

71. 关于第 8 条，有些委员支持他对 (c) 项的建议 (同上，第 93 段)，而其他一些委员则提议以一种较少限制的方式重新拟定，以便通过外交渠道获得明确赞同。尽管 (a) 项对他来说似乎已经足够，但他不反对将该项交给起草委员会。科罗马先生 (第 2118 次会议) 不接受初步报告 (A/CN.4/415，第 89 段) 关于 (b) 项的解释，建议应该仔细考虑由于不可抗力引起的情况根本变化。他个人不太赞成这种理论，因为它不适当地依赖一方的单方面评估，还因为在历史上、在第二次世界大战之前及期间，它曾被滥用，尽管是在另一场合。因而他坚持他在其初步报告中就此所表示的观点。

72. 最后，关于第 9 条，他提议在第 1 款 (同上，第 100 段) 加上如下保留：“但是，若该国满足法院的要求……只要它尽可能早这样做”仅仅适用于 (b) 项，此点已为数位委员所接受。许多委员也接受了他提议的关于一国之代表在另一国法院出庭作证之影响的新的第 3 款。有少数几位委员反对该款，虽然他们反对的理由并不清楚。就他自己而言，他继续认为新的一款是必要的。就此条提出的文字性建议可以在起草委员会审议。

下午 1 时散会。

---

### 第 2122 次会议

1989 年 6 月 21 日星期三上午 10 时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：阿吉博拉亲王、巴哈纳先生、哈索内先生、凯西先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、巴尔谢戈夫先生、比斯利先生、本努纳先生、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、恩詹加先生、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、勒泰先生、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。

---

国家及其财产的管辖豁免(续完)

(A/CN.4/410 和 Add.1-5, <sup>1</sup> A/CN.4/415, <sup>2</sup>

A/CN.4/422 和 Add.1, <sup>3</sup> A/CN.4/L.431, F 节)

(议程项目 3)

特别报告员的第二次报告(续完)

二读审议条款草案<sup>4</sup> (续完)

1. 小木曾先生(特别报告员)在继续对辩论进行总结时说道,一位委员支持澳大利亚政府提出的将第 10 条第 1 和 2 款合并在一起的建议(A/CN.4/410 和 Add.1-5)。这是一个文字方面的问题,最好的办法是将它提交起草委员会。

2. 一些委员对最初由泰国政府在建议中提出的新的第 4 款(A/CN.4/415, 第 107 段)的适用性表示怀疑。目的是限制对外国反诉的效力。通过的第 10 条适用于对一外国在另一国法院提出的诉讼和参加的行动的反诉。第 1 和第 2 款具体规定,如果本身享有豁免的外国在法院地国提出或介入一项诉讼并且对它提出反诉,如果该诉讼与主诉出于同一法律关系或事实,就不能免于反诉。根据提议的第 4 款,对外国反诉的法律效力将限制在主诉金额范围内。如果反诉金额超过主诉金额,在实际作法上反诉的法律效力将是抵销。然而,如果索赔和反诉成为诉讼的主题,对索赔和反诉的评价将构成一种复杂的问题。他在索赔诉讼问题上不是

---

<sup>1</sup> 转载于《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

<sup>2</sup> 同上。

<sup>3</sup> 转载于《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

<sup>4</sup> 关于案文,见第 2114 次会议,第 31 段。

一名专家，如果反对意见很强的话，他准备收回这一建议。但是，人们可以引用外国 A 在法院地国法院提出或介入一诉讼的情况作为例子。此时被告 B 可以通过各种来源购买 A 国的债务并利用已远远超过 A 国原有索赔要求的数额向 A 国提出反诉。他打算利用新的第 4 款防止这种可能性，但承认第 4 款的措词方式确实需要改进。

3. 大多数委员主张在草案第三部分的标题中使用“例外”这个措词，但他仍然认为应该等到二读结束整个情况明朗时才作决定。在这方面，麦卡弗里先生把标题修改为“在另一国法院不能援引国家豁免的情况”的令人感兴趣的建议（第 2117 次会议，第 91 段）可提交起草委员会。

4. 他提出用“国家不能在该商业合同引起的诉讼中援引豁免”代替第 11 条第 1 款中的“认为国家同意行使这种管辖”的措词的建议赢得了广泛的支持。一些委员不同意“根据国际私法适用规则”这一措词中所载的管辖联系的概念。在这一点上他坚持原有的立场，因为各个法院地国在跨国商业合同的适用法上可能做法各异。有人建议应该增加“除另有协议外……”这一附带条件，但由于这是一项关键性的条款，因此任何允许双边或区域协议或书面合同的不一致都是极不理想的。按照他的理解，习惯国际法的规则中没有一条要求商业合同和当地管辖之间必须有足够的联系。1972 年《欧洲国家豁免公约》第 7 条第 1 款所规定的要求过严。因此，目前当地法院通常对由本国人和一外国人或外国实体缔结的商业合同有自己的一般管辖规则就够了。

5. 他对凯西先生提出的关于“不应认为商业合同中有受另一国法律管辖的条款就等于是服从该国法院的管辖”的意见并无异议，它应该由起草委员会结合第 11 条或者第 8 条审议。

6. 他为了对苏联和白俄罗斯所作的评论作出反应而提出的关于分离的国家财产这一新的第 11 条之二 (A/CN.4/415, 第 122 段) 引起了一些问题。对于澄清“国家企业”概念的要求，在很大程度上已由巴尔谢戈夫先生（第 2116 次和第 2117 次会议）和格雷夫拉特先生（第 2120 次会议）在讨论中作了回答。作为特别报告员，如果能够得到的话，他将根据苏联 1988 年国家企业法努力制定某种一般性的“国家企业”和“分离的国家财产”的定义。一些委员对使用“代表国家”这个措

