

先于其他使用的问题。尽管一些水道协议列出了各种使用中享有优先地位的项目，但是正象他在其第五次报告（A/CN.4/421和Add.1和2，第126段）中解释的那样，这似乎是一种过时的方法。因此，第2款规定，任何使用都不应享有优先地位，相反，倒应权衡所有有关因素，以便在发生冲突时确定哪种使用应优先或应根据本草案第6和第7条采取哪些措施来解决冲突。

85. 第25条草案涉及调节问题，调节在国际水道法中具有十分具体的技术含义，不应予以广义的解释。调节在该特定情况下是指通过建造水利工程或其他措施控制水道的水流，以便预防诸如洪水和侵蚀一类的有害影响，以及通过各种方式，如调节水的流量——这常常可大大地有益于农业用途——最大限度地从水道中获益。鉴于这一问题并非本草案的核心所在，他提出一个极其简单的条款，旨在提请人们注意各水道国之间在调节国际水道方面合作的重要性。然而，委员会如果决定该问题值得予以详细处理，他将愿意详尽阐述该条款。

86. 科罗马先生说，特别报告员提出的条款非常及时和恰当，他完全赞同。他知道整个这一专题对沿岸国和沿湖国是何等的重要，因为他曾有幸代表委员会参加了1988年在亚的斯亚贝巴就这一问题召开的会议。与此同时，这些条款草案中规定的义务不应限制性太强，因为否则的话各国可能不愿意遵守这些义务。相反，倒应鼓励各国在预防有害后果方面展开合作。

中午 12 时 55 分散会。

---

第 2127 次会议

1989 年 6 月 28 日星期三下午 3 时 10 分

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：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、伊留埃卡先生、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、拉扎凡德拉朗博先生、勒泰先生、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 (续完) \* (A/CN.416 和 Add.1, <sup>1</sup>  
A/CN.431, C 节)

(议程项目 2)

条款草案的第二和第三部分<sup>2</sup>

特别报告员的初步报告 (续完)

第 6 条 (停止持续性的国际不法行为) 和

---

\* 续自第 2122 次会议。

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

<sup>2</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，见《1980 年……年鉴》，第 30 页起各页。

该草案的第二部分 (国际责任的内容、形式和程度) 第 1 至 5 条由国际法委员会在其第三十五和三十六届会议上暂时通过，见《1985 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 24-25 页。第二部分其余条款草案，即第 6 至 16 条已由国际法委员会在其第三十六和三十七届会议上送交起草委员会，案文见同上，第 20-21 页，脚注 66。

该草案第三部分 (国际责任的“执行”和争端的解决) 的第 1 至 5 条和附件由国际法委员会在其第三十八届会议上作了审议并送交起草委员会。案文见《1986 年……年鉴》，第二卷 (第二部分)，第 35-36 页，脚注 86。

## 第7条（恢复原状）<sup>3</sup> （续完）

1. 麦卡弗里先生祝贺特别报告员所作的杰出的初步报告（A/CN.4/416和Add.1），其中载有对这方面权威依据的最透彻的分析。他的评论将仅限于拟议中的该草案一般结构，国际不法行为的法律后果，停止和关于恢复原状的新的第7条草案。

2. 关于一般结构，特别报告员对分别处理关于“执行”（实施）的条款和关于解决争端的条款（同上，第4段）提出了令人信服的论据。他的分析说明将关于执行的规则放在该草案的第二部分中而不是第三部分中是合理的。正如小木曾先生1985年在第三十七届会议上所指出的那样，<sup>4</sup> 一国只能主张或指称有人犯有国际不法行为，但只有在该起诉、反诉或其他争端解决程序完成之时才能确定该行为的法律地位。

3. 另一方面，他不能肯定分别处理国际违法行为和国际罪行是否适当，因为他完全不能接受一个国家的国际罪行的概念及其必然结果：一国的刑事责任。尽管违反国际法确实有严重程度之分，但它们却构成一个连续统一体，难以在其中辩明两种不同的类型。将违法行为和犯罪对分开来，可能会令人误解，从而损害本专题的工作。无疑，对违反普遍适用的义务的后果应该分别对待，但正是在这一点上本委员会能够作出真正的贡献，而不应徒劳地追逐一个国家罪行的幽灵。他不能接受特别报告员提出的其他论据（同上，第15段），为的是要证明有理由将两组后果分别开来，一组适用于罪行而另一组适用于违法行为。他所使用的强制性语言——“强制停止”“处以刑罚”——与现代的现实不符。《联合国宪章》中规定的强制手段是打算通过安理会及其所代表的有组织的国际社会来执行，而非通过单个国家的行动。

4. 特别报告员对国际不法行为的法律后果的处理办法是正确的，他正确的说，“只要有可能就应该更加具体和深入地包括整个议题”（同上，第24段）。若这

---

<sup>3</sup> 案文见第2102次会议，第40段。

<sup>4</sup> 《1985年……年鉴》，第一卷，第121页，第1895次会议，第30段。

一意图得到执行，即可对阐明该议题作出积极的贡献，因为各国将更能够确定自己的行为和其他国家行为的后果。在这方面有必要尽可能地精确，而这正是特别报告员努力要做的。

5. 正如特别报告员所建议的那样，必须分别处理停止国际不法行为的问题，而不是将其列入关于赔偿的条款。正如卡莱罗·罗德里格斯先生（第 2103 次会议）所指出，此议题可以包括在第二部分第一章（一般原则）中。他欢迎人们在讨论下列问题中提出的概念性问题：停止的义务是不做某事的义务的一部分或是犯下国际不法行为的后果。由于本委员会已决定草案第一部分是关于国家责任的起源，仅为此理由，就将“停止”列入第二部分第一章，特别是因为它似乎涉及对犯有国际不法行为国家的一项新的义务。

