



国际法委员会

第五十二届会议

2000年5月1日至6月9日和7月10日至8月18日，
日内瓦

关于国家责任的第三次报告

特别报告员：詹姆斯·克劳福德先生

目录

章次	段次	页次
一. 导言.....	1-11	3
A. 完成二读的工作.....	1-4	3
B. 一读通过的第二部分和第三部分：一般考虑.....	5-11	4
二. 第二部分. 国家国际的不法行为的法律后果.....	12-119	9
A. 第一章. 一般原则.....	13-119	9
1. 第一章的标题和内容.....	13-16	9
2. 一般赔偿原则.....	17-43	10
(a) 目前条款.....	17-22	10
(b) 拟议的一项一般原则.....	23-37	13
(c) 第42条第(3)和第(4)款.....	38-43	18
3. 停止和相关问题.....	44-59	20
(a) 现行规定.....	44-48	20
(b) 停止在条款草案中的位置.....	49-50	22

(c) 位置和拟订问题.....	51-52	22
(d) 承诺并保证不重复.....	53-59	23
4. 习惯国际法的其他法律后果.....	60-65	25
5. 受害国.....	66-118	27
(a) 第 40 条：“受害国”的含义.....	66-81	27
(b) 一些初步问题.....	82-96	35
(c) 改拟第 40 条的几种选择.....	97-118	41
6. 第二部分第一章结论.....	119	50

一. 导言¹

A. 完成二读的工作

1. 委员会在其 1999 年第五十一届会议上结束了 1998 年就开始的二读对条款草案第一部分的审查。起草委员会已审议了第 1 至第 35 条，并向全体会议²提出了报告。自这些审议后，一些国家政府在第六委员会辩论的框架内又提出了若干进一步的评论。³在法学上也有一些相关发展。⁴就印象而言，可以这样说，总的看来 1998 年和 1999 年对第一部分所作的暂定修改，简化并澄清了该部分的原意，因此受到欢迎。第一部分的基本概念（制定国际法次要通则的框架以确定一国是否实行了国际不法行为）仍基本保持不变，第一部分现有各章均予以保留。

2. 委员会本身保留了有关第一部分的一些问题以便进一步审议。这些问题是：

(a) 是否有必要就违背对整个国际社会的义务（对所有国家的义务）的国家责任作出规定，以及该项规定与一读时通过的第 19 条规定之间的关系；⁵

(b) 前第 22 条（用尽当地补救办法）的拟订及位置；⁶

(c) 根据草案其它章节对反措施的处理，拟订第 30 条（国际不法行为的反措施）；⁷

(d) 是否有可能根据 1999 年特别报告员的建议，增加一项解除行为不法性的情况，即不履行义务的例外情况（未履行契约的抗辩）；⁸

¹ 特别报告员谨感谢国际法研究中心研究员 Pierre Bodeau 先生为本报告提供了很大帮助，并感谢 Leverhulme 信托基金提供慷慨财务支助。

² 起草委员会暂时通过的条款草案案文见 A/CN.4/L.569 和 Corr.1（第一部分，第一和第二章）；以及 A/CN.4/L.574 和 Corr.1 至 4（第一部分，第三至第五章）。也见起草委员会主席在 1998 年的报告（Simma 先生，A/CN.4/SR.2562）和 1999 年的报告（Candiotti 先生，A/CN.4/SR.2605 和 A/CN.4/SR.2606）文件。

³ 见秘书处编写的第六委员会第五十三届会议和第五十四届会议期间讨论的专题摘要（A/CN.4/496 和 A/CN.4/504）。

⁴ 例如，1999 年 7 月 15 日前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭就《检察官诉 Tadic》一案（案件号码 IT-94-1-A）作出的裁决。

⁵ 见《1998 年国际法委员会报告》，第 128 页（第 331 段）《大会正式记录，第五十三届会议，补编第 10 号》，（A/53/10）。与这个问题相关的是一些人对是否有必要拟订第 29 之二条（遵守强制性规范）表示怀疑：见《1999 年国际法委员会报告》，第 125-126 页（第 309 段至 315 段）《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》（A/54/10）。

⁶ 《1999 年国际法委员会报告》，第 108 页至 111 页（第 223 段至 243 段）。

⁷ 同上，第 149 页（第 448 段）。

⁸ 同上，第 129 至 132 页（第 334 至 347 段）。特别报告员的建议见第二次报告，A/CN.4/498/Add.2，第 40 至 48 页（第 314 至 329 段）。

3. 应指出，这些问题均涉及对现有的第二部分的规定的处理。⁹此外，如果委员会要按计划并依照大会的要求，在 2001 年以前完成对条款草案的二读，今年就必须向第六委员会提交条款草案全文。这样，国际法委员会才能根据下届会议前收到的任何进一步评论，对整个条款草案进行审查。

4. 因此，本报告建议，就一读通过的第二部分全文提出建议，并在这一过程中，审议上文第 2 段列举的 4 个问题。在这个基础上，特别报告员希望在 2001 年提出条款草案全文以及评注，供委员会第五十三届会议审议和通过。

B. 一读通过的第二部分和第三部分：一般考虑

5. 一读通过的第二部分处理广泛问题：

(a) 说明一般原则，其中最重要的是“受害国”一词的“定义”（第一章，第 36 条至 40 条）；

(b) 题目很长的一章“受害国的权利和实行了国际不法行为的国家的义务”，规定停止和赔偿的基本原则以及赔偿的具体内容（第二章，第 41 至 46 条）；

(c) 处理反措施的一章（第三章，第 47 至 50 条）；

(d) 扼要处理第 19 条界定的国际罪行的后果一章（第四章，第 51 至 53 条）。

6. 至于有关争端的解决的第三部分，是否保留这一部分取决于就条款草案的形式作出的决定。特别报告员已经提出他反对一读时把强制性解决争端与采取反措施特别联系在一起的理由。¹⁰委员会许多成员在就第二次报告进行辩论时均赞成这些理由。¹¹因此，特别报告员认为，在审议条款草案的形式和争端的解决的问题之前，最好先集中审议国家责任法的实质内容及其执行的问题。

7. 在审议第二部分出现的问题时，应首先提出某些要点：

⁹ 例如，第 2 段所述的四个问题，在以下方面均与现有的第二部分问题有关：

- (a) 第 19、40 和第 51 至 53 条各条之间显然有关联，如单独审议第 19 条，该条是没有后果的一类；
- (b) 有人建议最好将第 22 条置于履行责任一节，而不是置于第一部分；
- (c) 由于条款草案其他章节未提及反措施制度，因此更详尽制定第 30 条有充分理由，但如果在第二部分处理此主题，则相互参照性质的第 30 条，条文简单即可；
- (d) 一种观点是，未履行契约的抗辩要么与反措施制度一样，同样作广泛规定，要么适当地包括在反措施制度内，因此，委员会推迟审议这一问题。

¹⁰ 见一读通过的第 58 (2) 条，批评意见见第二次报告，A/CN.4/498/Add.4，第 13 至 15 页（第 384 段至 387 段）。

¹¹ 《1999 年国际法委员会报告》，第 148 和 149 页（第 441 段至 447 段）。

(1) 条款草案对国内的适用性。第二部分中有关停止、赔偿和反措施的义务，本身就是有关国家的国际义务，因此，适用于国家所有国际义务的条款草案，也是反射性的。因此，第4条规定一国不得援引其国内法作为不遵守国际义务的借口，也适用于第二部分的国际义务。这一点对于解除行为不法性的情况亦然：因此，一国应有权依据不可抗力作为解除其不支付赔偿行为的不法性情况，但需维持在第一部分第五章允许的范围内。在起草第二部分时，也许并不总是清楚地认识到第一部分的这种反射性质。例如，第42(4)条就重复了第4条的实质内容，严格上说，这种重复是不必要的，并且可能对第二部分的其他条款造成相反的不良影响。¹²

(2) 第二部分以及实质/程序的区别。尽管条款草案涵盖一个可称之为“司法补救办法”的领域，¹³但大都是按国家的权利和义务拟订的。在许多国家的法律制度中，同样的规定通常以法院在补救办法方面的权力表示。但在法院没有这种推定权利的制度中，这种作法是不可能的，因为许多法院、法庭和其他机构可能都面临责任问题。尽管这些差异，国内法（所谓的“私法类推”）的措辞往往悄悄地出现在国际司法判决中。¹⁴虽然条款草案不涉及诸如法院管辖权之类的问题，但常常有人说，补救办法（即惩罚性损害赔偿）受到仲裁或特别协定条件的限制，¹⁵而且指示或命令临时性措施权力一类的管辖权问题与停止的义务明显重叠。这在宣告方面造成特殊问题，因为国际性法院常常准许以宣告作为补救办法的一种形式，认为在这种情况下对违背义务行为的正式调查结果，已足以构成赔偿。¹⁶的确，在许多国家责任案件中（同许多国家法院的公法领域案件一样），寻求的主要补救是宣告。

¹² 并参看下文第42段。

¹³ 见C. Gray 所著《国际法中的司法补救办法》（1987年，牛津Clarendon出版社）；D. Shelton 所著《国际人权法中的补救办法》（1999年，牛津Clarendon出版社）。起草委员会主席在介绍第42(1)条时，把恢复原状和赔偿等说成是“补救办法”：《1992年国际法委员会年鉴》，第一卷，第217页（第17段）。

¹⁴ 参看仲裁员Mahmassani在同一段关于Liamco一案具体行为和恢复原状问题的讨论：（1977年）62《国际法律材料》140，第198页。

¹⁵ 关于惩罚性损害赔偿与仲裁协定条款之间的关系，除其他外，特别见Lusitania一案（1923年）7《国际仲裁裁决汇编》32，第41页和42页；关于德国在1914年7月31日之后以及葡萄牙参战之前行为责任一案（1930年）《国际仲裁裁决汇编》第二卷1035第1076页和1077页；Grimm诉伊朗一案，第71号案件，伊朗-美国索赔法庭（1983年）《伊美索赔法庭文件汇编》第二卷78（第78页和79页）。

¹⁶ 参看《科孚海峡（实质）案》《国际法院案例汇编（1949年）》，第4页（见第35页）；《彩虹勇士号仲裁案（新西兰诉法国）》（1990年）《国际仲裁裁决汇编》第20卷，第217页（见第272页和273页）（第122段和123段）。一般情况参看Gray著《司法补救办法》，第127段至131段；Shelton著《国际人权法中的补救办法》，第68页和69页。