词提出批评，理由是国家企业在与外国人或公司达成商业合同时代表的是自己，鉴于在讨论过程中已经作出的解释，他同意最好将这种措词删掉。

7. 一些委员指出把国家企业与国家本身分开很困难，他希望通过研究苏联国家企业法而有助于澄清这一问题。巴哈纳先生（第 2119 次会议，第 1 段）提出了一个令人感兴趣的将该条更名为“国家企业”的建议。一些委员对第 11 条之二到底是否有必要表示怀疑。这个问题涉及到关于术语使用的新的第二条草案中“国家”一词的定义。他认为，应该作更多的研究以便给起草委员会提供必要的素材使其能够考虑各种选择，其中包括拟订“国家企业”和“分离的国家财产”的定义。

8. 史先生（第 2115 次会议，第 24 段）和巴尔谢戈夫先生（第 2117 次会议，第 1 段）提出了与第 11 条之二大致相同的两个备选案文。这两个案文将与他自己提出的草案一道送交起草委员会。提议的这两项备选案文均强调国家企业是独立于国家本身以外的法律实体。因此，不能因国家企业签订的商业合同而对国家本身采取行动。如果采取这种行动，国家可以“豁免”。一些委员认为这两项建议是有益的，但觉得对它们应当作进一步的审议。特别是一些委员对如何把社会主义国家的惯常作法反映在一项面向整个国家社会的文书中表示怀疑。在第 11 条之二的普遍适用性问题上，其他委员敦促要认真研究它对发展中国家的法律影响。

9. 有两位委员认为第 12 条是必要的，另有两位委员则认为该条是多余的。一些委员支持他将第 2 款 (a) 和 (b) 项 (A/CN.4/415, 第 132 段) 删掉的建议，但一些委员反对删除。实际上，已通过的第 12 条在雇用合同第一款中总的宣布不适用国家豁免之后，在第 2 款 (a) - (e) 项中恢复了大量的豁免。特别是第 2 款 (b) 项通过在第 1 款执行过程中去掉“个人的征聘、雇用期的延长或复职”而缩小了用当地劳工法的可能性，因而，很难按照该法律保护受雇者的立场。应当指出，1972 年的《欧洲国家豁免公约》或 1978 年的联合王国《国家豁免法》均无任何类似的条款。在最近由东京地区法院审理的一个案件中，一名在欧洲共同体委员会工作的日本雇员因雇主将他解雇而提出上诉。她谋求让法院颁布一项偿付其工资的临时命令，但雇主表示反对，说如果法院发布这项命令，将违反 1961 年的《维也纳外交关系公约》第 32 条规定的管辖豁免。法院在 1982 年的判决中裁定，欧洲共同体委员会通过在雇用合同中明确规定以日本法律为管辖合同的试用法

律进而放弃了豁免。对于该案的实质问题，法院认为，按照雇用合同解雇属于正当行为，因为合同对原告的试用或临时雇用期作了规定。正如戈雷夫拉特先生指出的，法院地国不能迫使某一外国聘用某一特定的人。因此，可以删掉第 2 款 (b) 项中的“征聘”一词以便消除这种忧虑。

10. 他在第二次报告 (A/CN.4/422 和 Add.1, 第 22 段) 中说道，应当重新考虑第 13 条的范围。一部分委员建议全部删掉该条——其中一些人认为直接有关的案例很少，而另一些人则认为该条设想的情况已由双边协议或其他国际条约所包含。一位委员指出，人身伤害和财产损失一般均可得到保险，而另一位委员则指出，只是最近在为数极少的国家的立法中才能够找到该条的真正法律依据。

11. 关于国家责任问题，有人说，将作为或不作为归于国家是对国家责任的预先判断，因此应当澄清第 13 条的范围。关于这一点，有人指出，该条可能的范围与可归因于外国的某一活动领域有关，需要更详细地拟订国内法院可涉及该领域的程度。然而，一些委员支持保留该条的意见，因为该条目的在于允许正常的诉讼程序并对由于外国在法院地国的行动造成的个人的人身伤害作出补救。

12. 正如事实上他所建议的那样，有一种摆脱由第 13 条产生的困难的途径，这就是将其范围缩小到交通事故。关于所谓的“在场要求”，正如他还建议的那样，委员们竭力主张“如果作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内”一语应该保留，因为该条款并不涉及跨界损害的情况。他对于这一点采取灵活的态度。提议的新的第 2 款 (A/CN.4/415, 第 143 段) 被批评为不必要，但并没有说明理由。无论如何应当对第 13 条和国家责任的关系这一基本问题进行进一步的审议。鉴于在这个问题上众说纷纭，他愿在下次会议再发表进一步的看法。

13. 他的关于重新审议第 14 条第 1 款 (c)、(d) 和 (e) 项的建议赢得了相当大的支持。在这方面，有的委员声称第 1 款 (b)、(c)、(d) 和 (e) 项中提出的财产与法院地国没有联系。这一意见对于 (c)、(d) 和 (e) 项也许适用，但他对 (b) 项表示怀疑。一些委员建议删掉第 2 款，因为该款有可能与第 7 条第 3 款相矛盾。还有人说可用一个更恰当的词代替“利益”。这两项建议均应提交起草委员会。

14. 一些委员赞同保留第 16 条，而其他委员则怀疑该条是否有用。他愿在听取其他意见之后再就这一问题表示见解。

15. 第 17 条重申了公认的主权豁免规则，所涉及的唯一问题是需要在第 1 款 (b) 项中使用形式更为普通的措词，该问题可由起草委员会讨论。

16. 除两人外所有谈到这一点的委员都赞同他的将第 18 条第 1 款和第 4 款中的“非政府性”一词删去的建议。马希乌先生（第 2119 次会议）说到，“商业活动（非政府性）”和“政府非商业性活动”两者之间具有明显的区别，前者可在第 18 条范围内理解为包含“商业性但却是非政府性的”服务这种情况。但有人批评这种观点具有过于复杂的法律含义。与第 18 条有关的应当注意的另外一点是，一些委员同意他的建议（A/CN.4/422 和 Add.1，第 31 段最后），即应按照现有的国际协议处理国有或国营飞机豁免的问题。此外，第 6 款似乎可被随意解释：可以认为它仅适用于船只，然而实际上国家当然可以除船只以外对财产采取私人所能获取的所有辩护措施。正是由于潜在的误解，他才建议去掉这一款。

