则而实行的国有化，是否应当承认恢复原状？这是一个很现实的、不能逃避的问题。现任特别报告员意识到了这点，为了不受整体恢复原状规则的硬性约束，他提出了一个基于造成过分严重负担的解决办法：他认为，这一标准能够保证各国自由地进行他们认为必要的经济和社会改革。然而，事实上必须注意，各国的政治、经济和社会选择并不是那么受到过分沉重负担的威胁。因此，试图将恢复原状的例外情况和过分沉重负担两者相联系，是相当牵强的，最好将这种例外建立在尊重各国的政治、经济和社会制度的基础上。事实上，这也就是特别报告员在新的第7条草案中的做法，把两种形式都包含在内。总而言之，尽管特别报告员似乎未能清楚地解释案文的根据，但他同意这一案文。此外，在该条第2款(b)中，“危害”一词不够恰当；代之以恢复

原状与行为国的政治经济或社会制度“不相符合”则更为常用。

22. 他认为，可将新的第6和7条草案提交起草委员会。

23. 鲁库纳斯先生对特别报告员在其初步报告(A/CN.4/416和Add.1)中所作的优秀的综合工作表示祝贺，并赞同他所采用的方法。这种方法根据的是委员会的草案第一部分第19条对“国际罪行”和“国际违法行为”所作的区别。该条分别审议了这两种不同类型的违法行为的法律后果，一方面澄清了各方对不法行为各种形式的赔偿和停止的权利和责任，另一方面澄清了受害国保障得到赔偿和/或给对方以制裁的权利和能力。尽管某些人士对此有疑虑，然而，为了澄清这一问题，这样顺应国际法趋势，照顾到理论和实践两方面还是比较合理的。

24. 谈到国际不法行为的停止这一问题，他说，尽管可以看到有些时候存在着根本性的意见分歧，但从原则和国际实践角度看，特别报告员提出的报告十分贴切，他找出了新的第6条草案中的规则。他先验地赞成这一建议，也认为：停止是一种纠正，它的法律根据不同于赔偿，因此，应作为另一单独条款。就在这方面，他提请人们注意对巴尔沃萨先生在上一次会议(第2102次会议)上对“初级”和“次级”义务所作的分析。他还指出，特别报告员在其报告(A/CN.4/416和Add.1,第61段)中表明停止并不一定与初级义务或次级义务有关。此外，据孔巴索和阿兰德说，停止义务是“初级义务的代替物”：⁵ 既不是初级义务也不是次级义务。所以，他本人得出的结论是，最好将第6条草案放在专门论述一般原则的条款草案中，而不是放在关于国际不法行为的法律后果正文那一部分中。

25. 他注意到特别报告员划分了持续行为和后果在持续的行为两者之间的界线，并指出一旦跨过不法行为的界线，即允许提出停止的要求。他说，他也象马希乌先生一样，认为很难要求一个不法行为国家承认其行为会发展成为国际不法行为，假设一国的国内立法有时会助长不法行为，这是很危险的。这种做法可称之为

⁵ J. Combacau and D. Alland, “‘Primary’ and ‘Secondary’ rules in the Law of State responsibility: Categorizing international obligations”, Netherlands Yearbook of International law, 1985 (The Hague), vol. XVI, p.97.

“高级的”一元论，或有可能在欧洲经济共同体中采用，但该组织究竟是一个例外，其法律秩序也是一个例外。按目前现状，他本人怀疑国际社会是否愿意走得这么远。

26. 还有一点令人感兴趣的是，他注意到特别报告员从根本上划清了另一点，认为要求停止国际不法行为的权利，只要不法行为仍在继续，也就一直存在，但一旦行为停止，这种权利也就随之消失。这和要求赔偿的权利是完全不同的。后者是即使不法行为已经停止，但只要没有答复赔偿要求，这种权利仍然存在。

27. 关于特别报告员对临时措施的不同作用和停止国际不法行为所作的评论，他说，这些措施目的在于：只要存在无法弥补的损害危险，就应确保能使不法行为停止，以便保护有关方面的权利。但这取决于受理案件的机构是国际法院还是安理会。受害国可要求采取临时措施，停止国际不法行为，但有关机构却可能不同意这样做。事实是，即使没有临时措施，受害国要求停止的权利、行为国停止国际不法行为的义务，都仍然存在。

28. 他认为，增列一条关于停止国际不法行为的规则之所以正确，还有另外一个理由，因为涉及到法律利益。根据国际法院编纂的判例法，与国家的普遍义务相对应，委员会针对国际不法行为构成国际罪行的情况，在暂时通过的第二部分第5条第3款中为所有“受害国”确立了一项权利。这样，如出现国际不法行为，确定采取法律行动的能力就取决于不法行为的本身，看它到底是国际违法行为还是国际罪行。如果该行为是罪行，所有国家均有权要求停止，但并不是所有国家都享有赔偿权。

29. 最后，他注意到特别报告员将有关停止的规则列入处理国际违法行为法律后果的条款草案（第二部分第二章）（同上，第20段），他指出，如果不将这一规则移至一般原则部分（第一章），那就必须以同样形式，将这规则在国际罪行法律后果的那一部分（第三章）中再重述一遍。

上午 11 时 30 分散会。