(3) 权利和补救办法：斟酌问题。这是相关的一点。第二部分按权利拟订条文，不仅倾向于排除宣告性补救办法一类的赔偿，而且要求条款草案按以下一点拟订：赔偿的适当方式依国际法规定。事实上，国际性法院和法庭在处理赔偿问题时表现出很大的灵活性。¹⁷在责任规则可按权力和司法斟酌权拟订的制度中，这个问题不大。但在凡事均按权利和义务构想的制度里，¹⁸情况就不同了，这正是第二部分有时被批评过于严格，有时被批评含糊不清的原因之一。¹⁹总的说来，这几点并不影响第二部分的基本结构或处理方式。然而在审议特定条款、尤其是在起草时必须予以考虑。

8. 一读时通过的第二部分既有正面的特点也有负面的特点。在正面方面，条款草案的关键部分（停止、赔偿和反措施）是根据前任特别报告员加埃塔诺·阿兰焦·鲁伊斯先生详细而认真的报告编写的。²⁰这项工作肯定没有必要重复：侧重点应是特别参照各国政府的评论，拟订某些条款草案，有可能的话并作详尽阐述。负面的则是，第二部分和第三部分均有一些因素有待审议：

- 有人批评说，第 42 条的赔偿概念与第 43 条的恢复原状，两者间的关系混淆而且重叠；更概括地说，在各种赔偿形式（特别是恢复原状和补偿）之间如何选择的问题，仍需进一步注意。

¹⁷ 参看《加布奇科沃——大毛罗斯项目案》《国际法院案例汇编（1997 年）》，第 7 页。关于灵活性几乎到了违反 *ne ultra petita* 原则的案件，见《彩虹勇士号》仲裁案（新西兰诉法国）（1990 年）《国际法报告》第 82 卷 499（第 574 页和 575 页）（第 116 段至 120 段），第 577 页和 578 页（第 124 至 128 段）。关于停止和赔偿之间区别的一般情况，参看下文第 47 至 50 段和 54 段。

¹⁸ 参看第 42（2）条，其中规定在确定赔偿的形式和款项时，“应考虑到”起到损害作用的过失；第 46 条，其中规定“在适当情况下”要求承诺并保证不重复。这两条不仅意味着一种酌情灵活性处理的措施，而且也包括某种形式的第三方解决。

¹⁹ 这一点可以对未支付偿金不分有权要求利息说明。在有些案件中，甚至裁定支付付计利息；在其他一些案件中，支付利息总是不适当的，或者，以其他方式考虑未支付金额的价值。但很难预先确定在什么条件下支付利息（包括复计利息是适当的，见 *Santa Elena, S. A. 发展公司诉哥斯达黎加共和国* 一案（国际投资争端解决中心，案件号码 ARB/96/1，2000 年 2 月 1 日裁决），第 96 段至 107 段。委员会在一读时未保留特别报告员阿兰焦·鲁伊斯关于就利息问题单独拟订一条款的建议，只在第 44（2）条模糊地提到这点。见阿兰焦·鲁伊斯第二次报告，《1989 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 23 页至 30 页，和第 56 页；关于第 44[8] 条的评注，见第 24 段至 26 段，《1993 年国际法委员会年鉴》，第二卷，（第二部分），第 73 页。

²⁰ 加埃塔诺·阿兰焦·鲁伊斯关于国家责任的报告，见《1988 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 6 页（初步报告）；《1989 年国际法委员会年鉴》第二卷（第一部分）第 1 页（第二次报告）；《1991 年国际法委员会年鉴》；第二卷（第一部分），第 1 页（第三次报告）；《1992 年国际法委员会年鉴》第二卷，第一部分，第 1 页（第四次报告）；A/CN.4/453 和 Add.1 至 3（1993 年）（第五次报告）；A/CN.4/461 和 Add.1 至 3（1994 年）（第六次报告）；A/CN.4/469 和 Add.1 和 2（1995 年）（第七次报告）；A/CN.4/476 和 Add.1（1996 年）（第八次报告）。

- 无论对第 19 条界定的“国际罪行”问题采取何种处理办法，人们普遍批评第 51 至 53 条不合适，与案文不贴切。²¹
 - 第二部分所载的一些一般性规定（例如，关于特别法的第 37 条和关于同《联合国宪章》的关系的第 39 条）归入一个最后性的总则部分，更为适当，并应适用于整个条款草案。似有必要进一步拟订若干一般性规定。²²
 - 第三部分只处理争端的解决，而没有处理履行责任这一更广泛的实质性主题。
 - 就履行责任而言，可能需要象《维也纳条约法公约》第 45 条那样，处理丧失援引责任权利等主题。其他一些问题也可能属于这一范围。
9. 此外，把第二部分分为四章也引起一些问题：
- 第一章打算说明可适用的一般原则，但却主要由导言性条款和保留条款组成，外加一条冗长的受害国“定义”。第二部分特有的基本原则大都载于后面几章。
 - 第二章各条处理停止和广义上的赔偿（恢复原状、赔偿、满足、承诺和保证不重复）。但是，停止有别于赔偿，第一章有一条（第 36（2）条）处理它的一个方面。此外，第二章只规定一些“受害国的权利”，而其他权利则在第三章和第四章加以具体规定。看来似宜把国际不法行为以下两类后果区别开来：关涉到继续履行有关义务问题的后果（例如停止、可能作出的承诺并保证不重复）；以及关涉到严格意义上的赔偿的后果。此外，在第一章似可列述赔偿的一般原则，作为第 1 条和第 3 条所列一般原则的必然结果。在这一基础上，第二章可用来详细说明特定案件的赔偿内容。
 - 关于反措施的第三章对国家责任的“内容、形式与程度”似乎着墨不多，倒是比较着重某项违背国际义务行为发生之后受害国可能采取的合法行动。第 47 条表达了一种概念，即反措施是一种工具，其重点不在惩罚应负责任的国家，而在促使其遵守停止和赔偿方面的义务；国际法院在《加布奇科沃——大毛罗斯项目案》中对这种概念表示赞同。²³这意味着最好把有关反措施的条款列在关于履行责任的部分（以下称之为第二部分之二）。²⁴

²¹ 见《1998 年国际法委员会报告》，第 119 至 120 页（第 298 段至 301 段）。

²² 例如拟议的第 A 条（国际组织行为的责任）；见第一次报告，A/CN.4/490/Add.5，第 32 至 33 页（第 256 至 262 段）；《1998 年国际法委员会报告》，第 144 页（第 427 段至 429 段）。

²³ 《国际法院案例汇编（1997 年）》，第 7 页（见第 55 至 57 页，第 83 至 87 段）。

²⁴ 关于阿兰焦-鲁伊斯先生把反措施列入第二部分以及舍弃责任概念的理由，见《1998 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 10 页（第 19 段）。除了与反措施有关的问题外，没有考虑到与援引责任有关的其他问题。

- 第四章打算规定原第 19 条界定的国际罪行的具体后果,但正如第一次报告²⁵所指出的,这些后果相当有限,而且不涉及人们通常理解的“刑事”后果。例如,这些后果并不包括惩罚性损害赔偿,更不用说对最严重违反国际法行为可能适当的其他制裁了。1998 年,委员会决定通过对整个国际社会的义务的概念以及强制性规范来解决第 19 条引起的问题。²⁶因为这些义务的直接法律后果与第二章所处理的义务后果类似,因此毫无疑问的,这些义务应并入该章,或并入第二部分其他章节。如果这些义务可能导致对应负责的国家采取集体措施,则可在拟议的第二部分之二加以处理。
 - 第二部分没有任何章节处理一个以上国家遭受同一国际不法行为损害,或应对同一国际不法行为负责的情况。也没有任何明确条款处理主要受这种行为影响的国家可获得赔偿的形式,与在这种违背义务行为上具有合法利益的其他国家(所谓“受到不同伤害”的国家)可获赔偿形式两者之间的关系。²⁷对于多边义务、即向一组国家或整个国际社会集体承担的义务而言,这些问题特别重要。
10. 由于这些原因,以及本报告文内提出的其他原因,兹建议条款草案案中其他实质性章节可采取以下结构:

第二部分 国家国际不法行为的法律后果

第一章. 一般原则

第二章. 赔偿形式

第三章. 涉及多国的案件

第二部分之二 履行国家责任

第一章. 援引国家责任

第二章. 反措施

[第三章. 援引对整个国际社会的责任]

第四部分 一般规定

这种结构将包括一读时通过的第二部分所有条款草案的实质内容。它应该能够解决上文所述的待决问题。

²⁵ A/CN.4/490/Add.1 第 51 段。

²⁶ 《1998 年国际法委员会报告》,第 128 页(第 331 段)。

²⁷ 对第 42[6 之二]条的评注已注意到这一疏忽,见前引《1993 年国际法委员会报告》,第 59 页,脚注 155,以及脚注 19。

11. 本报告将不按目前在第二部分中的顺序，讨论各条文草案，而是大致上按其拟议的新顺序讨论。由于上文第 6 段所解释的原因，关于争端的解决的第三部分目前暂搁。

二. 第二部分. 国家国际的不法行为的法律后果

12. 第二部分目前的标题是“国际责任的内容、形式与程度”。对于第二部分的内容来说，这个标题不是十分明确，也不是十分清楚。举例说，采取反措施根本不能定性为责任的“内容”或为其“形式”的一种。如果根据建议将反措施作为执行责任的一方面来考虑，就不成问题（第二部分之二）。即使这样，第二部分需要一个较明确、较不繁复的标题。兹建议“国家国际不法行为的法律后果”标题。

A. 第一章. 一般原则

1. 第一章的标题和内容

13. 第一章目前标题为“一般原则”。该章由以下五条组成：

第 36 条. 国际不法行为的后果

第 37 条. 特别法

第 38 条. 习惯国际法

第 39 条. 同《联合国宪章》的关系

第 40 条. 受害国的含义

若干这些条款基本上是保留或“不妨碍”条款（第 36 条第 2 款、第 37 条、第 38 条、第 39 条）。第 36 条第 1 款带有导言性质。第 40 条是作为一项定义拟订，其执行取决于在较后条文中使用“受害国”一词。如上文指出，如果第二部分有“一般原则”，在第一章根本很难找到。