6. 谈到第 2 部分第七条的新草案，他说他同意卡莱罗·罗德里格斯先生的意见，“恢复原状”的含义必须在第 1 款中予以界定。这样就可不必在评注中多谈该概念，并可确保委员会的意思能够得到明确的表达。正如特别报告员所说（A/CN.4/416 和 Add.1，第 64 段），有两种不同的观点：一种认为“恢复原状”意味着恢复以前的状况，另一种意见认为这是恢复“如果不发生不法行为本会存在的状况”（A/CN.4/416 和 Add.1，第 64 段）。

7. 第 7 条第 1 款（c）项提出了“过重负担的”恢复这一棘手的问题。这一用语不很恰当，使用“不相称的负担”这些措词更好。正如特别报告员在引用文献时所提到的那样（同上，第 99 段）。他提出了一个大问题：这样该条就必须列出恢复原状被认为是“过分沉重负担”的情况，这就等于告诉犯有国际不法行为的国家它可以通过哪些漏洞，逃避受害国的索赔要求，否则起草委员会本来是可以解决这样一个小问题的。

8. 第 4 款提出了两种提法：“等值赔偿”和“金钱赔偿”。他倾向于第二种说法，因为对普通律师来讲它更容易理解，还有，金钱赔偿实际上是等值赔偿的主要形式。最后，在英文文本中，“等值赔偿”听起来非常拗口。

9. 关于工作安排，如果特别报告员能够在本届会议结束之前有机会介绍其第二次报告以便利各位委员在下届会议之前对其进行研究，那将是非常有用的。

10. 巴尔沃萨先生说，特别报告员在其初步报告（A/CN.4/416 和

Add.1, 第 64 段) 第 64 段中提议了两种恢复原状的办法: 定义 A 涉及恢复以前的状况; 定义 B 涉及恢复如不发生不法行为本会存在的状况。这两种定义涉及不同的时刻——违反行为发生之时和赔偿之时, 后者实际上更为重要。如保留定义 A, 则不能够在赔偿之时消除该行为的一切后果: 例如, 如何处理受害国所要求款额的利息, 该国可能将其视为一项新的要求的内容。如采用定义 B, 则意味着在定义中引进一种在任何时候都不存在的情况, 如要保留完整赔偿的可能性, 那最好就这样做。

11. 他认为, 停止和恢复原状之间的关系并不引起困难, 因为两者均属于次级规则。他既不赞同特别报告员停止是原法律关系的某种持续效果的看法, 也不同意特别报告员认为停止介于初级和次级规则之间的观点 (同上, 第 61 段)。将停止作为初级规则的效果和将恢复原状作为次级规则的效果在概念上不合逻辑, 因为, 若如此, 两个国家就同时牵涉到一种由初级规则强制规定的停止的法律义务和另一种因为违反前一义务由次级规则所强制规定的赔偿义务。必须回顾一下, 一项法律义务不过是一种法律联系, 而其内容则完全是另一码事。初级义务没有力量, 因为在逻辑上不可能遵循: 一旦被违反即行消失掉, 因为它不可能履行。因为时间因素是最主要的: 在时间 T 之前, 该义务未被违反; 在此之后已被违反。没有第三种可能: 一项义务不是被遵守就是被违反。因而, 停止的前提就是违反。

12. 混淆的根源是停止总是与一项持续性行为相联系, 中断这一持续性行为给人以遵守了初级义务的印象。但是, 实际上并未遵守, 因为时间因素对履行该义务是根本性的。下列例子也许能说明问题: 在外交代表被扣做人质的案子里, 初级义务的内容是不得干涉受其外交身分保护的人的自由。但是, 一旦他们被扣作人质, 该义务就不可能履行: 由于已被有效地破坏, 它就属于过去了。因而在这种案子里, 法律强加了第二项义务, 即停止的义务。在扣留人质时, 停止的义务与初级义务甚至不具有同一内容, 因为释放人质需要积极的行动, 而初级义务的内容是不作为。第一种法律联系有自己的渊源, 即 1961 年《维也纳外交关系公约》, 它已不再存在。取而代之的将是关于国家责任的条款所强制规定的新义务以及其他一些旨在消除该违反的其他实际后果的因素, 如当一债权人被剥夺了一违约债务人所欠他的资本时的累积利息问题, 或对外交人质或使馆馆舍的伤害或损害。

13. 即使停止和恢复原状均属次级规则，他们在概念上也必须分开。尽管恢复原状暗含停止，但它是不同的。二者同时发生并不意味着停止就包含在恢复原状之中，或被“套入”了其中，正如特别报告员曾说过的。回到扣押人质的例子，他说，若人质被送还要求使他们获释的国家，不法行为当然终止，但是，人质仅仅获释不法行为也可能终止，即便是那一行动导致了他们的死亡，例如，如果听任他们受狂怒的暴民的处置。