17. 他认为，委员会在第 19 条中似乎过分重视对“商业性合同”和“民事或商业问题”这两种表达方式的选择。仲裁的范围或因仲裁协定而放弃国家豁免权的程度取决于有关协议的内容；委员会应当集中注意外国针对仲裁协定放弃豁免权的程度，因为它在解决各种因跨国活动而产生的分歧方面可能发挥日益重要的作用。对于他增加一个新的 (d) 项：“承认裁决”的建议，意见不一。应当通过不把该项解释为放弃执行豁免权这样一种谅解来解决确定该项恰当位置的问题。

18. 他最初建议不加更改地保留第 20 条而且也确实这样做了，这是因为在一读时几乎对该项未作任何修改。当然，如果大多数委员赞成删去这一条，他愿遵从大家的意见。另一方面，他不愿意接受这样的建议，即认为该条毕竟是一项一般的保留条款，因而应当放在说明条款中；第 20 条的标题不是草案的主题，将该条放在一个过于突出的位置只能产生误解。

19. 一位委员建议，应当按照 1972 年《欧洲国家豁免公约》第 23 条重新制订第 21 条，以便更明确地反映免于强制措施的国家豁免原则。另一位委员建议将该条制订成为一项一般条款而不是一项例外条款，他还赞成增加这样一项条款，即各国须按照该未来公约强制遵守法院作出的不利于它们的最后裁决。他将进一步研

究这类建议。在是否删掉“或该国在其中有法律保护的利益”一语和 (a) 项中的“非政府性”一词的问题上存有不同的意见。而且有人建议用“该国对其有有效的权利”代替“该国在其中有法律保护的利益”这样的措词。他希望能在下届会议上就是否在 (a) 项中去掉“而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构或部门有关，”一语或作为替代办法在该条开头增加“除有关国家间另有协议外”一语的可能性这两个问题发表更多的意见。

20. 他提出的删去第 22 条第 1 款中方括号内短语的建议得到了支持；然而，一位委员建议用“有效的权利”一语代替“法律保护的利益”，而另一位委员在他提议修订第 21 条之后，提出为第 22 条制订新的案文。

21. 至于第 23 条，他在初步报告 (A/CN.4/415, 第 240 段) 中提出了经修订的第 2 款，目的在于将第 1 款中提到的某些类型的财产排除在限制性措施之外。但他在其第二次报告中同意第 2 款已通过的案文，该案文得到了两位委员的支持。有两位委员不同意在第 1 款 (c) 项结尾处增加“和为了货币目的”这一措词的建议，其理由是任何银行帐户其中包括中央银行帐户均是为货币用途而设立的，因此拟议的补充只能引起混乱。他对这一点的认识是中央银行帐户通常被认为是为货币用途而设立的，而该帐户只有分配或用于商业性用途才能享有执行豁免。

22. 有两位委员认为，他为第 24 条第 1 款 (同上, 第 248 段) 提议的修订案文是可以接受的，他们还赞同删掉第 3 款中的“在必要时”一语。这两位委员还建议从第 25 条第 2 款中删掉“必要时”这一措词，其中一位委员还建议出于审慎应当重新审议第 25 条的第 1 款以便保证如果法院没有根据原告提供的证据确定管辖和补救权利就不能作出缺席判决。关于同一款，另一位委员指出，不能假设认为已收到文件。

23. 一位反对他按照只适用于原告国的方式修改第 27 条第 2 款建议的委员争辩说，拟议的限制将阻止一国作为原告提出诉讼。

24. 他还坚持认为第 28 条实际上与歧视问题无关。结合可能从第 6 条中删去“和一般国际法有关的规则”这一方括号内的短语，对整个第 28 条，特别是其中第 2 款的必要性进行了讨论。一些委员说，如果从第 6 条中删去这一短语，就应当保留第 28 条，而另一些委员怀疑保留第 28 条是否可取，担心以对等为基础的

限制性适用将会导致背离该未来公约并有损于编纂的目的。一位委员还指出，由于草案中几乎所有的例外规定都以“除另有协议外……”一语开始，不需要再有第 28 条。十分清楚，需要特别对第 28 条的法律效力进一步交换意见。

25. 最后，他建议委员会把第 1 至 11 条之二提交起草委员会，但有一项理解是，委员会将在下届会议上作为第一个讨论项目，审议第 12 至 28 条，以期届时将它们提交起草委员会。

26. 勒泰先生得到麦卡弗里先生的支持，他说他基本同意这一建议，但怀疑是否应当把界线定在第 11 条而不是新的第 11 条之二。委员会还未来得及审议由巴尔谢戈夫先生和史先生为第 11 条之二提出的极为令人感兴趣的案文。

27. 主席指出很难将第 11 条之二与送交起草委员会的其他条款分开，因为它与第 2 条关系密切。

28. 卡莱罗·罗德里格斯先生说，他准备接受特别报告员的建议，但他的理解是起草委员会对第 11 条之二作出的任何决定都是暂时的，委员会在下届会议上将重新审议该条款。

29. 主席向委员们保证情况将会是这样。

30. 在阿吉博拉亲王和本努纳先生的支持下，恩詹加先生建议不要把一读时未经审议、因此未在委员会中得到支持的第 6 条之二提交起草委员会。

31. 勒泰先生说，他原则上反对去掉任何已在委员会中讨论的案文。

32. 迪亚斯·冈萨雷斯先生说，他不赞成把本属于委员会关心的问题推给起草委员会这样一种倾向。

33. 主席在与科罗马先生、阿吉博拉亲王和巴哈纳先生进行讨论后，建议把第 1 至 11 条以及特别报告员提出的新的第 6 条之二和第 11 条之二一道送交起草委员会。委员会可在下届会议开始时审议第 12 至 28 条。