14. 然而，正如第一部分第一章对国际不法行为的存在规定一般原则一样，第二部分第一章也应对国家国际不法行为的法律后果定出一般原则。在这方面，第 41 条和第 42 条第 1 款似乎陈述一般原则，可以和第 36 条一起列入本章，同时留待第二章处理具体的赔偿方式问题。第 40 条引起的一些问题也引起一般原则问题；只有讨论这些问题后才能解决该条的位置问题。

15. 另一方面，第 37 条和第 39 条表达的原则或但书可适用于整个条款草案。这两条应移至新的第四部分。

16. 在这个基础上，在第一章的范围内仍然必须审议四个一般原则问题，即：

- 一国实行的国际不法行为产生的一般赔偿原则。这相当于第 36 条第 1 款和第 42 条第 1 款；

- 应负责任的国家停止任何持续的不法行为的问题（相当于第 36 条第 2 款和第 41 条）；在这方面宜同时讨论第 46 条（承诺并保证不重复）；
 - 第二部分所订的国际不法行为的法律后果是否全面的问题。这相当于第 38 条；
 - 哪一国或哪些国家可视为国际不法行为受害国的问题。这相当于第 40 条。
- 本文将逐一讨论这些问题。

2. 一般赔偿原则²⁸

(a) 目前条款

第 36 条第 1 款

17. 第 36 条是一项正式的导言性条款，题为“国际不法行为的后果”。第 2 款处理停止的一个方面，将在下文审议。第 1 款规定：

“1. 一国实行的国际不法行为依照第一部分的规定引起的国际责任，产生本部分所列的法律后果。”

评注认为，这条的“唯一目的”是作出第一部分与第二部分之间的“过渡和联系”²⁹ 评注又指出第 36 条第 1 款“并不排除国际不法行为对国家与**其他**国际法‘主体’之间的关系产生法律后果”。³⁰ 这点当然正确，而且符合第 1 条本身的规定，即不但包括**国家对于其他国家**所承担的国际义务，还包括**国家**的所有国际义务。因此，条款草案也包括人权侵权行为——也就是说，也包括义务的主要受益者不是国家的情况。³¹ 另一方面，第二部分并没有处理诸如国际组织等非国家实体援引责任的问题³²（甚至私人实体，在这种情况下可能援引责任³³），

²⁸ 见阿兰焦·鲁伊斯，《初步报告》第 6 页，《第二次报告，第 1 页另见 I. Brownlie, *State Responsibility* (Oxford, Clarendon Press, 1983), 第十三章; B. Graefrath, “Responsibility and Damage Caused: Relations between Responsibility and Damages”, 《国际法学院汇编》第 185 卷, 1984-二第 9 至 149 页; M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell’illicito internazionale* (Milan, Giuffrè, 1990); E. Decaux, “Responsabilité et réparation”, 载于法国国际法协会, *La responsabilité dans le système international* (巴黎, Pédone, 1991), 第 147-190 页; C. Dominicé “La réparation non contentieuse”, 同上, 第 191-223 页, 和 “De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat”, in *Liber Amicorum Jiménez de Aréchaga* (Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994), 第 505-522 页。

²⁹ 第 36 条评注[1]第 1 段, 《1983 年国际法委员会年鉴》, 第二卷(第二部分)第 42 页。

³⁰ 第 36 条评注[1]第 4 段, (原文加重“其他”二字语气), 同上。

³¹ 初读通过的第 19 条第 3 款 c 项、第 40 条第 2 款 e 项三目和第 50 条 d 项明白提到人权义务。

³² 见克劳福特、《第一次报告》(A/CN.4/490/Add.4 和 Corr.1, 第 11 页; Add.5 第 25-26 页、第 32-33 页; 起草委员会 1998 年暂行通过的条款草案 A (A/CN.4/L.569 和 Corr.1)。

³³ 例如私人当事方有权诉诸国际法庭, 要求确认条约赋予的权利(例如国际投资争端解决中心法庭、国际人权机构)。

或在这种情况下向主要受害者或受益者提供赔偿的问题。这一明显的偏差将在第 40 条“受害国”定义的范围内进一步加以讨论。

18. 迄今为止，只有很少政府对第 36 条作出评论，这肯定是由于该条带有导言性质。阿根廷认为第二部分第一章和第二章“适当地编纂了这种责任的基本规则，并令人满意地概述了这个主题”。³⁴ 法国对第 36 条提出新的措辞，以便使其条款与第 41 条的停止义务条款相呼应。根据法国的提案，第 36 条第 1 款可以作为一项保留条款拟订，其内容如下：

“这一义务[履行义务和停止不法行为]不影响本部分所列的国际不法行为的法律后果。”³⁵

第 42 条第 1、3、4 款

19. 审议第 36 条第 1 款时必须一并审议第 42 条。第 42 条第 2 款处理因受害者的过失、或故意的行为或不行为（即起到损害作用的过失情况）而减轻责任问题。这个概念也许应纳入第二章较详细的条款中，而非作为一项一般原则；下文会再讨论这个问题。第 42 条的其他条款如下：

“赔偿

“1. 受害国有权从实行了国际不法行为的国家获得以恢复原状、补偿、满意以及承诺和保证不重复的方式单独或配合提供的充分赔偿。

“.....

“3. 在任何情况下，赔偿不得导致一国居民丧失其维持生活的手段。

“4. 实行了国际不法行为的国家不得援引其国内法的规定作为不提供赔偿的理由。”

20. 尽管特别报告员阿兰焦·鲁伊斯的报告处理了报告涵盖的若干问题，但当初并没有提出第 42 条的任何版本。该条是起草委员会作为“关于赔偿概念的一项一般起首条款”拟订的，其中列举了不同方式的赔偿并整合不法行为的实质性法律后果和阐明这些后果之间的关系”。³⁶ 评注指出，第 1 款根据对《国际法院规约》第三十六条第二款（卯）项规定的“赔偿”一词的理解，“规定一项通则，即应提供充分赔偿，以尽可能消除国际不法行为所有后果”。³⁷ 评注又指出，第

³⁴ A/CN.4/488/Add.1,第 7 页。

³⁵ A/CN.4/488, 第 82 页。

³⁶ 关于起草委员会对新条款的报告，见《1992 年国际法委员会年鉴》第一卷，第 216 页（第 14 段），另见同上，第 15-28 段。

³⁷ 第 42 条评注[6 之二]第 2 段，前引，脚注 19，第 59 页。

41 条（停止）是作为应负责任的国家的一项义务拟订，第 42 条则指出“有关”受害国的权利，³⁸ 两者之间形成对比。

21. 评注接着指出，赔偿义务不包括违法行为可能造成的间接和远期后果，与直接或近期产生的后果截然不同。“伤害可能是……并存因素的后果，在这些因素当中，不法行为起了决定性但非唯一的作用。在这种情况下，追究行为国对所有伤害的赔偿责任既不公平也不符合适当实施因果关系理论的原则——第[44]条的评注全面讨论的一个问题。”³⁹ 可是，行为与控诉的伤害之间应有充分因果关系的规定，不但适用于补偿问题，也适用于赔偿原则本身。

22. 对第 42 条提出评论的各国政府一致赞成第 1 款规定的充分赔偿原则。举例说，德国表示“同意基本原则……即受害国有权得到以所述形式提供的充分赔偿”。⁴⁰ 然而，大多数这些政府对第 2 款和第 3 款作出保留，因为这两款“对充分赔偿的一般原则提供了两个可能具有重大意义的例外”⁴¹ 不得导致居民丧失维持生活的手段这一义务，特别引起关注，因为这项规定很可能“被不法行为国用作不予充分赔偿的借口”。⁴² 联合王国根据另一个理由对第 3 款提出疑问，即该款与赔偿有何关系。联合王国认为，第 3 款可能涉及的唯一赔偿方式是补偿；但即使这样，也产生棘手的问题（例如必需达到的财政困难程度）。此外，该款没有解释“为什么[偿付能力]不能成为所有案件的一项因素”，⁴³ 而非仅以丧失生活手段的情况为限。相反的，德国则认为“第 3 款在国际法和条款草案范围内具有效力”。⁴⁴ 德国指出战争引起的严重违法行为等情况的国际惯例，根据这些惯例，没有对所遭受的每一项损失给予充分赔偿。这种情况之所以合理，是因为避免战败国沦于贫穷和造成将来的进一步不稳定。德国要求委员会仔细审查安全理事会第 662（1990）和第 687（1991）号决议的执行情况，其中要求对于侵略科威特有关的行为作出充分赔偿。⁴⁵

³⁸ 第 42 条评注[6 之二]第 4 段，同上。

³⁹ 第 42 条评注[6 之二]第 6 段，同上。

⁴⁰ A/CN.4/488, 第 91 页。又见美国的评论（同上），联合王国的评论（认为条款草案“基本上不引起争论”，同上）、蒙古的评论，（同上，第 91 页）和澳大利亚的评论（A/C.6/54/SR.23, 第 43 段）。

⁴¹ 美国（A/CN.4/488, 第 91 页）。

⁴² 日本（A/CN.4/492, 第 12 页）。又见美国（承认迅速赔偿的要求“可能造成严重的社会不稳定”，但批评第 3 款造成的“漏洞”和“滥用渠道”（A/CN.4/488, 第 91 页））；法国建议删除该款（同上，第 91 页）；澳大利亚（A/C.6/54/SR.23, 第 43 段）。

⁴³ A/CN.4/488, 第 92 页。英国政府建议另外一个赔偿条款，条款采取这样的形式：“作出赔偿的原则声明并应[指明]受害国不能坚决要求特定种类或程度的赔偿”（同上）。

⁴⁴ 同上，第 93 页。

⁴⁵ 同上，第 94 页。

(b) 拟议的一项一般原则

23. 常设国际法院在《霍茹夫工厂案（权限）》中对实行国际不法行为的后果提出一项一般原则说明如下：

“违反承诺牵涉到以适当方式作出赔偿的义务，这是一项国际法原则。因此，赔偿是对不执行一项公约的不可或缺的补充，这无须在公约本身中加以说明。因此，由于不执行公约而可能造成的关于赔偿的争端，是关于公约执行问题的争端。”⁴⁶