14. 最后，他一般来说同意特别报告员对不可能恢复原状问题的分析（同上，第 85 至 90 段）。

15. 谈到新的第 7 条草案，更具体的来说关于“负担过重的”恢复这一概念，他说引出该概念的第 2 款 (a) 和 (b) 项涉及两个不同的要素：(a) 项似乎是在应用“合理性”的原则，该原则是适用法律过程中的可靠指南之一。(b) 项则涉及一种完全不同的情形，一种类似于“危急状况”的情形，但区别是该规定并不排除某个不遵守其国际义务的国家行为的不法性，而是免除该国恢复原状的义务。因此 (b) 项似乎不恰当：其内容更多地涉及本委员会一读暂时通过的草案第一部分第 33 条第 1 款 (b) 项。若删除第 7 条草案第 2 款 (b) 项，该条整个来说可以接受。

16. 关于新的第 6 条草案，只要能够清楚地理解，停止与恢复原状都是赔偿的形式，他不反对将其与恢复原状分开处理。为此，本委员会可以考虑采用“而不损害其已经引起的其他责任”这样一个更为明确的表述，以便清楚地表明停止也是一项责任，而不是一项初级义务。“仍然”一词应改为“负”一词，而“作为或不作为”可由“行为”一词来取代，行为包括以上两个概念。

17. 索拉里·图德拉先生说，特别报告员对分别处理国际违法行为和国际罪行的后果所提出的理由主要是方法上的，而且正如特别报告员在其初步报告中说的，“一旦结果证明一部分可以不必分开处理，恢复到多少属于综合的文本，就仅是一个起草的问题”（A/CN.4/416 和 Add.1，第 12 (b) 段）。在这些情况下，知道特别报告员是否打算在该草案关于国际罪行后果的一章中区别国际罪行和危害人类和平及安全罪，以便处理。这两种情况下不同的后果尤其是在赔偿方面的后果，是会有用处的。

18. 停止问题是特别报告员最为重视的问题，在这方面他从其性质和功能的

角度来区分停止和恢复原状。他认为停止的渊源是初级规则而恢复原状的渊源是次级规则。但是，学说和实践并不总是区分这两种概念。在从国内法的角度谈到个人被国家当局任意拘留的案件时，他说，在一个没有法治的国家，该个人的获释——或换句话说，不法行为的停止——就被认为是足够了，而在一个法治国家中，获释还不是案件的终结，因为受伤害的个人有权要求国家给予赔偿。似乎在国际公法上也是如此；随着国际法律社会的逐渐强大，停止和恢复原状之间的区别也会越来越明显；违反国际义务将越来越频繁地不仅导致停止不法行为，而且导致以适当的形式赔偿。国家实践已经有实例表明责任的这两个方面。数年前，以色列当局安排在阿根廷领土上绑架了前纳粹分子阿道夫·埃希曼，指控他犯有灭绝种族罪。众所周知，埃希曼后来在以色列受审、定罪并被处决，但是也应记得，以色列政府没有否认它由于不尊重阿根廷主权而违反了国际义务，并向该国政府递交了一份它认为等于是赔偿的照会。

19. 他认为，国际责任这两方面的区别和它们之间的独立性是没有疑问的，因而有理由分别用一条来谈停止。但是特别报告员是打算将关于停止的新的第6条留在该草案有关因国际不法行为而引起的法律后果的第二部分第二章中，还是将其列入第一章（一般原则）（同上，第20段）？

20. 关于恢复原状，特别报告员十分详尽地分析了学说和国家实践。根据该报告（同上，第64段），学说上有两种主要趋向：一种赞成恢复不法行为发生之前存在的状况，另一种赞成重新建立不法行为如不发生本会存在的状况。尽管特别报告员显然赞成第二种思想流派，但是，这一倾向并未反映在新的第7条草案中。在联系该条草案提到有关国有化措施问题（同上，第106段）和在此种情况下不可能恢复原状的问题时，特别报告员指出当代的学说对在这方面恢复原状的权利提出疑问。因为国有化是一项合法行为而国家责任涉及不法行为，得出的结论就是这样的国有化不在责任的范围之内。然而，事实上，在国有化事件中得到赔偿的国家可能在赔偿数额上可能碰到问题。

21. 他认为，第7条草案，特别是第3款的案文可能引起一些异议。无论该条款中所体现的规则多么有理，鉴于在法律的其他领域中过去的经验，不能肯定它能为人所接受。在违反其国内法的不法行为事件中，各国常常由于他国内法律制

度的障碍而不能实施法律。在国际不法行为案件中，它们会接受第7条那样严格的规则吗？

22. 弗朗西斯先生在谈到初步报告（A/CN.4/416和Add.1）导言和第一章所涉的一般性问题时说，他同意特别报告员采取的修订该草案第二部分第6和7条草案的态度。他特别同意强调停止问题，换句话说，强调行为国的义务，同意单另用一条来谈受害国的权利的想法。他也同意特别报告员提议处理国际违法行为和国际罪行问题的方法，但有一项谅解，即本委员会最终重新考虑这个问题，看看所设想的这两种办法是否能够协调起来。他将在适当的时候就本委员会是否应当以麦卡弗里先生的评论为指导的问题表明他的观点，在这方面他提到了国际法委员会一读暂时通过的该草案第一部分第19条（国际罪行和国际违法行为）。

23. 他认为，第二部分第1至5条确实可以构成该部分的第一章，题为“一般原则”（同上，第9段），但是，一旦委员会最后通过这些条款，他认为，第5条的适当位置就应该是在“用语”项下。该条款主要是解释性的，对一般原则没有影响。他同意卡莱罗·罗德里格斯先生（第2103次会议）的观点：关于停止的新的第6条草案应该列入一般原则之中。