就这样议定。

34. 科罗马先生谈到特别报告员在上次会议所做总结的前一部分时说，他愿说明他主张一种适用范围更广的方法，这并不是批评特别报告员采取的方法只以某个区域的刑事决定为根据。他认为基于不能普遍接受的决定的条款草案是不可取的。关于他提出的草案应当包括一项基于形势变迁原则的条款的建议，他对特别报



告员提到的这一原则可能被滥用的说法不予评论，他仍然认为该原则具有几乎所有现代国际法学家所承认的坚实的法律基础。它应当作为一项原则反映在草案中，而根据这些原则商业合同可以是无效的。

国家责任(续)\*

(A/CN.4/416 和 Add.1, <sup>5</sup> A/CN.4/L.431, G 节)

(议程项目 2)

条款草案的第二和第三部分<sup>6</sup>

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)<sup>7</sup> (续)

35. 巴哈纳先生感谢特别报告员博学多识的报告 (A/CN.4/416 和

---

\* 续自第 2105 次会议。

<sup>5</sup> 转载于《1988 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

<sup>6</sup> 条款草案的第一部分（国际责任的起源）——第 1 至 35 条经一读通过，载于《1980 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 页起各页。

草案第二部分第 1 至 5 条（国际责任的内容、形式和程度）由委员会在其第三十五届和三十七届会议上暂时通过，载于《1985 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 24-25 页。关于第二部分剩下的条款草案（第 6 至 16 条）的案文由委员会在其第三十六届和三十七届会议上送交起草委员会，同上，第 20-21 页，脚注 66。

草案的第 1 至 5 条和第三部分的附件（国际责任的“执行”和解决争端）由委员会在其第三十八届会议上审议并送交起草委员会。关于案文，见《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 35-36 页，脚注 86。

<sup>7</sup> 关于案文，见第 1202 次会议，第 40 段。

Add.1) 基于法学理论和国家实践提出了关于停止不法行为和恢复原状的条款。

36. 停止不法行为这一问题引出了三个连带性的问题：停止的性质和范围是什么？在国际法的现阶段规定这种义务是否可行？它与赔偿的关系是什么？

37. “停止”这一用语不是一个描述性的词汇，因此需要有一个定义，停止作为终止一项国际不法行为后果的补救方法，在特别报告员看来似乎等同于终止（同上，第 29 段）。但终止在特别报告员看来，包括他所说的“作为”和“不作为”这两种不法行为。因此，停止或终止的范围被明确解释为：

“……在属于作为的不法行为情况下，停止包括‘停止实行’或‘不再实行’这种（消极）义务……在属于不作为的不法情况下，停止包括行为国迄今未履行‘实行’或‘以某种方式去实行’的义务”……（同上，第 58 段）。

38. 尽管“停止”这一用语似乎并未传达特别报告员赋予它的两种含义，但赋予它这种内含并无其他法律障碍。在他所了解的国家法律制度下，“强制令”性的补救方法包括“不做”和“做出一种特定的行为或事情”。然而“停止”一词在国际法理论和国家实践中是否已经以两种意义使用则是另外一个问题。

39. 当代国际法似乎并没发展到按照“去做”或者“以某种方式去做”的含义承认停止不法行为的义务。正如英国石油勘探公司（利比亚）诉阿拉伯利比亚共和国政府一案的独任仲裁员冈纳·拉戈格林先生指出的：“该案的分析还表明，违约一方破坏履行合同规定的义务所造成的责任是一种支付损害赔偿金的责任”（同上，第 46 段）。各国可能采用赔偿损害这一方法，因为这样做很实际。但在赔偿损害的补救措施或毫无用处或不足时可能出现苛求，错误地拘留受害国的国民就是这种情况。因此必须发展国际法，从而包括这种可能性。这就是在“停止”的概念中包括“不作为的”不法行为这一建议的长处。这一建议值得研究而且可能的话应当给予支持。至于各国在国际领域缺乏制度性机构时是否会遵守这样一种义务，它所涉及到的是整个国际法的全部，而不仅仅是假定的规则；尽管如此，还是值得对它进行研究。

40. 虽然在某些情况下停止和赔偿可能有无法摆脱的联系，但两者在逻辑上是有区别的。在国内法中，它们肯定是有区别的。特别报告员显然是在从类比的方式发展国际法：这种做法有充分的权威性，例如，特别报告员引用的特莱尔冶炼厂

的判决(同上,脚注65)。他支持特别报告员在报告第52段中的话“两种补救办法实际上是截然不同的,或者似乎结合在一起但实际上是有区别的”。(同上,第52段)。

41. 考虑到需要有能加强国际法律秩序的规则和程序,他支持特别报告员不照搬其前任的作法,在“停止持续性的国际不法行为”这一标题下提出草案第二部分新的第6条,但他有两项保留:(a)应当更加准确地议订不采取违法行为或按照国际法义务行使的义务,(b)应当或者由“中止”或者由一个更好的词代替“停止”一词。

42. 特别报告员就新的第7条恢复原状提出了一项案文,它在某些方面似乎很巧妙,而在其他方面则相互矛盾。关于该专题的主要案例霍茹夫工厂一案<sup>8</sup>确立了有关赔偿的法律原则。该案有两点是很明显的:首先赔偿的目标是通过重新恢复假如未发生不法行为本应存在的情况而尽一切可能“消除”不法行为的一切后果,其次,如果不能这样做,应当以附带或不附带损害赔偿金的形式给予赔偿。但前国际法院的法官希门尼斯·德阿雷查加说:“虽然恢复原状属于赔偿的基本形式,但实际上和在绝大多数情况下,它被金钱赔偿所取代。”<sup>9</sup>

43. 因此,委员会应当在制订可行的规则时考虑到实际要求,他高兴地看到特别报告员对受害国可寻求的补救方法采取灵活态度。特别报告员坚持的观点(同上,第117段)是正确的,即规定的补救方法应当与所受的损害相称,他继续强调(同上,第126段)在制定恢复原状规则时应当铭记损害和赔偿应相称这一原则。