在这段中，常设国际法院在非常一般的意义上使用“赔偿”一词。它否定波兰的论据：波兰认为解释并执行一项条约的管辖权不产生处理赔偿形式和数额争端的管辖权。争端到了这个地步，德国不再为其国民要求归还有关的工厂或连同工厂被没收的财产。⁴⁷

24. 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。”⁴⁸

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到违法行为影响的状况。⁴⁹ 常设法院在第二句中处理对非法行为作出“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。

赔偿是义务还是权利？

25. 在上文每一段中，常设法院拟订赔偿原则但没有指明向谁作出赔偿，亦即没有使用“受害国”一词或任何类似的用语。一个原因也许是，几间德国公司同时向混合仲裁法庭提出诉讼，这使它对以国家间索偿形式提出的基本上相同的事项行使管辖权，造成困难。相反的，第 42 条第 1 款同第二部分第二章所有其他条

⁴⁶ 《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 9 号（1927 年），第 21 页。

⁴⁷ 根据法院的说明，同上，第 17 页。

⁴⁸ 《常设国际法院案例汇编》A 辑，第 17 号（1928 年），第 47 页。

⁴⁹ 参看 P-M. Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”, 《讲义汇编》，第 188 卷（1984-五），9，第 94 页，他使用“恢复”一词表达这个一般概念。

款一样（第 41 条（停止）除外），是按“受害国”的权利拟订的。这在纯粹双边的情况行得通，因为有关的义务完全是一个国家对另一个国家承担的，（因此）该另一个国家是唯一可能的受害方。但是，如果同一义务是同时对几个国家、许多国家或所有国家承担的，就造成重大问题，因为若干或所有这些国家对违背义务行为有法律上的利害关系。第 42 条的评注指出：

“……许多个受害国的存在对赔偿条款可能造成的影响，包括所谓不同的或间接的受害国问题，将留待较后阶段审议”。⁵⁰

事实上，赔偿条款一读时，其讨论的基础是，这些条款只牵涉到违背双边义务的行为，例如不再在第 51 至 53 条的范围内重新予以审议。⁵¹

26. 这个问题将在审议第 40 条时较深入地审议。然而，为了当前的目的，似乎可以拟订赔偿的一般义务，作为国家责任的简单直接必然结果，亦即作为有关国家因违背义务行为产生的义务。第 42 条评注认为将赔偿定义为受害国的一项权利是合理的，因为“受害国的决定推动了这项具有不同形式的权利的执行进程”。⁵² 对于不同的赔偿方式之间的选择，情况可能就是这样。尤其是在正常情况下，国际不法行为的受害者有权选择补偿而不选择恢复原状、放弃满足要求，或根本着重停止或未来的表现，而完全不要求赔偿。可是，除了不止一个国家有权援引责任引起的问题外，事实仍然是：实行国际不法行为即自动产生一般赔偿义务。可是这种义务本身并不取决于任何受害国的要求或抗议，即使在某些情况下赔偿的方式可能取决于这种要求或抗议。由于这些原因，必须按实行国际不法行为国家的义务拟订拟议的一般条款。⁵³

其他的拟订问题：因果关系、远因和减轻损害

27. 拟议的一般条款又应确定赔偿的主题大体上是不法行为产生的和可归咎于不法行为的状况。⁵⁴ 如第一部分的评注指出，国家责任不仅是根据“实际的因果关系”确定而已。⁵⁵ 如何分配不法行为造成的损害或损失，原则上是一个法律进

⁵⁰ 第 42 条[6 之二]评注，脚注 155，前引，脚注 19，第 59 页。又见第 44 条评注[8]，第 15 段，同上，第 71 页。

⁵¹ 评注其后按应负责任国家的义务来说明赔偿的一般原则，而没有提到“受害国”的概念：第 42 条评注[6 之二]，第 6 段，前引，脚注 19，第 59 页。

⁵² 第 42 条评注[6 之二]，第（4）段，前引，脚注 19，第 59 页。

⁵³ 关于类似论点，见 A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (Kluwer, 海牙，1996 年)，第 138-140 页。

⁵⁴ 关于因果关系的要求的讨论，见阿兰焦·路易斯，《第二次报告》第 12-16 页和第 44 条评注[8]，第（6）-（13）段，前引，脚注 19，第 68-70 页。又见 C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*，第 21-26 页。

⁵⁵ 第 3 条的评注，第（6）段，《1973 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 181 页。

程，而不仅仅是一个历史或因果关系进程。这项原则不限于补偿方面，它至少也适用于恢复原状以及也许适用于其他形式的赔偿，而且它非常重要，不能象目前那样只在第 44 条的评注中陈述一下就完。

28. 问题是如何表达这种关系。国家惯例、仲裁裁决和文献方面使用了不同的用语。举例说，有人提到“归咎于[不法行为]近因”的损失；⁵⁶ 有人提到“过于间接、远因过远和无从确定”的损害；⁵⁷ 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”。⁵⁸ 因此，“实际的因果关系”是赔偿的一项必要但并非充分的条件。另一个有关的要素是远因过远或过于“间接”的伤害不在赔偿范围之内。在某些情况下，可以使用“直接”标准，在另一些情况下，则使用“近因”或“可预见”标准。⁵⁹ 可是也可能要考虑到其他因素：例如就所违反的规则的目的而论，造成的伤害是否属于该规则的范围。⁶⁰

⁵⁶ 见美国-德国，混合索偿委员会，行政决定第 2 号，《国际仲裁裁决汇编》，第七卷第 23 页（见第 30 页）（1923 年）。

⁵⁷ 见 Trail Smelter 仲裁案（1938 年）3《国际仲裁裁决汇编》1905，第 1931 页，《国际环境法报告》中重印（C. Robb 编，剑桥，剑桥大学出版社，1999 年）231，第 271 页。

⁵⁸ 安全理事会第 687（1991）号决议第 16 段。这是第七章的决议，但其规定反映出伊拉克“按照国际法，应负责赔偿因其非法入侵和占领科威特……”。联合国赔偿委员会和理事会对于第 16 段的直接和因果关系的规定的解释提供了一些指导。例如见对伊拉克索偿（“B”类索偿），1994 年 4 月 14 日的报告，联合国 S/AC. 26/1994/1 号文件，109《国际法评论》206；理事会第 20 号决定核准，联合国 S/AC. 26/Dec/20 号文件（1994），1994 年 5 月 26 日，109《国际法评论》622；《油井井喷治理索偿》，1996 年 11 月 15 日的报告，S/AC. 26/1994/1，第 66-86 段，109《国际法评论》480 第 506-511 页，理事会第 40 号决定核准，S/AC. 26/Dec. 40（1996），1996 年 12 月 17 日；109《国际法评论》669。

⁵⁹ 某些国家的法律体系使用不同的标准处理损害的间接性问题，视索偿的性质而定。举例说，在普通法中，过失案件以“可预见”为标准；非法侵入案件以“直接”为标准。象两种侵权行为那样，这两项检验标准重复，但不完全相同。关于因果和间接关系问题的比较审查，见 H. L. A. Hart & A. M. Honoré, 《法律中的因果关系》（牛津，Clarendon 出版社，第二版，1985 年）；A. M. Honoré, “损害的因果关系，间接性”，载于《国际比较法大全》（A. Tunc 编），第十一卷第一部分第七章第 156 页；K. Zweigert 和 H. Kötz, 《比较法绪论》（第 3 版，牛津，Clarendon 出版社，1998 年）第 601-627 页（尤其是第 609 页以后）；B. S. Markesinis, 《德国义务法》第二卷。侵权法：比较绪论（牛津，Clarendon 出版社，第 3 版，1997 年）第 95-108 页，有很多参考文献。

⁶⁰ 在《伊朗伊斯兰共和国对美利坚合众国案》中，伊朗-美国索赔法庭的裁决提供了一个例子（案件编号 A15（IV）和 A24，裁决编号 590-A15（IV）/A24-FT，1998 年 12 月 28 日）。特别报告员在《第二次报告》（1999 年）第 65-67 段中讨论过这个例子。索赔法庭认为应付的赔偿为违法行为直接造成的损失，并假定：(a) 美国通过其他合法手段已经取得结果，能够在其本国法院再建立或恢复不属索赔法庭管辖的案件；(b) 伊朗采取合理步骤在暂缓案件中保护自己。这项结论没有根据实际的因果关系考虑。

29. 在国际法以及在国内法上，损害的远因问题“不是可以用一项单一的文字条文就能满意解决的法律问题”。⁶¹ 可是，显然有一项要素或一批综合要素远远超出自然因果关系的范围，这点应当在拟议的一般赔偿原则说明中体现出来。

30. 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行动，可能失去相应的赔偿。⁶² 国际法院在《加布奇科沃-大毛罗斯项目案》中清楚地说明这一点：

“斯洛伐克又声称，它在执行备条文 C 时，它是根据减轻损害的义务采取行动。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损害’。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。”⁶³

并行原因案件中减少赔偿问题

31. 一个有关的问题是并行原因的问题，即两个不同的原因合并造成伤害的情况（在实践中十分常见）。两个原因均为有效的伤害原因，没有这些原因伤害就不会发生。举例说，在《外交和领事人员案》中，⁶⁴ 激进学生当初劫持人质（他们当时不是作为国家的机构或代理人采取行动）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⁶⁵，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。还可以举出很多其他例子。

32. 这个问题也是在第 44 条的评注里讨论，而不是在条文里讨论。评注表示：

“无数因素（第三方行动和经济、政治和自然因素只是其中的一些因素）可能造成损害的并行原因。在这些情况下……要求行为国作出全部补偿既不公平亦不符合因果关系标准的适当实行。解决办法应当是按照推定由不法行

⁶¹ P. S. Atiyah, 《契约法绪论》（牛津, Clarendon 出版社, 第 5 版, 1995 年）第 466 页。

⁶² 在《油井井喷治理索偿案》中，联合国赔偿委员会的一个小组指出，“根据关于减轻损害的一般国际法原则……索偿者不但可以而且事实上有义务采取合理的步骤……减轻造成的损失、损害或伤害”：（1996）109《国际法评论》480 第 502 和 503 页（第 54 段）。这一点如果意味合理减轻损害的费用是不法行为后果可索偿的费用，而由于不采取减轻损害行动而产生的伤害则不可以追偿，则是可以接受的。