24. 关于特别报告员提出的本草案第二和第三部分的大纲（A/CN.4/416和Add.1，第20段），他同意扬科夫先生（第2105次会议）的意见，认为需要界定将列入关于和平解决争端的第三部分中的要素。

25. 他完全同意特别报告员关于停止的分析和结论（A/CN.4/416和Add.1，第22、31和61段）。停止作为一项后果主要来源于初级义务，在这个意义上它并非真正的法律后果，而是国际不法行为的实际后果。它与其他后果不同，不是来源于因违反国际义务而产生的新的法律关系。在一国自己的机关发现并补救该国意外的违反国际义务的案件中，严格来讲，停止与源于该违反的其他后果不是同一类型的法律后果。

26. 如果他理解正确，本努纳先生（第2122次会议）认为停止与恢复原状是一致的。在有些情况下，当停止是补救该违反的手段时确实如此，但是停止仍然不同于恢复原状，因为它取决于违反国际义务本身。若一国轰炸了邻国然后又停止了轰炸，可能要求它对损害作出赔偿，但肯定不能要求它恢复原状。因此特别报告

员讲“关于停止的规则完全可以被想象为是一项可以说处在初级规则和次级规则‘之间’的规定”（A/CN.4/416和Add.1，第61段）是正确的。

27. 关于起草新的第6条，尤其是“〔具有〕持续性〔的〕国际不法行为”这一措词，他说，特别报告员应该更多地注意该草案第一部分题为“时间上有延续性的国家行为违反国际义务的时刻和期间”的第25条。

28. 关于新的第7条草案第1款（c）项所提到的过重负担的恢复问题，他认为有用的是要牢记第一部分第31、32和33条的精神，它们涉及不可抗力和意外事件、危难和危急状况，如行为国促成了该局势发生，也不排除行为的不法性。第7条应该表明，如恢复成为过分沉重的负担是该违反的后果，行为国不应该从中得到任何好处。

29. 前任特别报告员所提出的第二部分第7条草案引起了各种不同的反应，他对其也有一些保留，特别是关于外侨的问题，这一问题应该根据世界上正在发生的情况谨慎地对待。由于他来自一个居民仅刚超过250万人的小国，该国另有100万人已移民，因此他对这一问题特别敏感。当发生涉及外侨的违反国际义务事项时重要的是要找出基于人道主义关切的法律解决办法，这种办法将有助于改善因违约而产生的新情况所涉及的人们的命运，这是一个完全不同于恢复原状的问题。

30. 史先生对特别报告员所作努力表示敬意，特别报告员总的来说接受了其前任提出的该草案第二和第三部分大纲，同时又有他自己的理解并由于方法上的原因作了一些改动。这样，第二部分新的第6和7条草案被提了出来以取代那些已提交起草委员会的条款草案。此种步骤是完全自然的。

31. 特别报告员在其初步报告（A/CN.4/416和Add.1，第20段）提出的业经修订的大纲与原大纲在三个主要方面不同。首先，提议用第二部分两章分别阐述国际违法行为和国际罪行的法律后果。其次，在这两类问题各自的处理中，特别报告员又将实质性和程序性的后果加以区分。第三，他以整个第三部分规定和平解决因指称的国际不法行为而引起的争端。人们可以问，提议的改变是否合理。特别报告员在其报告（同上，第16和18段）中，强调说，建议的改变纯粹是一个方法问题，并不暗示他自己有任何打算要在任何有关的理论或实际问题上表明他的

立场。但是否有可能将方法与理论问题分开呢？例如，特别报告员断定，由于难于找到一个“最小公分母”，所以应该区别对待违法行为和罪行的法律后果。但是，他的前任在已经送交给起草委员会的第2部分第14条草案中承认，至少是暗示的承认，在各种国际不法行为的法律后果之间存在着一种“公分母”，最严重的罪行除外，后者他认为有其自己的法律后果。因而，处理上的不同并非仅仅由方法所决定，而是由理论问题上的不同观点所决定。在特别报告员就有关草案第二和第三部分提交其所有报告和条款草案之前，本委员会不应过早地就特别报告员所提议的改动作出决定。

32. 关于新的第7条草案他同意特别报告员的意见，认为停止应该与关于赔偿的条文分开，并认为就此提出的论据一般来讲令人信服。但是，有几点评论还是需要发表。

33. 首先，特别报告员说（同上，第31段），停止是有关不法行为本身而不是其法律后果；在这个意义上，它不是赔偿的一种形式，并说，作为一项义务和对不法行为的一项补救措施，它是要归因于不法行为所违反的初级规则的持续和正常的实施，而不是归因于由于不法行为的发生的结果而起作用的次级规则的实施。他不能完全同意这一观点。同其他委员一样，他认为停止和恢复原状都是赔偿的形式，它们常常结合在一起。例如，在受害方要求撤出一块领土，释放人质或恢复原状的情况下就是如此。特别报告员显然知道维持一种极端立场的困难，因为他指出（同上，第32段），无论如何，停止属于广义的不法行为的法律后果。这是一些困难的理论问题，他同意扬科夫先生（第2105次会议）的观点，认为在停止与赔偿或特别是恢复原状之间的区别不应该拉得太大。

34. 第二，特别报告员将具有连续性或在时间上有延续性的不法行为与瞬时不法行为相区别，并说在前一种情况下停止才是重要的。问题在于持续性不法行为的定义，以及用于此种定义的标准。特别报告员回顾说（A/CN.4/416和Add.1，第34段最后），本委员会在对该草案第一部分第18条所作的评注中对持续性不法行为和瞬时不法行为之间的区别进行解释时强调，前者是“一个单一的行动，〔它〕延续一段时间，且具有持久性”，而后者是“一个产生持续后果的瞬时行为”如没收行为，就此本委员会表明，“没收一旦发生，此种国家行为就结束，尽管