44. 从这一原则出发就可以看到,第七条草案是经过深思熟虑的。然而,需要对它作深入的研究,特别是第1款(b)项和第2款(b)项。

45. 第1款(b)项似乎要说明当它违反一般国际法的强制性规则时不需要恢复原状。这种规定将使恢复原状的执行产生问题并无法作出决定。具体载明一般

---

<sup>8</sup> 见第2105次会议,脚注5。

<sup>9</sup> E.Jiménez de Aréchaga,“International responsibility”,Manual of Public International Law,M.Sorensen,ed.(London,Mac millan,1968),P.567

国际法的强制性规则是有争议的，编写关于国家责任的这样一种规则其有效性值得怀疑。因此，他怀疑是否有任何理由保留这一项。

46. 第2款(b)项所谈的是减轻因“作出国际不法行为的国家的政治、经济或社会制度”所引起的负担，他怀疑这种提法能否得到原则或国家实践的证明。特别报告员(同上，第98段)引用安奇洛蒂“可能存在国内性的障碍，从而使……国家准备以赔偿代替恢复实物原状”的话在这方面是没有权威性的。安奇洛蒂所指的是国家在采取这样或那样的补救措施时考虑到内部障碍的这一偶然情况，但不能把这一番话解释为是指“政治、经济或社会制度”可成为一种缓解因素。

47. 此外，由于根据国际法一国无法通过援引其国内法而逃避国际责任，是否还真的有必要保留第三款是值得怀疑的；完全可以将它删掉。

48. 关于第4款“等值赔偿”，它喜欢一种远为简单明了的形式，正如霍茹夫工厂一案的判决那样，(a)谈赔偿，(b)谈损害赔偿金，在“金钱补偿”这一总的标题下将它们分作两条详细加以说明。

49. 总而言之，第7条可通过起草方面的修改得到改进。例如，他喜欢拉丁文 *restitutio in integrum* 一词，而不是“*restitution in kind*”(恢复原状)，他还愿意看到以其他更为恰当的用语代替“过重负担”和“等值赔偿”。

50. 本努纳先生说，他高度赞赏特别报告员的初步报告(A/CN.4/416和Add.1)，这份报告资料详实和学术价值高并且精细入微。尽管有时他对特别报告员采用的方法和所划的界线持有异议，但他同意特别报告员提出的所有技术要点。

51. 特别报告员提出了该草案第二部分大纲的建议(同上，第20段)——国际责任的内容、形式和程度。然而遗憾的是将把第一部分中的第19条作为草案其他部分的基础，因为他认为该条将使有关国家责任的国际法的逐渐发展和编纂变得极为复杂。该条是一种典型的唯理性预测，它所依据的是与国际现实完全无关的刑法类型，它将在各种违法行为和罪行的惩罚方面造成困难。从报告(同上，第15段)中就已经可以看到一种危险的倾向，此处特别报告员提出了一种新的违法行为，即“特别严重的”违法行为。这种违法行为假定需要形式特别负有法律义务的惩罚，然而很难看出在安理会未能实施任何这种惩罚时，委员会如何能够成功地做到这一点。特别报告员明智地指出(同上，第16段)他的建议并不意味着他打算

在涉及处理违法行为和罪行的实际问题或理论问题上站到那一边。

52. 无论从理论观点上看还是从实际后果看，划分停止国际不法行为和恢复实物原状都是人为的。在其论述一开始，特别报告员表明要停止的是“初级”规则的持续、正常实行（同上，第31段）。然而最后他得出的结论是关于停止的规则可认为是一项介于“初级”规则和“次级”规则“之间”的一项条款（同上，第61段）。

53. 特别报告员为证明他提出的停止和恢复实物原状的区别而唯一能够引用的例子是对某国国民的非法拘留：“德黑兰美国外交和领馆人员一案。”<sup>10</sup> 但这个例子无法令人信服，因为国际法院在处理这一案件时命令采取的措施不是停止措施，而是恢复原状。国际法院责成伊朗政府恢复美国驻德黑兰大使馆官邸的原状，释放所有的美国人并且承认他们的特权和豁免。

54. 特别报告员在继续论述其论点时坚持认为（同上，第57段），任何可能阻碍或妨碍恢复原状的困难都不能影响停止不法行为的义务。换句话说，恢复原状属于允许的例外并不全部适用于停止。但停止方面的义务常常与恢复原状的义务相同。因此，如果今后在草案中列入一项关于停止的条款，那么新的第7条草案中规定的执行恢复原状的所有例外情况将变得毫无意义。实际上，对国家来说，比较有利的做法是要求停止——对这种措施不允许有例外——而不是要求恢复原状。如果一位法官认为作出了不法行为，他在最后判决之前可以强制采取临时措施。一旦作出这种判决，就不需要停止了，因为已经恢复原状或提供了赔偿。因此在采取临时措施和恢复原状或提供赔偿之间插入停止的措施就变得毫无意义了。因此，关于停止的新的第6条草案没有任何意义：实际上，它不能澄清问题反倒增加了混乱。关于恢复原状的第7条起草得很好。

55. 凯西先生在赞扬特别报告员的出色初步报告（A/CN.4/416和Add.1）时说，总的说来他同意关于草案第二和第三部分大纲的建议（同上，第20段）。这些建议包括两点，对此，特别报告员打算背离委员会先前设想的大纲。

56. 第一点是需要区别国际违法行为和国际罪行的法律后果，而特别报告员就这一方面推导出来的论点（同上，第10-15段）反映了一种值得普遍赞同的明

---

<sup>10</sup> 见第2104次会议，脚注7。

确务实的态度。

57. 他同意格雷夫拉特先生的意见（第 2104 次会议），尽管格雷夫拉特先生承认实质性后果和手段性后果的区别不是绝对的，但他不能接受把恢复原状视为实质性后果而却把赔偿权利作为保证停止、恢复原状和保障不再重犯的程序性后果。然而，报告似乎并未载有证明特别报告员作出这种分类的迹象。例如特别报告员说道：“从某种意义上说措施被基本认为是一一手段性的”，但只是“在于各种形式的恢复原状（和停止）的实质性作用比较时”才是这样（A/CN.4/416 和 Add.1，第 14 段）。因此，特别鉴于他就其使用“实质”一词所作的解释（同上，脚注 11），特别报告员明显想照搬其前任在第三部分第 1 至 3 条草案中提出的那种类型的条款。