⁶³ 《国际法院判例汇编》，1997 年，第 7 页（见第 55 页第 80 段）。

⁶⁴ 《国际法院判例汇编》，1980 年，第 3 页（见第 29-32 页）。

⁶⁵ 《国际法院判例汇编》，1949 年，第 4 页（见第 17-18、22-23 页）。

为及其后果造成的伤害数额，依比例作出赔偿；赔偿额按正常情况和可预见标准确定。由于可能出现各种各样的情况，委员会没有设法确定任何适用于所有情况的硬性标准，或对违法国行动是对另一国造成伤害的一个决定性但并非唯一原因的情况，指定违法国应承担的损害赔偿百分比。⁶⁶

33. 评注中表达的立场有几个问题。第一个问题是第 44 条完全没有、第二部分一般也没有反映这个立场。除了起到损害作用的过失的特殊情况外（第 42 条第 2 款中处理这个问题），目前没有关于有关的伤害实际上是由一些综合因素（其中只有一项因素归咎于应负责任国家）所造成而减少或减轻赔偿的规定。⁶⁷ 如果委员会要赞同并行原因造成的损害可减轻赔偿的原则（除了起到损害作用的过失情况外），它应在条款本身中作出这种表示。

34. 然而，第二个问题是这个原则不符合国际惯例和一些国际法庭的裁决。举例说，在《科孚海峡案》中，联合王国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。⁶⁸ 事实上，法院作出这项判决时完全了解阿尔巴尼亚本身并没有布雷。在并行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然事件的情况，结果应相同。因此，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。⁶⁹ 这项结论很明显，因为在国际一级，美利坚合众国没有机会对劫持者提出追究。可是，无论如何，在违背义务行为发生后应予追究。

35. 诚然可以发生这样的情况，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《萨菲罗号索赔案》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萨菲罗号的中国船员造成。证据表明有未能查明的一部分损害是菲律宾叛乱者造成的，另可能有某些部分的损害是由公司的中国雇员造成。但是我们并不认为英国有举证的责

⁶⁶ 第 44 条的评注[8]，第 (13) 段，前引，脚注 19，第 70 页。

⁶⁷ 第 42 条第 2 款规定在起到损害作用的过失情况减少补偿，但这不是因为国家的国际不法行为不是一项有效的伤害原因，而是由于考虑到公平因素。受害者的过失起到损害作用，它本应得到的赔偿因之减少。这不能推论出多个原因的一般问题的处理方法。

⁶⁸ 见《科孚海峡案（评估补偿款额）》，《国际法院判例汇编》，1949 年第 244 页（见第 250 页）。然而，应当指出阿尔巴尼亚在这个阶段没有出庭，因此可能没有向法院提出可能的抵销因素。

⁶⁹ 《国际法院判例汇编》，1980 年，第 3 页（第 31-33 页）。贝克劳福德，《第一次报告》，A/CN.4/490/Add.5，第 283 段。

任，证明究竟哪些损害应由萨菲罗号偿付。由于证据显示萨菲罗号的中国船员在很大程度上参与，同时不能确定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）的损害不应由萨菲罗号的中国船员负责，因此我们认定不得要求索偿款额的利息。⁷⁰

36. 第三，应指出的是，评注中提出的处理并行原因办法，不符合国内法处理这些问题的一贯方法。正如 Weir 全面审查了经验比较之后作出的结论认为：

“非常普遍的规则是，如果确定侵权行为者的行为是受害者受到伤害的原因，则尽管这种伤害有一个并行原因，而这个原因应由另一个人负责，侵权行为者仍需负责赔偿所造成的全部伤害……换言之，侵权行为者对受害者的赔偿责任不受另一个人应并行负责因素的影响。”⁷¹

37. 几个国家一起引起伤害的并行行为情况，在下文会详细讨论。为现在的目的，这样结论已足够：应把原因并非过远的充分因果关系概念并入拟议的一般赔偿原则。评注应当明确指出，一旦证明所受的伤害是国家的不法行为造成，国家必须就此作出赔偿。不须再附任何并行原因概念条件。

(c) 第 42 条第 (3) 和第 (4) 款

38. 第 42 条第 (3) 款规定赔偿不得“导致一国居民丧失其维持生活的手段”。根据评注，这项规定旨在处理极端的情况，即所要求的赔偿会使责任国的居民陷入贫穷，显然这是针对例如在第一次世界大战结束时要求德国提供庞大战争赔偿的。评注进一步指出：

“当然，这同停止义务包括归还从受害国非法夺取的领土，没有任何关系。但是，在其它情况下... 所要求的（赔偿）款额或要求付款的条件不应达到使得居民丧失其维持生活手段的程度。第 (3) 款的措词... 反映普遍适用的法律原则。”⁷²

⁷⁰ Earnshaw 和其他人（《英国对美国案》。《萨菲罗号》（1925 年）6《联合国国际仲裁裁决汇编》，第 160 页（见第 164 和 165 页）。

⁷¹ J. A. Weir. “复式赔偿责任”，载于《国际比较法大全》第十一卷，《侵权》（A. Tunc, 总编辑，1983 年，）第 41 页。美国在《飞行事故案》（《美国对保加利亚》）的诉状中依靠这项比较法经验，它在提到《规约》第三十八条第一款（寅）项和（卯）项时说，“在所有文明国家，规则大体相同。受害原告可控诉任何或所有共同侵权行为者（一起控诉或单独控诉，尽管他只能从他们或从他们中任何一个或一个以上的人收取其损害的全部款额”。1958 年 12 月 2 日诉状，载于《答辩状》，第 229 页。

⁷² 关于第 42 条，评注第 8(a) 段，见《1996 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 66 页。

不是所有委员会成员都同意该项但书。有些成员指出，如果由于根据这样的理由而没有作出充分赔偿，因而使受害国居民处于同样不利的地位，则这项规定不应适用。”⁷³ 各国政府对第 3 款的意见也是分歧的。⁷⁴

39. 毫无疑问，按照 1966《国际人权盟约》第 1 条, 第 2 款的规定，不得使一国人民丧失其维持生活的手段。因此，例如在国家间关系框架内采取的措施不应以饥饿威胁一国人民。问题是探讨此原则在次要的赔偿义务方面如何能够适用。至于恢复原状，恢复原状的最重要因素是归还非法取去的实物。在这方面可能须要采取积极措施，且不限于归还例如人、财产或领土的实物。但不应过度延伸恢复原状的概念，也不应与一般意义上的赔偿混淆。因此很难设想恢复原状会使一国人民丧失其维持生活手段。事实上，如果可能有如此极端的情况，恢复原状并非使人民丧失其维持生活手段，而是要使一国人民取回被非法取去的维持生活手段。⁷⁵

40. 关于满足或保证不重复，这往往是象征性的形式，或涉及例如道歉或承认错误，或采取措施对据称应对侵犯权利行为负责的人提起诉讼的实际步骤。关于为满足而须提供的损害赔偿，如果当事国之间不能就此点达成协议，则实际上，损害赔偿只能根据法院、法庭或对此事具有管辖权的其它机构作出的说明理由的判决支付。历史上，没有法院或法庭在这些方面作出过份的裁定或裁决。

41. 因此，真正的问题（如果有问题的话），仅是提供赔偿金以补偿国际不法行为所直接造成的损失的问题。⁷⁶ 的确，在严重的或有系统的违背义务行为情况，赔偿金额可能非常庞大，例如联合国赔偿委员会所定的赔偿数额。⁷⁷ 但这是例外

⁷³ 同上，第 8(b) 段。关于辩论情况，见《1996 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 153、155 页。

⁷⁴ 见上文，第 22 段。

⁷⁵ 如果恢复原状可能使责任国的人民丧失其维持生活的手段而不使受害国的人民遭受相同影响，则可假定按照第 43(c) 条的不成比例条件排除恢复原状。

⁷⁶ 辩论重点在于 1919 年凡尔赛解决计划和战争罪条款的损害“先例”。但这是一项强制性和平条约，所涉款额远远超过法庭对战争爆发后德国实行的不法行为所裁决的款额。关于这一历史性辩论见例如 J.M. Keynes 所著 *The Economic Consequences of the Peace* (1919 年，伦敦)；E. Mantoux, *The Carthaginian Peace* (1946 年，牛津出版社，伦敦)，和特别是 B. Kent 所著 *The Spoils of War. The Politics, Economics and Diplomacy of Reparations 1918-1932* (1989 年，牛津，Clarendon 出版社)。关于 Dawnes 计划，见 H. Coing in (1992 年) 2 Enc. P. I. L. 961。

⁷⁷ 委员会作出有利于索赔者的实质性决定，但同时它把索赔的范围缩小很多，并且这是一种诉讼程序。例如，在 1999 年 12 月 10 日的决定中，理事会核准对 E2 类别的 88 项政府索赔的付款，共计 2.9 亿美元。但这是回应共计 21.6 亿美元的 177 项索偿要求。关于委员会的一般情况，见 R. B. Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission* (跨国公司出版社，Irvington, 1995 年)；P. d'Argent, “Le Fonds et la Commission de compensation des Nations Unies”, R. B. D. I., 1992 年，第 485-518 页；B. Stern, “Un système hybride: la procédure de règlement pour la réparation des dommages résultant de l'occupation illicite du Koweït par l'Irak”, *McGill Law Journal*, 第 37 卷，1992 年，第 625-644 页；J. Crook, “The United Nations Compensation Commission—A New Structure to Enforce State Responsibility” (1993 年) 87 *AJIL* 144；R. J. Bettauer, “The United Nations Compensation Commission—Developments since October 1992” (1995 年) 87 *AJIL* 416；M. Frigessi di Rattalma, “Le régime de responsabilité internationale institué par le conseil d'administration de la Commission de compensation des Nations Unies”, R. G. D. I. P., 1997 年，第 45-90 页；V. Heiskanen & R. O'Brien, “UN Compensation Panel Sets Precedents on Government Claims” (1998 年) 92 *AJIL* 339。