它具有持续性后果”。特别报告员不同意本委员会在这一问题上的观点，他赞成前任特别报告员阿戈先生和特里埃佩尔先生的观点（同上，第 35 至 37 段）。然而，特里埃佩尔先生所主张的定义若适用于某些外国人财产的国有化，则可能对实行国有化的国家具有不能忍受的后果。有些国家今天仍然坚持，如传统国际法所设想的所谓国有化的国际标准，对它的违反将构成具有持续性的不法行为，其形式为非法接管外国财产。根据特别报告员的逻辑，这就需要停止该行为，或换句话说，需要非国有化。正如特别报告员所解释的（同上，第 57 段），停止——与赔偿和更具体的说恢复原状不同——是没有例外的。因此，在这种情况下，要求停止可能会危及或危害有关国家的社会经济制度。这是一个特别报告员应该考虑的问题。

35. 关于停止在“不作为的”不法行为中的作用，他不反对将其列入第 6 条草案中，但是他同其他委员、特别是巴尔沃萨先生（第 2102 次会议）和托穆沙特先生（第 2104 次会议）一样，怀疑受害国要求履行原先的行为的义务是否能被称为停止。还有，特别报告员承认这个问题在理论上和实践上都有不确定之处。

36. 关于恢复原状的新的第 7 条草案整个来说也可以接受，但也需要进行一些评论。首先，在其对于恢复原状的概念的分析中，特别报告员辩明了两种主要的解释（A/CN.4/416 和 Add.1，第 64 段）：一是涉及恢复从前存在的状况，另一个是恢复不法行为假如未发生本应存在的状况。但是，第 7 条丝毫没有表明他赞成那一种概念。这是很重要的一点，因为这两种定义具有完全不同的含义，正如特别报告员所承认的那样（同上，第 67 段）。就他自己来说，他赞成将恢复原状视为恢复从前存在的状况。

37. 特别报告员将不可能的问题——无论是实际上不可能、法律上不可能或过分沉重的负担——作为对恢复原状的限制来处理。在法律上不可能方面，特别报告员仅承认根据一般国际法强制性规范的不可能。因而，根据第 7 条第 3 款，各国不得以其国内法障碍为借口而不履行恢复原状的义务。作为一项一般原则，这一主张是有道理的，但这并不意味着完全无视源于国内法的障碍。他同意有些委员的意见，他们指出，有时很难，甚至完全不可能，取消或撤销国内法院的判决，特别是高等法院的判决。当然，根据有些国家的法律制度，如政府认为一项条约义务可能被违犯，政府能够介入法院的诉讼。但同时，从宪法上讲，政府可能不能脱离高

等法院的判决。这是恢复原状在法律上不可能的一个明显的案例。还有，特别报告员承认有时必须考虑源于国内法的困难，特别在没收财产的案件中。然而他却将其视为不是一个国内法上不可能的问题，而是将其视为一个由于负担过分沉重而不可能的问题，如将严重危及该国的政治、经济或社会制度的问题。但是如将没收行为视为一项持续性的行为——根据特别报告员前此在其报告（同上，第 35 至 37 段）中所理解的含义——那就要求停止该行为，在这方面是没有任何例外的。这又一次出现了停止与恢复原状之间区别的问题。

38. 最后，他同意特别报告员的意见，认为没有必要为影响外国人待遇的不法行为建立一个特别制度。因而，前特别报告员提议的第 7 条草案应予删除，特别报告员提出的理由（同上，第 104-108 段）、特别是关于区分对一国的“直接”和“间接”损害与此并无关联的理由，可能就足以说明应该删除。不过，就有关外国人待遇而言，这一区别对国家责任制度仍然十分重要。由于这一区别，在当地补救办法业已全部使用之前或在无明显拒绝司法之时，国家采纳它们公民的主张是不合法的。

39. 迪亚斯·冈萨雷斯先生说，由于特别报告员提出的条款草案将送交给起草委员会，为节省时间，他将在起草委员会表明其关于文字和实质性问题的意见。

40. 阿兰焦-鲁伊斯先生（特别报告员）感谢委员会各位委员，无论是否同意其提议，他们都为他提供了正是他所寻求的指导。在总结讨论时，他将按照其初步报告（A/CN.4/416 和 Add.1）的次序，从拟议中的该草案第二和第三部分的大纲开始，然后先讨论停止再讨论恢复原状。

41. 关于拟议中的大纲（同上，第 20 段），他注意到几乎所有就此专题发言的委员都提到国际违法行为和国际罪行之间的关系。正如他已经解释的那样，他提议分别处理违法行为和罪行只是因为他认为，违法行为较为人所知并较易处理，而罪行是一个较不为人所知和更难于处理的领域，至少对他是如此。作为一项原则问题，他不反对“此外”这一办法（同上，第 11 段）。但是，鉴于国际法的发展和在该草案第一部分第 19 条草案中对国际违法行为和国际罪行所做的区分，如果从一开始就不加区分地处理两类国际不法行为，只是象“此外”方法那样有一点区别对他来讲似乎相当奇怪。他继续相信，只有在深入处理违法行为之后，他才能够在本委