58. 特别报告员打算背离先前大纲的第二点是以他自己的建议为根据的，即应当从和平解决争端、而不是“执行”的角度看待第三部分的内容，其理由是执行包括措施和任何手段，它们成为受害国合法采取措施的条件。他至少在目前能够同意这一建议。同样，正如卡莱罗·罗德里格斯先生（第 2103 次会议）建议的那样，应当以恰当方式将前特别报告员提出的第三部分中的第 1 至 3 条列入第二部分。

59. 第二部分新的第 6 条草案远比前特别报告员提出的相应的第 6 条草案的案文更精确、更令人满意。他对报告（A/CN.4/416 和 Add.1，第 39-60 段）中的论点完全感到信服，即停止应当成为一项明示条款的主题并且应当与违反国际法后果的其他方面的条款明确区别开来。因此，他不同意巴尔沃萨先生（第 2102 次会议）关于特别报告员的观点将会给初级和次级规则的区分造成一种概念上的鸿沟的看法。按照特别报告员的说法，停止“是……持续和正常地执行初级规则”，而不是执行次级规则。（A/CN.4/416 和 Add.1，第 31 段）假如巴尔沃萨先生没有在报告中说过这段话：“虽然从狭义上说停止不属于恢复原状和不法行为的法律后果这一范围，但从广义上说它属于不法行为的法律后果”，他的观点无疑是有道理的，而且停止“即便从不法行为的法律后果和恢复原状这一角度看也并不是毫无关系的”（同上，第 32 段）。

60. 尽管停止与初级规则存在着联系，但新的第 6 条应当保持它在第二部分第二章中的原有位置。他提出这种看法完全是由特别报告员在其报告（同上，第

55 段) 中提出的理由引起的, 其中一些委员主张把第 6 条放在关于一般性原则的第一章中。提出这一理由的目的如果不是为了别的至少是要表明停止需要有单独的一款。停止是不法行为的后果; 没有这种行为就不需要停止。同时, 虽然停止独立于其他后果, 但由于它与违反的初级义务的关系, 它与其他后果也不是没有关系的, 因为它的性质是一种预兆。在这方面, 特别报告员迫切要求“不应当因这种理论性的考虑而排除”关于停止的一款, 因为初级规则和次级规则的区别本身是相对的, 而且还由于“完全可以认为停止的规则是介于‘初级’规则和‘次级’规则‘之间的’规则”(同上, 第 61 段)。

61. 这种理论上的争论又引出了另外两种意见, 第一种是否可联系“属于不作为的”不法行为谈停止。一些委员说这是不可能的, 他们正确地认为这种情况与具体的行为有关。然而, 正如特别报告员(同上, 第 42 和 43 段)解释的, 不作为可能属于持续性不法行为那一类。鉴于具体行为和停止均与初级义务有关, 决定因素难道不是不法行为的持续性吗?

62. 他谈的第二点是与要求停止的时间有关的“最初阶段”(同上, 第 38 段)。虽然他同意马希乌先生(第 2103 次会议)关于预防的问题是一个防止的问题这一看法, 但这是一个防止不法行为完成的问题而不是防止国际法不加禁止的行为所产生的有害后果的问题, 后者已经包含在委员会会议程上的另外一个专题中了。

63. 如同拉扎凡德拉朗博先生(第 2102 次会议)一样, 他认为第 6 条的措词应当与草案第一部分第 25 条的措词保持一致。修订后的措词将包括使用“时间上有延续性的作为和不作为”这一用语, 它很全面因而可包含单独的、混合的和复杂的作为或不作为。

64. 关于新的第 7 条草案, 他完全同意特别报告员的意见, 即恢复实物原状“优先于任何其他形式的广义赔偿, 特别是等值赔偿”(A/CN.4/416 和 Add.1, 第 114 段)。至于两种可能的恢复方式——恢复到原先已有的状况或重建未发生不法行为之前所存在的状况——他选择后一种。它与霍茹夫工厂案所确认的概念相吻合, 按照这一概念, 行为国有义务“消除”其不法行为的所有法律后果和物质后果(同上, 注 235)。因此, 必须以一种“自然的”、“直接的”和“综合性的”方式对损害加以补救。

65. 第7条未能象前特别报告员提出的第6条草案那样说明赔偿属于哪种含义。然而是否因为这一点就批评第7条，这在很大程度上取决于如何解释第4段并取决于该报告员如何起草关于等值赔偿的有关条款。如同在报告中指出的那样，如果能在草案中详细说明恢复原状的含义，即表明“一种包含恢复原状和赔偿两种内容的‘综合性’恢复原状概念”（同上，第67段）无疑将有助于打消顾虑。他还能容纳格雷夫拉特先生的立场，后者愿把恢复原状定为“恢复原先的状况”，“在不影响对消极损害的任何赔偿情况下可为它下明确的含义”（第2104次会议，第32段）。

66. 他完全赞同特别报告员提出的关于外国人待遇的观点（A/CN.4/416和Add.1，第104-108段和第121-122段）。尽管恢复原状适用于所有不法行为，但它不适用于例如形态上或法律上无法做到的情况。因此，删掉前特别报告员提出的第7条草案是正确的。