情况，⁷⁸ 无论如何，必须区分赔偿数额——按定义反映出违背义务行为所造成的实际损失——和付款方式。在极端情况下，可设想提出危急情况或不可抗力申诉，要求延期支付已到期的付款，这是《俄罗斯损害赔偿案》中允许的一个可能情况。⁷⁹ 不过，实际上，国际金融机构已制订有关国家债务合并和重新安排偿还期限方法，并且自 1945 年以来，裁决的或商定的赔偿支付实际数额只占有有关国家公共财政或公债总额的小部分。

42. 简言之，在历史上，从来没有狭义上的恢复原状裁定，或以满足方式给付损害赔偿而威胁到一国人民丧失其维持生活手段的情况。关于损害赔偿，第(3)款似乎把应付款额(按定义这是与有关不法行为造成的实际损失有关的事项)和付款方式问题混淆。目前国家可能无法支付大笔赔偿金的问题，已得到充分处理，因为确认了第一部分第五章中解除行为不法性的情况，同样适用于第二部分所产生的义务。⁸⁰ 在评注中说明这一点已足够。

43. 关于第 42 条第(4)款，这规定很明显的一点，就是一国不能依赖其国内法回避其对不法行为提供赔偿的义务。⁸¹ 该原则是毫无疑问的，但第 4 条已明确指出这一原则，并且相当普遍适用，因此也适用于第二部分所规定的次要义务。同样，在评注说明这一点已足够。⁸²

3. 停止和相关问题

(a) 现行规定

44. 一读通过的条款草案载有两项规定，处理违背国际义务行为对继续履行义务的影响的相关问题，和停止这种违背义务行为。这是第 36 条第(2)款和第 41 条。⁸³

45. 第 36 条第(2)款采用保留条款的形式。它规定：

⁷⁸ 在处理索赔要求时，法院往往裁定有限的数额，甚至建议包括恢复法律关系的零数额解决数额办法。见例如《加布斯科沃——大毛罗斯项目案》、《国际法院判例汇编(1997年)》，第 7 页(见第 81 页，第 153 段)(区分损害索赔与项目建造费欠款)。

⁷⁹ 《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第 431 页(见第 433 页(1912 年))。虽然作为不可抗力事项处理，但应属于危急情况事项。申诉被根据事实驳回。第 33 条评注，第(7)段中提到该案，《1980 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 36 页。

⁸⁰ 见同上，第 7 段，点(1)。

⁸¹ 见阿兰焦—鲁伊斯，《初步报告》第 40 页，第(125)段。该原则当然须按照有关首要规则，或次要特别法：见例如 1950 年《欧洲人权公约》第 50 条(满足取代充分赔偿“如果有有关当事国的国内法只允许提供局部赔偿”)；见 1994 年第十一号议定书通过的目前的第 41 条。

⁸² 关于一般原则的拟议条文，见下文第 119 段。

⁸³ 按照阿兰焦—鲁伊斯先生的建议增列了这两项规定。关于他对这些问题的详细意见，见《1988 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分第 12-21 页(第 29-52 段)。

“2. 第 1 款所指的法律后果不影响实行了国际不法行为的该国履行其已违背之义务的持续责任。”

评注指出：

“由于国际不法行为，行为国和受害国之间建立了新关系的事实，并不表示以前的关系事实上消灭。即使行为国遵守其次要义务，这并不自动地免除它履行其已违背的的义务的责任。第 2 款列出此规定，并采用保留条款形式，以便允许例外情况，例如受害国万一放弃其要求继续履行义务的权利情况。”⁸⁴

尽管国际义务被违背，其持续性是发生持续不法行为的必要基础。⁸⁵

46. 第 41 条处理停止不法行为，目前属于第二章的范围。它规定：

“其行为构成具有持续性质之国际不法行为的国家有义务停止该行为，但不影响其已经引起的责任。”

47. 评注指出停止义务可归属于有关主要规则的正常实施。但它根据一些理由，证明该义务可载入条款草案。这些理由包括与赔偿的关系，特别是在实行不法行为时和在国家间关系中的实际重要性。⁸⁶ 评注指出停止往往是违背国际义务行为引起的争论焦点。此外，虽然停止与作为主要赔偿方式的恢复原状有关，但不受恢复原状所受到的限制。⁸⁷ 评注提到法庭在《新虹勇士号仲裁案》中的裁定，尤其提到以下一段：

“发出停止或中止不法行为或疏忽的命令的权力，来自主管法庭的固有权力，因法庭面对持续违背现行有效和继续有效的国际义务行为。因此，发出这种命令必须具备两个密切联系的基本条件，即不法行为具有持续性质，和被违犯的规则在发出命令时仍然生效。”⁸⁸

48. 各国政府就第 41 条发表的意见不多，可能因为该条似乎大致不引起争论。委内瑞拉认为，停止不法行为的义务是“先决条件”。⁸⁹ 联合王国建议在关于该项规定的评注中说明，出现解除某一特定行为的不法性情况时，有关国家“仍然

⁸⁴ 第 36 条评注[1], 第(5)段, 见前引, 脚注 19, 第 55 页。

⁸⁵ 关于“持续不法行为”的概念, 见第 24 条(2) (二读暂时通过, A/CN.4/L.574 和 Corr.1-4), 和克劳福德《第二次报告》, A/CN.4/498, 第 107-115 段。

⁸⁶ 第 41 条评注[6], 第(4)-(5)段, 见前引, 脚注 19, 第 55-56 页。

⁸⁷ 同上, 第(6)段。

⁸⁸ 《国际仲裁裁决汇率》, 第二十卷, 第 217 页(1990 年 4 月 30 日) (见第 270 页, 第 114 段), 第 41 条评注[6], 第(13)段, 引述, 见前引, 脚注 19, 第 57 页。

⁸⁹ A/C.6/54/SR.23, 第 56 段。

有责任依照其国际义务行事，如果它在产生辩护的情况不复存在时没有立即这样做，还须负国际责任”。⁹⁰ 法国建议把第 41 条删除，其内容可载入第 36 条，第 1 款的新案文。⁹¹

(b) 停止在条款草案中的位置

49. 如上文摘自《新虹勇士方案》裁决的一段所示，除赔偿问题外，违背国际义务还产生两个迫切问题。第一个是责任国的行为对被违背的义务的影响；第二个是停止仍在持续违背义务的行为。两者都涉及违背国际义务行为所产生的关键问题：即恢复有关的法律关系和其未来。

50. 对第 41 条的主要疑问是，停止持续不法行为可视为遵守主要规范的义务所致。因此，它不是违背国际义务的次要后果，不应列入条款草案。特别报告员不同意这项分析理由，简述如下：

(1) 停止问题只有在发生违背义务行为时才产生。应如何处理当然须视对主要规则的解释而定，但也须视有关补救办法的次要规则而定，因此，比较适宜的办法是在处理国际不法行为的后果的案文中加以处理（至少一般地加以处理）。

(2) 持续不法行为的概念已载入条款草案，并且是国家责任案件的一般特点；其后果应在第二部分予以说明。

(3) 最好载入一项与第 41 条相应的规定。不这样做会意味着以某种方式提供赔偿的国家可以借口推托继续履行其义务，而这种建议必须由该义务的其他当事方决定是否接受。

(4) 许多责任案件比较着重确定是否发生违背义务行为和恢复履行义务，而不太注重对过去的事件索取赔偿。

(5) 停止概念和恢复原状概念之间有密切关系，必须清楚说明该关系，以便拟订令人满意的恢复原状原则。⁹²

(6) 各国政府的意见并不支持把第 41 条删除。

(c) 位置和拟订问题

51. 第 36 条第 2 款当然是关系到义务的持续，而不是停止不法行为，后者是第 41 条的主题。这一区分既清楚且重要，而且基于所述理由，两项规定均应保留。但特别报告员同意例如法国政府提出的意见，即认为应当把这两个问题联系起

⁹⁰ A/CN.4/488，第 103 页。

⁹¹ 同上，第 92 页。关于法国的建议，见下文第 52 段。

⁹² 下文讨论时会较详细讨论此一关系。

来。有人建议停止的这两个方面，作为违背国际义务行为发生后初的要求，应列入第二部分第一章的一般原则。

52. 关于这些规定的拟订，法国建议把两者合并为第 36 条单一的新案文如下：

“(1) 实行国际不法行为的国家应对受害国履行它已违背的义务，或停止任何具有持续性质的不法行为。

(2) 这项义务不影响本部分所载的国际不法行为的法律后果。”⁹³

第 1 款合并第 36 条第 2 款和第 41 条目前分开处理的两个问题，因此使两者的区分模糊不清。特别报告员认为这两个问题最好各在一个单一条款处理，其中规定被违背的义务的持续性质(除非另有协议或确定)不受国际不法行为影响，并且责任国必须停止任何继续违背该义务的行为。⁹⁴ 拟议的第 2 款取代原第 36 条第 1 款，但这对整个第二部分来说具有有用的导言性作用，也许应该保留目前具有积极意义的拟订方式。

(d) 承诺并保证不重复

53. 与此问题有关的是目前在第 46 条处理的承诺和保证不重复，其中规定如下：

“受害国有权在适当情况下要求实行了国际不法行为的国家承诺并保证不重复不法行为。”

显然，如果义务在被违背后停止有效，任何承诺或保证都无关重要。似乎较适当在目前情况下处理第 46 条——即受到违背义务行为影响的法律关系的持续性和恢复——而不把它视为次要赔偿义务的一个方面处理。

54. 第 46 条的评注指出承诺和保证不重复往往被视为满足的一个方面。评注反对这咱态度，理由如下：

“承诺和保证不重复起着一种明确和独立的作用。有别于寻求恢复过去状态的其他赔偿方式，承诺和保证是前瞻性的。因此具有预防，而不是补救作用。此外，两者都假定不法行为会有再次发生的危险。这些特点使它们变成例外的补救办法，不应自动提供给每个受害国，特别是考虑到[第 40 条]内受害国一词的广泛含义。”⁹⁵

因此，“受害国要求保证不重复，因为它认为仅是恢复先前的正常情况不能令人满意地保护它”，⁹⁶ 问题不是赔偿，而是加强(假定持续的)法律关系。在这

⁹³ A/CN.4/488, 第 82 页。

⁹⁴ 关于拟议规定的案文，见下文第 119 段。

⁹⁵ 第 46 条评注[10 之二], 第(1)段，见前引，脚注 19，第 81-82 页。

⁹⁶ 同上，第(2)段。

一意义上，承诺和保证关系到义务的未来履行——假定义务在被违背之后仍然生效。这也许可以说是未来履行的积极方面，而停止任何持续不法行为是其消极方面(义务的继续生效是两者的必要假定)。