员会任务的最困难部分很好地为其服务，即在国际法逐渐发展的范围内，设计和系统地表述适用于罪行所有或应有的特定后果的一项制度。

42. 当然，在他至今所拟订的条款草案的某些地方，包括他在其第二次报告中所要提出的某些地方，有一些可能多少完全适用于罪行和违法行为的因素，但他没有足够的信心保证坚持这样一种结论。例如，他在初步报告里说，关于停止的规则及为其单列一条的做法可能被证明对罪行比对违法行为更重要，同样的意见适用于补偿，在第二次报告中将涉及补偿问题。但是，他不能肯定其全部含义。例如，补偿的一切形式，也许不全都适合作为对犯罪的赔偿。在目前他担任特别报告员的这一初始阶段，他也不能肯定在发生任何违法行为时应有何种程度、何种条件下、何种形式的补偿。如最后的条款草案同时不仅要处理违法行为而且也要处理罪行，那么解决任何意见分歧就更不容易了。科罗马先生（第 2105 次会议）看到了这些困难，他暗示需要探索在违法行为和罪行两个领域之间的不法行为的“灰色领域”，而巴尔谢戈夫先生（第 2104 次会议）指出，在国内的刑法典中，立法者界定违法事项，然后指出与违法严重程度相应的刑罚。但是，正如巴尔谢戈夫先生所强调的，本委员会正在处理的是国际不法行为。因此，他（特别报告员）并不认为本委员会现在是象在国家刑法典中一样界定违法事项——或初级规则——或规定刑罚：这里一方面是国际违法行为，另一方面是国际罪行，关于二者都没有一个现有的明确和无争议的定义界定具体的不法行为（某些泛泛和界定不当的罪行种类除外）或适用于罪行的刑罚或任何惩罚机制。他也不相信可以轻而易举地将国家刑法的典型模式移植进国际法。他至少不能象巴尔谢戈夫先生曾暗示的那样立即容易地那么做。

43. 格雷夫拉特先生（同上）认为不应该设想任何性质的惩罚，甚至实际上不应设想惩罚性的赔偿金。此外，巴尔谢戈夫先生说，他不清楚恢复原状是否能够适用于国际罪行。可能在一定程度上适用，但也很有可能并非第二部分新的第 7 条草案的所有条款都同样地适用于罪行和违法行为。因而似乎可取的是，本委员会象第 7 条中所提议的那样首先就违法行为的法律后果作出一项决定，然后再看这些法律后果如果能够适用于罪行。

44. 他相信本努纳先生（第 2122 次会议）同意他对国际违法行为和国际罪

行之间区别的分析，尽管他可能在后果方面走得太远，根据本努纳先生的意见，第一部分第19条由于涉及刑法种类而使关于该专题的编纂复杂化了，这种刑法种类与国际现实毫不相关，并可能在犯罪处罚方面造成困难。换句话说，本努纳先生正确地强调了该专题的困难之处，似乎想去掉第19条。就个人而言，他无意这么做，其原因正是使巴尔谢戈夫先生（第2104次会议）急切地希望看到罪行的后果立刻得到阐明的那些原因。格雷夫拉特先生原则上同意他所采用的方法——即进行有关的区分——但他担心的是，关于罪行的分别的条款可能从刑罚方面拟订；因为他认为，将适用于最严重的违反国际义务的制度解释为一种刑法上的责任是一种误解。他不同意这种观点，并提醒各位委员，根据前任特别报告员阿戈先生和其他许多学者的观点，国际不法行为的后果并不完全限于赔偿。在任何赔偿形式中，除了纯粹的赔偿因素外，还有一种惩罚因素，甚至在违法行为中也适用，这在外交实践中十分清楚。但他确实承认很难想象对一个国家的惩罚——更不用说对其实施惩罚了。第二次世界大战以后，有三个大国确实受到惩罚，但那种惩罚在于战场的失败，而且实际上是惩处危害和平与人类的个人罪行的前提。但在这方面，托穆沙特先生（第2104次会议）正确地指出，应当根据人民的利益来考虑对赔偿可能性的某些限制，因为不可能惩罚一个国家而不惩罚其人民。然而，必须设想一些惩罚的形式——强制措施的形式。比如，十分清楚，在违法行为的情况下，补偿是一种惩罚形式，尽管在那一情况中，惩罚在其大多数的形式上是由受害国提出的，而且从某种意义上讲，正是伤害国惩罚自己。

45. 关于停止，也必须区分违法行为和罪行。有关罪行条款的措词必须要比有关违法行为或其他国际不法行为的措词更加强烈。

46. 第二个主要的方法问题，是区别关于赔偿及其形式的实质性后果和对抗措施意义上的那些措施，后者他理解为确保停止，恢复原状，金钱赔偿和补偿的基本上属于手段性的后果。此种措施有一些先决条件，可被称为“预先措施”，如受害国在采取措施之前应该采取的步骤。它们是“执行”的一部分，尽管前特别报告员在该草案第三部分中涉及这些问题，他却倾向于将其放在第二部分，与措施放在一起。这是他背离其前任所提议大纲的第三点。似乎对他来讲最后两个方法问题——实质性后果以及用于取得这些后果的手段之间的区别，以及措施和“预先措施”之间

的区别——比违法行为与罪行之间的区别较少争议。只有一位发言人，格雷夫拉特先生对实质性和程序性后果之间的区别表示保留，关于他的执行的概念，或换句话说“预先措施”的概念，几乎无人表示保留。