67. 如新的第7条第1款（a）项那样，需要对“实际上不可能”作出规定，这是不言自明的。当然，从国际法或国内法中可推导出法律上的不可能，但在该条第1款（b）项中只涉及到了——由国际法引出的——一种法律上的不可能，即恢复原状会违反由强制法产生的义务。在这方面他同意特别报告员的观点，但报告（同上，第87段）所涉及的实际问题——即甲国对乙国恢复原状的义务违反甲国与丙国的条约义务这一问题——值得进一步思索。不能简单地认为这个问题是一种实际上的不可能而不是法律上的不可能情况就不予考虑，因为其来源产生于国际法的义务而不是国内法的义务。此外，正如特别报告员指出的，“严格地说，从国际法的角度看，国内法中的司法障碍是实际的障碍”（同上，第98段）。在这种情况下，只议定（同上，第124段）甲国必须克服这一障碍是不够的。

68. 至于法律上的不可能是否会源于国内管辖这一概念，他完全赞同特别报告员不基于这一概念对恢复原状施加任何限制的做法（同上，第89段），对此特别报告员作了有说服力的解释。他也完全同意特别报告员针对由国内法产生的不可能性所说明的观点（同上，第98段）。

69. 他还同意第7条第1款（c）项对恢复原状所作的第三项限制的内容，即过度法律义务，特别令人感到高兴的是注意到第3款反映了这一限制和不考虑



由国内法产生的法律上的不可能性之间的关系。在这方面，他感到难以理解的是为什么不采用过重负担的标准而却向卡莱罗·罗德里格斯先生主张的那样（第 2103 次会议）依赖处理危急状况的草案第一部分的第 33 条。按照第 33 条，危急状况是一种排除不法性的情况，它意味着国际不法行为从来就没有完成，而按照第 7 条草案第 1 款（c）项，过重负担的标准是对恢复原状义务的限制，而这种恢复原状在缺乏完全的国际不法行为时是不会产生的。

70. 最后，国家责任这一专题列入委员会的工作计划已有 40 年了，其中包括用 9 年时间审议草案的第二部分。目前起草委员会收到了 16 条草案而且还会收到更多的草案。这种现状尽管有充分的理由，但可能受到委员会的更多的批评，但他相信，有特别报告员掌舵，委员会能够作出取得进展所需要的巨大努力。

71. 哈索内先生对特别报告员精细研究和严密论证的初步报告（A/CN.4/416 和 Add.1）表示赞赏，认为这份报告堪与其各位前任的佳作媲美。

72. 关于方法问题，他愿意接受特别报告员关于分别处理国际违法行为的后果和国际罪刑后果的建议。尽管这种区分可能造成延误和重复，但会由进而产生的更大的准确性所抵销。特别报告员关于把草案第三部分专门用于解决争端，进而把有关“执行”的条款放在第二部分的建议也具有同样的效果。总而言之，这可能是一个法律鉴赏力的问题而不是一种确定的技巧问题，不应忘记，人各有所好。

73. 特别报告员把停止称为国际不法行为后果学说的“灰姑娘”（同上，第 30 段），从前任特别报告员初步报告中可以看到这位灰姑娘处于被遗忘的处境。<sup>11</sup> 然而，正如前任特别报告员提出的那样，到 1984 年这位灰姑娘便从无人过问的处境中脱颖而出被列入第 6 条草案的（a）款，如今现任特别报告员已决定以单列一条的建议来彻底拯救这位灰姑娘了。从个人角度讲，总的来说他赞成这种做法，因为这种做法在第二部分的具体补救方法和第一部分中的类型相应的不法行为之间建立了一种逻辑联系。在这方面他指出，停止已明显地由两位知名学者归类为“其违

---

<sup>11</sup> 《1980 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 107 页，文件 A/CN.4/330。

反导致代替初级义务”。<sup>12</sup> 如果把停止单列一条能够突出各类限制性条款的话，它将成为证明特别报告员的做法是有道理的另一个理由。

74. 按照特别报告员的解释，持续性不法行为的范围极为广泛。例如，特别报告员说到，他不同意委员会关于征用的意见：“随着征用的开始，国家的这种行为即告结束，即使这些行为的后果仍在延续”（同上，第 34 段），他坚持认为尽管他承认主流学说和实践都不能证明这样一种解释，停止应同时适用于作为和不作为的不法行为这两种情况（同上，第 42 段）。

75. 如果赋予持续性不法行为这一概念以一种广泛的范围，会使停止和恢复原状的含义相互重叠，不管把它们放在单独条款和如何加以区分都显得矫柔造作。如第 69 段所提到的，这一点在某种程度上已由巴拉多尔·帕利埃里的观点（同上，第 69 段）作出了证明，帕利埃里指出，恢复原状不是“一种赔偿的形式也不是作为不法行为的后果而出现的新关系的一个方面，而却是最初法律关系的一种持续性的‘效力’”。尽管这是少数人的意见，但并不缺乏说服力。但特别报告员仍用这样的话对它作了否认：“〔这种观点〕，它的存在尽管有助于维护原始义务（和由它产生的规则）在违反之后仍然存在这一概念，但它们在恢复原状和停止不法行为两者的区分上具有消极的作用”（同上，第 70 段），他继续说到：“应当保留停止和恢复原状作为对付违反国际义务的两种性质截然不同的补救方法。”有人不禁要问这种区分本身是否已成为目的。

76. 给停止以广泛范围的另一个缺点是它有可能限制另一种补救方法——具体的行为——使其变的无人问津，因为在持续性的不作为情况下，停止似乎只是拖延行为的一种使用不当的名称。在这一点上他同意巴尔沃萨先生的意见（第 2102 次会议）。

77. 国际不法行为的进一步后果是无效，它象停止一样可归入恢复实物原状一类而且还可以同等的效力单列一条。当然界定无效范围的要求是指称的不法行为必须是一种法律上的不法行为，例如立法、行政命令或司法判决。它的实际作用已由劳特帕特精辟地阐述过了，劳特帕特说，“由于缺乏更为直接的执行手段，非法行

---

<sup>12</sup> 前引书（第 2103 次会议，脚注 5），第 97-98 页。

为无效原则势必在国际领域具有特殊的重要性”。<sup>13</sup> 如果人们想到联合国的政治机构，特别是安理会在审议国际不法行为时很少讨论要求作出赔偿的问题，这种重要性就更为清楚了。特别报告员在其报告中讨论了无效这一问题，但问题仍然是，鉴于其重要性，这一补救方法是否应当成为一种明示条款的主题。