55. 评注继续说明承诺和保证的各种可能不同形式，包括例如废除容许违背义务行为发生的法律。⁹⁷ 但评注“确认不法行为国有义务在受害国提出要求和情况有必要时提供这种保证”，⁹⁸ 从而该条本身并没有试图确定这样一项义务的内容，只以“在适当情况下”一语避过。这意味着如果没有一个第三方有权“确定给予...例外补救的条件是否符合，并且有权驳回损害不法行为国尊严的不合理索偿要求”，⁹⁹ 承诺和保证不重复的义务是一项很软弱甚至不切实际的义务。

56. 除了德国以外，对第 46 条发表意见的少数几个政府一般都支持该条款。¹⁰⁰ 但这并不表示它们都赞同其范围和目的。阿根廷认没有直接受不法行为影响的国家可要求停止和保证不重复，但不得要求赔偿。¹⁰¹ 捷克共和国表示至少在“罪行”的情况，应加强承诺和保证制度：“对于犯下“罪行”的国家，应该可以在法律上要求该国有系统和无条件地提供不重复的适当承诺和保证，而在发生“不法行为”的情况，取得这种承诺或保证的问题，可按对个案情况的评估决定。”¹⁰² 乌兹别克斯坦同样建议“第 46 条应规定受害国有权得到的保证的形式”。¹⁰³ 相反的，德国对根据习惯国际法，受害国是否有权在一切情况下要求保证不重复这一点，表示疑问。¹⁰⁴

57. 虽然各国或学术著作中对第 46 条没有提出多少意见，但该条引起若干不同问题。第一个问题是承诺和保证不重复在国际责任上的地位。评注认为这是一种独特的补救办法，但其所作说明明显表示它们与停止类同，而不是赔偿的一个方

⁹⁷ 同上，第(4)段引述人权事务委员会关于《托雷斯·拉米雷斯》案的意见(1980年7月23日决定，A/35/40,第150页,第19段)。在存在涉及违背国际义务行为的法律的案件中，废除法律是停止的一个方面。在较普遍的案件中，违背义务行为不是法律后果，而是在某种情况下执行法律后果：见例如，世界贸易组织小组的报告，《美国-1974年贸易法第301-310节》(WT/DS152/R, 1999年12月22日),第7.46段及其后几段。在后一案件中，实际上可能无须废除法律，但对受害国来说，这会是重要承诺。这表明停止和承诺不重复之间的密切关系。

⁹⁸ 第46条评注[10之二],第(5)段,见前引,脚注19,第83页。

⁹⁹ 同上。

¹⁰⁰ 见捷克共和国发表的意见(按照其意见,这些承诺和保证“是赔偿可能极重要的因素”A/CN.4/488,第100页);蒙古的意见(认为该项规定“极为重要”,同上,第100页和和阿根廷的意见(A/CN.4/488/Add.1,第6页)。

¹⁰¹ A/C.6/54/SR.21,第26段。

¹⁰² A/CN.4/488,第100页。

¹⁰³ 同上,第100页。

¹⁰⁴ 同上,第91页。

面。停止和承诺不重复都涉及在持续的关系中恢复信任，不过承诺和保证不限于持续的不法行为而具有远远较大的灵活性。

58. 这一灵活性从第 46 条“在适当情况下”这一修辞反映出来。但这引起第二个问题，即是否能够适当地把第 46 条作为一项义务来拟订？人们也许要问，什么是违背该义务的可能后果？例如，对违背义务行为已提供充分赔偿的国家，是否会因未能向受害国提供令其满意的承诺和保证不重复而遭受反措施？这似乎不会。如果即使以前作出承诺，但仍再次违背义务，则可作为加重罪责情况处理，但这在任何情况都是这样的。因此，可能须要以较灵活的方式来拟订第 46 条。

59. 第三，必须严重怀疑的一点是，任何形式的措辞是否能够事先明确指示对任何特定情况提供适当承诺或保证的办法。因此主要须视明确情况而定，包括义务的性质和违背义务行为的性质。¹⁰⁵ 不过，总的说来，建议在第二部分第一章载入第 46 条的简略条文，作为有关受违背义务行为影响的法律关系持续性质的一项一般原则。¹⁰⁶

4. 习惯国际法的其他法律后果

60. 第 38 条规定：

“本部分各项规定未列出的一国国际不法行为的法律后果仍应受到习惯国际法规则的制约。”

这意味着，还有其他未规定的国际不法行为造成的法律后果（除任何可适用的特别法规定的之外）。问题是，这些后果可能是什么。当然，国际不法行为的一个后果可能是被违背的义务所终止，例如《维也纳条约法公约》第 60(一)条所述的对双边条约“重大违反的情况”。但这与责任没有关系，而且这一方面不需要增加任何保留条款。

61. 简短的评注警告，第二部分“很可能没有完全列出国际不法行为的法律后果”。¹⁰⁷ 但评注中只有两个例子涉及条约的效力或终止。第一个例子是非法使用武力取得的条约无效（《维也纳公约》第 53 条），第二个例子是，不得援引情况基本改变，如果该项改变是因为援引国违背其对任何其他缔约国所负的国际义务所造成（《维也纳公约》第 62(二)(b)条）。评注指出，“第二部分将不处理这些种类的法律后果”。¹⁰⁸ 理由是，这些根本不是条款草案领域内的后果。

¹⁰⁵ 参看安全理事会在伊拉克侵略科威特后要求或强加的广泛和非常具体的承诺和保证：见例如第 664(1990)号、第 686(1991)号、第 687(1991)号决议。

¹⁰⁶ 关于拟议的拟订案文，见下文第 112 段。

¹⁰⁷ 第 38 条评注(3)第 3 段，前引，脚注 29，第 43 页。

¹⁰⁸ 同上，第(1)段。

62. 关于各国政府的意见，日本政府认为，关于习惯国际法规则的提法相当模糊不清。日本认为，案文措辞究竟是要处理国家责任与条约法领域其他法律后果之间的关系，抑或是要处理条款草案与习惯国际法之间的关系，并不清楚。如果是处理条款草案与习惯国际法之间的关系，则日本怀疑该句是否相干，因为条款草案本身的目的是要编纂关于国家责任的习惯国际法规则。日本认为，委员会应具体说明该项规定所设想的习惯规则。¹⁰⁹ 法国提出把第 37 条、第 38 条和第 39 条联系起来的概念，因为这三条都是“处理条款草案与外部规则之间的关系，并强调这一案文的补充性质”。¹¹⁰ 因此，法国建议，这三个条款列入条款草案的最后条款或导言性条款。

63. 关于第 37 条和第 39 条，特别报告员同意法国政府的意见，提议将这两条转入一般性结论一节。¹¹¹ 关于第 38 条，立场比较没有那么清楚。第 37 条和第 39 条应适用于整个草案的原因是，这两条同第一部分同样有关。而第 38 条则不是如此，该条具体涉及国际不法行为的后果，因此属于第二部分。因此，日本提出的疑问又有另外一层意义。一种可能是，侵权行为不得产生权利 (*ex injuria jus non oritur*) 格言所表达的法律原则，可能在某一特定情况下产生新的法律后果，但此一后果不够具体或明确，无法列入特别法例外情况。

64. 一种可能的办法是赫希·劳特帕赫特爵士在《请愿人听询案》咨询意见中提出的所谓“大致适用”原则。他说：

“凡一项持续生效的法律文书，因缔约国之一的行为而无法确实执行时，必须以大致最符合其主要目的的方式执行，同时不容许该缔约国利用其自身行为得益，这是一项健全的法律原则。这样做就是解释该法律文书，并使其生效——而非改变该文书。”¹¹²

在《加布斯科沃-大毛罗斯项目案》中，国际法院认为：

“法院没有必要确定是否有某项国际法原则，或某项‘大致适用’的一般法律原则，因为即使有这样一项原则存在，它从定义上论也只能在有关条约的范围内使用。”¹¹³

¹⁰⁹ A/CN.4/492，第 11 页。

¹¹⁰ A/CN.4/488，第 82 页。

¹¹¹ 见上文第 8 段。

¹¹² 《西南非洲委员会受理请愿人听询申请案》，赫希·劳特帕赫特爵士个别意见，《国际法院判例汇编(1956 年)》，第 46 页。关于这一段文字的讨论，见 S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Grotius 出版社，剑桥，1985 年)，第 96-101 页。

¹¹³ 《国际法院判例汇编(1997 年)》，第 7 页（见第 53 页，第 76 段）。

法院认为，在该案的情况，这一“主要条件”没有满足。此外，法院对该问题的处理表明，这不是一项独立的法律原则，而是在条约履行方面，国家不得援引其自身非法行为后果这项一般法律原则产生的一种结论。因此，由于它作为解释指导的具体性质，无需将其列入条款草案，因此也无需确定其适用范围。但这说明了一般国际法原则在履行条约义务领域产生后果的能力。

65. 在国家责任领域内，实行国际不法行为的一般法律后果，除了本第二部分所述的后果，即停止、恢复原状、赔偿、满足和在一国不遵守这些次要义务时可能采取反措施之外，似乎别无任何其他的一般法律后果。此外，在一个打算具体规定国际不法行为的法律后果的案文中，竟然保留一系列未具体规定的其他法律后果，似乎有点奇怪，尤其是没有举出明确例子。的确，无论最后通过的条款草案采取什么形式，它都不能冻结法律，而且，这一领域随时可能出现新的国际法规则。但评注中应提出这一点，同时，特别法原则仍将适用。总而言之，没有充分理由需要保留第 38 条。如果保留该条，则不清楚为何该条仅以习惯国际法规则为限。其他来源产生的国际法规则也可能相干。特别报告员在下文建议重拟的第 38 条案文，并把案文列入方括号之内，表示他对其用处仍有怀疑。¹¹⁴

5. 受害国

(a) 第 40 条：“受害国”的含义

准备工作

66. 一读通过的条款草案第一部分并没有使用“受害国”一词。不过评注中一再提到这个概念。人们的理解是，有必要在随后的案文中确定因受到违背义务行为损害而有权援引责任的国家。¹¹⁵