47. 格雷夫拉特先生接受上述第一个区别，条件是不将其视为绝对的，他相当乐意同意这一点。当然，赔偿并非完全是实质性的，措施也并非完全是程序性的。关于罪行与违法行为之间的区别，格雷夫拉特先生关心的是，此种区别会导致就严重的违反事项对国家“定罪”。在这一点上，他（特别报告员）认为——拉扎凡德拉朗博先生（第 2102 次会议）和其他一些委员似乎同意他的观点——赔偿主要是实质性的，只有在故意或过失情况下才获得一种程序性质，例如，关于补偿或惩罚性赔偿金，在这种情况下它就十分接近于刑罚问题，正如在最严重形式的违法行为的情况下，更不必说罪行了。措施主要是手段性的，在这个意义上，也仅仅在这个意义上，其为程序性的，因为其本身并非目的，它们服务于一种目的，即作出赔偿或进行惩罚。将其视为实质性的就意味着它们总是惩罚性的、是报复的一种表现形式和受害中的一种权利。他宁可将其视为致力于某种目的诉诸的一些手段，即，确保对最常见的违法行为进行赔偿，并可能对最严重的行为进行惩罚。

48. 关于执行和他考虑第三部分的方法，对此他打算将“预先措施”列入第二部分，而仅仅将解决争端列入第三部分，这似乎得到了包括拉扎凡德拉朗博先生、卡莱罗·罗德里格斯先生（第 2103 次会议）、凯西先生和哈索内先生（第 2122 次会议）在内的许多发言人的赞同。他的方法是基于这样一种信念，即，国家采取的作为措施合法性的先决条件的步骤必须与措施本身同时考虑。他不能理解，若不澄清在何种情况和何种环境之下不能够在没有采取预先步骤时采取措施，如何能够在相同的情况下处理措施问题。至于有关这种条件的条款应该放在诸如对等或报复措施有关的条款之前或之后的问题，看来合理的是它们应该紧接在它们之后，以表明这些措施合法性的一般条件。似乎这些条件是些执行的小问题而将其归入第三部分可能是危险的。必须清楚地表明，声称的受害国仅仅根据唯一的单方面主权意见，甚至不交换外交照会而立即采取措施，不应成为通例。在这一点上，作为一个编纂和逐渐发展的问题，他对仲裁庭在空运协定案中发表的众所周知的概括性的法

官意见持强烈的不同意见。<sup>5</sup> 尽管他对作出该裁决的杰出的仲裁员怀有一切应有的尊重，但他认为该裁决对只有“强有力者”能够采取的做法所开的门太宽，本委员会完全应该谴责这样的做法。

49. 尽管该草案第三部分极不可能载有在和平解决争端方面的革命性步骤，他将尽力恢复在就《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》中和平解决争端原则的提法所进行的不成功的谈判期间，他代表意大利与荷兰、日本、马达加斯加和达荷美（现在的贝宁）一道提出的提议。<sup>6</sup> 他还回顾说，他向起草该宣言的委员会提交抗议文件正是因为和平解决的原则在最后通过的文本中，被顽固地冲淡了。但是，在一套关于责任的条款方面，有必要现实地考虑第三方解决程序这一问题。不应该忽视，在诸如国家责任这种广泛的领域，各国接受任何强制性的第三方解决程序将意味着，不管所涉利益的冲突是多么地严重，它们因违反了产生于任何领域的任何国际法规则的任何义务而服从这种程序。显然，要各国接受这种沉重的承诺是很难的。

50. 在结束他对拟议中的草案大纲的评论时，他说，扬科夫先生（第 2105 次会议）和弗朗西斯先生正确地表明，大纲对草案的第二部分十分精确和具体，但对第三部分却远非如此，第三部分只有标题。他解释说这并非由于疏忽，而是由于他是一步一步的前进，目前，他不能肯定第二和第三部分具体是什么结构或具体是什么内容。

51. 另一条意见与报告的提交有关。他同意这些报告应该及时提交，并强调他已采取一切必要措施以避免任何拖延。同时，不可能指望他一下子，即在一份报告中包括所有在第二部分的第 6 至第 16 条草案中所涉及的全部问题，这些条款现在已送交起草委员会。国家责任是一个巨大的专题，他对本委员会和大会第六委员会同样也负有重大责任。最终将体现在条款草案、也可能载入一项公约的那些规

---

<sup>5</sup> 关于 1946 年 3 月 27 日美利坚合众国和法国缔结的空运协定案，1978 年 12 月 9 日裁决，（联合国，《国际仲裁裁决集》，第十八卷（出售品编号：E/F.80.V.7），第 417 页。

<sup>6</sup> 大会 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV) 号决议，附件。

则，应包括对国际法任何规则的违反，并在其通过之后继续长期生效。此外，不仅由本委员会而且由特别报告员所拟订的任何一组条款草案远在其最终成型之前就引起各国政府和学者的注意，有时甚至在一读审议结束之前就引起了注意。很遗憾的是，他相信，他刚才提到的那些条款草案尽管有其无可争辩的长处，但从本专题法律的编纂和逐渐发展的角度来看，它们仍然不能令人满意。至今所收集的材料和仍然需要收集和分析的材料数量是如此之巨大：初步报告中有其实例，即将提交的第二次报告中有更大量的关于赔偿、赔偿金、利息和补偿的实例，第二次报告将结束关于赔偿问题的审议。因此，本委员会没有理由说它面前仅有关于国家不法行为的实质性后果的头两个条款草案，因为它已经可以有一个关于所有这些后果的相当具体的总的概念。在下一届会议上，委员会将会收到有关措施和“预先措施”的条款草案，并有希望在随后的一届会议上，收到关于罪行后果的条款草案。