78. 谈到恢复原状的问题，特别报告员正确地說道 (A/CN.4/416 和 Add.1, 第 64 段)，无论从理论上或是实践上来说，对这一概念的认识都不是统一的。在证明恢复原状的定义时人们经常引述布赖恩诉查莫洛一案，<sup>14</sup> 按照这一定义恢复原状指重新建立原有的状况，而在证明这一定义应为尽一切可能恢复不法行为未发生时的状况时往往引用国际常设法院对霍茹夫工厂一案<sup>15</sup> 的法官经典意见。这两种定义之间的区别不仅仅是学术性的，因为它们可能对损害的估价产生影响进而影响到第二种定义的结合方面。尽管他很难提供一种从未存在过的理论情况，但他仍然认为第二种定义比较妥当。

79. 不管怎么说，无论是哲理方面通过那一种定义，恢复原状总是不可能的——前任特别报告员已充分认识到了这一事实，这一点可以从他的初步报告<sup>16</sup> 中明显地看出——因为扭转时间是超出人类的能力的，或者正如奥马尔·哈亚姆所说的，“移动的手指写字，写完字后继续移动”。因此各位作者实际上一致认为恢复原状是受害国正常的或基本权利，这使人感到惊讶。在这一方面，由曼先生<sup>17</sup> 列举

---

<sup>13</sup> H.Lauterpacht, Recognition in International Law (Cambridge, University Press, 1947), p.421.

<sup>14</sup> 萨尔瓦多共和国诉尼加拉瓜共和国案，中美洲法院 1917 年 3 月 9 日的判决 (见《美国国际法杂志》，第二卷 (1917 年)，第 674 页起各页)。

<sup>15</sup> 见第 2105 次会议，脚注 5。

<sup>16</sup> 见《1980 年……年鉴》，第二卷 (第一部分)，第 112-113 页，文件 A/CN.4/330, 第 29 段。

<sup>17</sup> F.A.Mann, "The consequences of an international wrong in international and municipal law", The British Year Book of International Law, 1976-1977, Vol.48, p.3 and footnotes 6 and 7.

的作者名单中，只有布朗利似乎把恢复原状看作是“例外的”，而实际上只有凯尔森对它作了否定。各种法系也未对它的优先性作出认真的质疑。正如曼先生指出的，这当然是千真万确的，恢复实物原状“大体上是普通法中所没有的，普通法同通常的见解有些不同，原则上遵从着罗马法中一切定罪即是谴责的规则”。<sup>18</sup> 然而，正如同作者指出的，“即使在英格兰等地，原告在—项请求还原扣留物的诉讼行动中决不仅限于金钱赔偿，而是有权得到有形财产的让予。”<sup>19</sup> 在伊斯兰法中，恢复原状的优先性可以从古老的“Idha batala-l-aslu yusaru ila-l-badal”规则中推导出，这句话的含义是“如无法恢复原有的状况，则寻找—种替代办法”。—规则被编纂在《奥托曼民法典》第53条中。还值得注意的是，伊斯兰法将金钱赔偿称之为“不完全的赔偿”。

80. 但最近文献中的倾向不仅对恢复原状的优先性而且对它的可能性均提出质疑。在这方面引人注目的是克里斯廷·格雷发表于1985年和1987年的两篇作品。<sup>20</sup> 在这两篇作品中作者基于对国际法院和其他法庭的仲裁裁决和判决的研究，得出结论，认为在国际仲裁实践中能证明恢复原状优先性的案例极少，在这方面不能把霍茹夫工厂案的判词用来证明—种普遍适用的理论。他不对—结论提出异议但他认为由于存在其他形式的赔偿并且因为法院和仲裁人是独立工作的，后者在没有这方面明示的条款情况下很少批准恢复原状，这些也可以解释为支持恢复原状的优先性。无论如何，他不认为诉诸于其他补救办法的频繁程度会对恢复原状的优先性提出质疑。

81. 对恢复原状的同样质疑来自特别制度的概念。在这方面，他同样认为尽管需要对外侨待遇作进一步的研究，但目前暂不需要有—种特别的制度，特别是考虑到特别报告员对停止规定较大范围，同时他没有在停止情况中规定“过重负担”的

---

<sup>18</sup> 同上，第2页。

<sup>19</sup> 同上，第3页。

<sup>20</sup> C.D.Gray, "Is there an international law of remedies?", *The British Year Book of International Law*, 1985, vol.56, p.25; and *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987).

例外。在这样的情况下，受害国将选择停止而不是恢复原状，这是特别报告员的战略中的一个缺陷。最终大部分将取决于委员会在多大程度上愿意依初级规则和——用康巴考和阿伦德的话说——“外来的”价值的内容决定次级规则的分类。

82. 在把过重负担的概念作为对恢复原状的例外这一问题上，他愿保留自己的立场。这一条是特别报告员鉴于在违反国际法的情况下实行国有化这一问题而提出的。

83. 另一个问题是法律上的不可能性，尽管如《欧洲人权公约》第 50 条<sup>21</sup> 那样初级规则明确阐述了其违反的结果，但他认为根据这些实例不能得出不能恢复原状的一般结论，因为它们只是证明这一规则的例外情况。

84. 最后，他支持特别报告员关于受害国的选择权的结论（同上，第 109-112 段）。这种权利无疑存在着，但如果不加限制就有可能导致滥用，这一情况表明应当加以限制。例如，一个富国可能污染一条国际河流，而污染程度超过明显损害的程度。如果受害国接受金钱赔偿而不是恢复原状，就会产生一种受奴役的状况。在起草第 7 条时应当记住这种情况，以便确保对一国之自由加以限制的情况不仅考虑到其他国家的利益，还考虑到对环境的影响。

下午 1 时 10 分散会。

---

---

<sup>21</sup> 见第 2104 次会议，脚注 10。