52. 谈到停止问题，他注意到已提出了三个问题：停止的性质和与赔偿的关系，与它有关的条款在条款草案中的位置以及新的第6条草案的措词。

53. 关于第一点，他注意到巴尔沃萨先生对他关于有别于赔偿的停止的临时性定义提出了疑问，托穆沙特先生和本努纳先生也程度不同地提出了疑问。但是，他相信，这些委员所说的与他自己的立场并不矛盾。他回顾说他承认停止不法行为的义务尽管源于最初的初级规则，它也是已经开始违反该规则这一事实的一项后果；在这一意义上，停止的义务从广义上讲是不法行为的后果。这就是他在初步报告中努力要解释的一点，同时他强调停止常常是不可见的，因为它包括在恢复原状之中。因而，他不否认停止以不法行为的开始为先决条件：这一点十分明显。

54. 当然，他未能提请本委员会注意，实际上出现在仲裁庭面前的各补救措施之间的套进关系，海斯先生（第2105次会议）和凯西先生从报告中充分地理解了这一点。在这方面他提到国营铁道公司案（A/CN.4/416和Add.1，脚注59）得到了凯西先生很好的理解，它不应该按巴尔沃萨先生（第2102次会议）所建议的方式来解释。

55. 但是应该指出，停止包括在赔偿之中这一过程并非总是出现，在有的情

况下——一个实例是关于在德黑兰的美国外交和领事人员案<sup>7</sup>——停止肯定在先。的确，有可能想象其他一些停止为有关政府所主要关切的局势：例如，逐步扩展对一块领土的占领或违反条约法或一般国际法在一国内对外国人的权利和自由逐步加以限制，还有由于或因为一项制度而持续地违犯人权，从而构成永久和系统地违反条约法或一般国际法。

56. 关于有些发言人指责他引出的“初级”和“次级”规则之间的区别问题，他强调，他正是以这个区别作为停止的独立而不一定是孤立的作用的基础。当然，他不想迷信这一区别，因此，他谈到了“灰色领域”。如果他报告中的某些段落，如索拉里·图德拉先生和史先生引用的那些段落，可能在这一点上引起疑问的话，该报告第32段应该消除这些疑问。在这一点上，史先生从停止和恢复原状的观点，对国有化问题提出的意见十分贴切，他很仔细地注意到了这一点。

57. 至于有关停止条款的位置问题，他相信它们应在关于各种形式的赔偿条文之前，但在第一部分之后。因此他赞成卡莱罗·罗德里格斯先生的建议，将它们列入第二部分第一章的一般原则之中。

58. 关于新的第6条草案的措词，他指出他使用了“仍然”一词，而没有用“负”一词，以便强调国家义务的永久性和初级规则的持久性，任何数量的违反都不能使其消失。

59. 格雷夫拉特先生就第6条提议的措词（第2104次会议，第31段）等于说，根据受害国的要求，行为国有停止的义务，该措词的缺陷是削弱了本条中阐述的规则。他在起草第6条时实际上考虑过一项需由受害国提出一项要求的提法。他将这一提法搁置一边是考虑到了这种提法对默认问题可能会产生的影响。采纳格雷夫拉特先生的提议难道就不意味着受害国的沉默会被很容易地解释为默认？他说他可以接受人们，尤其是拉扎凡德拉朗博先生提出的关于时间上延续性概念的另一建议。

60. 最后关于恢复原状的问题，他解释说，他与格雷夫拉特先生、巴尔沃萨

---

<sup>7</sup> 见第2104次会议，脚注7。

先生和史先生不同，而与卡莱罗·罗德里格斯先生、凯西先生、海斯先生、麦卡弗里先生和索拉里·图德拉先生一样，赞成恢复原状概念的广义解释。在这一点上，他即将提交的第二次报告提出的第8条充分地阐明，赔偿将作最广义的理解，即在这样的意义上理解：它应导致重新恢复如不发生不法行为本会存在的状况。他希望随后的条款草案，尤其是关于现金赔偿的条款能够消除、至少部分消除人们对新的第7条草案第1和第2款对恢复原状义务所规定的各种限制的担心。那时将可看到，因援引第7条第1和第2款中所列的理由之一而免除其恢复原状义务的国家仍然有义务通过金钱赔偿弥补该损害。

61. 在回答巴哈纳先生关于应该在第7条中使用拉丁文用语 *restitutio in integrum* 的建议（第2122次会议）时，他解释说这可能引起混淆，特别是因为该用语在罗马法、民法和普通法中并不具有完全相同的意义。在答复托穆沙特先生的意见时，他表明在他的第二次报告中将涉及赔偿金及其利息的问题。

62. 关于哈索内先生就新的第7条草案第3款提出的宣布无效问题，他说他不了解国际法院如何能够直接宣布一项国内立法规定或国家法院的判决无效。国际法院只能根据案情宣布某项国家法律的存在或效力的国际非法性并向该国发出一项强制令。要由后者负责废止或取消阻碍恢复原状或其他形式赔偿的规定或判决。

63. 最后，在答复主席的问题时，他说他赞成将新的第6和7条草案送交起草委员会。

64. 埃里克松先生说他不反对将这些条款提交给起草委员会，但他问道希望起草委员会就它们做些什么工作。

65. 主席说，如果没有反对意见，他就认为本委员会同意将特别报告员提交的第6和7条草案送交起草委员会。

就这样议定。

下午6时10分散会。