67. 1984 年，里普哈根先生第一次试图以定义形式表达这一概念。在解释这种做法时，他说：

“既然整个第二部分是要处理一国犯下国际不法行为的后果，亦即在国家间引起的新的权利和义务，因此确定哪个（或哪些）国家是‘受害国’应放在第二部分之首。”¹¹⁶

¹¹⁴ 建议的案文，见下文第 119 段。

¹¹⁵ 例如见第 1 条评注，第(5)段及其后几段，前引，脚注 55，第 174-176 页。一读通过的第 33(1)(b) 条使用“所免义务之对象的国”一语（意指一种纯粹的双边关系）：见《第二次报告》，A/CN.4/498/Add.2，第 290 段。

¹¹⁶ 《国际法委员会的报告》，《1984 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 101-102 页，第 355 段。翌年，里普哈根先生再次建议采取条款草案第二部分第 5 条的形式，并附评注（见《第六次报告》，《1985 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 5-8 页）。

他的建议提出之前几年，委员会曾就受害国概念进行了广泛的辩论。¹¹⁷ 特别报告员认为不存在“侵权行为国际法”，并认为在大多数情况下，确定受害国不会引起任何特定困难。不过，在以下情况会出现问题：

“有一项保护国家范围以外利益的国际法主要规则已明确确立，同时，又有一项国际法次要规则允许甚至责成其他国家积极地或消极地参与一项主要规则的执行。”¹¹⁸

68. 委员会成员对若干基本问题的意见相当不一致，尤其是发生第 19 条含义的国际罪行时各国的立场问题。实际上没有任何成员反对纳入一项关于“受害国”概念的规定。不过，对于其拟订形式，则看法不一。委员会一些成员赞同特别报告员提议的详细方法，另有一些成员则建议采取“一种灵活性足以涵盖所有情况的一般性条文，”¹¹⁹ 或者相反的，采取较为精细的条文，区分“直接受到影响的国家和其他国家，尤其是因为这些国家有权个别地援引其后各条所列的法律后果”。¹²⁰

69. 1985 年，委员会暂时通过了附有评注的第二部分第 5 条。条文措辞依照特别报告员提议的条文结构，但也做了一些改动。¹²¹ 大多数都是微小改动，但一项较大改动在委员会内引起了批评。委员会一位成员指出：

“特别报告员原先的条文，从行为国违反义务的角度界定‘受害国’含义，现则改为从权利受到侵犯的角度拟订，令人不太满意。在正常情况下，一国违反义务就涉及侵犯另一国的权利，但情况并非总是如此。”¹²²

¹¹⁷ 见里普哈根《第三次报告》，《1982 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 36-39 页，第 90-101 段；《第四次报告》，《1983 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），尤其是第 13-15 页，第 72-78 段（其中区分了利益受到影响的国家和“违背义务行为一方”的国家），第 21-23 页，第 112-125 段（列出一般区别和受害国在不同情况下有权援引的权利）。关于拟议案文提出之前就此事项进行的辩论情况，见《1982 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 230-236 页（第 1736 次会议），《1983 年国际法委员会年鉴》，第一卷（第 1772、1777 和 1780 次会议）。

¹¹⁸ 里普哈根《第四次报告》，《1983 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 21 页，第 114 段。

¹¹⁹ 《国际法委员会报告》，《1984 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 103 页，第 367 段。例如，Balanda 先生清晰明了地说明这一点：

“委员会与其考虑一国可能被视为受害的每种情况，而冒忽略某些可能性的风险，不如把受害国界定为因另一国家的国际不法行为而遭受物质或精神损害的国家”。（《1984 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 315-316 页（第 1867 次会议））。

¹²⁰ 《国际法委员会报告》，《1984 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 103 页，第 367 段。

¹²¹ 参看《国际法委员会报告》，《1985 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 25-27 页。1996 年，委员会一读通过这项条文，作为第 40 条（《1996 年国际法委员会报告》，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》（A/51/10），第 111 页）。

¹²² 伊思·辛克莱爵士，第 1929 次会议，《1985 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 311 页。

70. 尽管通过的第 5 条内容十分详细，是整个案文中最长的一条，但它并非详尽无遗的。起草委员会主席在全体会议上介绍这一条文时指出：

“第 5 条的目的既非界定国际法主要规则，也非详尽无遗地列出一国可以声称受到损害的全部情况。第 5 条第 1 款提出一项一般性规则，第 2 款提出一份指示性清单，第 3 款处理相当特殊的国际罪行情况”。¹²³

71. 在辩论过程中，对拟议条文的取向，从各种角度提出了问题。伊思·辛克莱爵士不相信“在违背对所有国家承担的义务情况，可以不使用受害国概念，而且每个国家毫无例外地都可视为对此事项有相同的利益”。¹²⁴ 乌沙科夫先生也表示同样的关注，甚至关注国际罪行方面：他不赞同以下看法：“国际罪行必然损害到国际社会的所有国家，因为有些国家将直接受害，另一些国家并不直接受害。的确，在某些情况下，没有任何国家受到实际损害。受到影响的倒是各国组成的国际社会”。¹²⁵ 因为他举的一个例子是侵略，他一定是谈及主要目标以外的国家。显然，对于每一个侵略行为，都有一个受害国；的确，受害国的利益同第三国的利益之间可能有所不同。伊思·辛克莱爵士指出了这一点。¹²⁶ 对于所有国家或许多国家都视为受到违背多边义务行为“损害”的情况，容许作出回应的范围，也引起问题。拉克莱塔-穆尼奥斯先生认为，“如果国际不法行为影响到所有国家的集体利益，回应应该是集体的。此外，该条应指明这些集体利益是什么”。¹²⁷ 特别报告员为其提议所作的辩护比较间接。他认为，第 5 条是“关键条款”，它必需明确，不能仅仅提到草案范围以外的首要规则。¹²⁸ 另一方面，“第 5(e) 条提到在国际罪行方面‘所有其他国家’都是受害国，这并不意味着所有这些国家都受到同等程度的损害，或者每一个国家都可以采取自己认为恰当的行动。”¹²⁹ 起草委员会主席也同意这一观点，他指出：

“起草委员会审议了以下问题：在国际罪行的情况，是否所有受害国都应有同样的回应权利，或者回应应根据每个情况下权利或利益受到侵犯的严

¹²³ Calero Rodrigues 先生，第 1929 次会议，《1985 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 308 页。

¹²⁴ 第 1777 次会议，《1983 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 130 页；另见第 1865 次会议，第 303-304 页。Malek 先生表示同意：同上，第 310 页。

¹²⁵ 第 1861 次会议，《1984 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 277 页。

¹²⁶ 在关于起草委员会提议的第 5 条的辩论中，他再次提到这一点：第 1930 次会议，同上，第 311 页；另见 Roukounas 先生，同上，第 312 页；相反意见，见 Flitan 先生，同上，第 313 页。

¹²⁷ 第 1867 次会议，《1984 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 316 页。

¹²⁸ 第 1929 次会议，《1985 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 317 页。

¹²⁹ 同上。

重程度分级作出。人们认为，如果要处理这个问题，应在界定国际罪行法律后果的条款中处理”。¹³⁰

但委员会在起草第 51 至 53 条时，并没有再探讨这一问题。此外，这个问题在所有国家或许多国家都被视为“受害”的违背义务行为情况（不论这些行为是否列为“国际罪行”），尤多出现。

72. 关于其他问题，保罗·勒泰质疑案文中按条约和按一般国际法区分损害的做法：“如果……一些法律规则创设主观权利，难道就不应为此目的起草一项不区分习惯规则和成文规则的条款？”¹³¹ 一位成员甚至怀疑第 40 条的基本假设，即一些损害可能影响到所有国家或许多国家。乌沙诺夫先生反对第 3 款，他说，“一般国际法中当然存在给予所有国家的权利和义务，但国家之间的关系最终来说总是具有双边性质”。¹³²

第 40 条及其评注

73. 一读通过的第 40 条内容如下：

“第 40 条. 受害国的含义

“1. 为本条款的目的，“受害国”指在一国行为根据第一部分的规定构成该国的国际不法行为时，其权利遭受该国侵犯的任何国家。

“2. “受害国”特别指下列情况：

(a) 如一国行为侵犯因双边条约而产生的权利，则条约的另一缔约国即为受害国；

(b) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭的判决或其他具有拘束力的解决争端的裁决而产生的权利，则有权享受该权利的其他争端当事国即为受害国；

(c) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭以外的国际机构的具有拘束力的裁决而产生的权利，则根据该有关国际组织的组成文书有权享受该权利的国家即为受害国；

(d) 如一国行为侵犯因条约对第三国的规定而产生的权利，则该第三国即为受害国；

¹³⁰ Calero Rodrigues 先生，第 1929 次会议，《1985 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 309 页。

¹³¹ 第 1861 次会议，《1984 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 278 页。

¹³² 第 1929 次会议，《1985 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 310 页。鉴于苏联有关第 19 条的理论很重要，这一评论具有重要意义。

(e) 如一国行为侵犯因多边条约或习惯国际法的规则而产生的权利，在证实下列情况的条件下，该多边条约的任何缔约国或受习惯国际法有关规则约束的任何其他国家即为受害国：

- (一) 按照对该国有利的方式或设定确立了该权利；
- (二) 一国侵犯该权利必然影响多边条约其他缔约国或受习惯国际法规则约束的其他国家享受权利或义务；或
- (三) 设定或确立该权利的目的是为了保护人权和基本自由。

(f) 如一国行为侵犯因多边条约而产生的权利，在证实该条约明文规定这项权利是为了保护缔约国的集体利益的条件下，则该多边条约的任何其他缔约国即为受害国。

“3. 此外，如国际不法行为构成国际罪行，则“受害国”指所有其他国家。”

74. 第 40 条评注¹³³ 指出，原则上，条款草案第一部分回答了哪个国家应对国际不法行为负责的问题，其中确定国际不法行为，

“只是从义务而不是从权利下定义。这样做是假定对于每项义务，按定义，至少有一个其他国家的一项权利与之相应。”¹³⁴

同样，阿戈在其第二次报告中假定，“在法律义务与主观权利之间”总有“一种关联”。按照这一观点，“在国际法上完全有理由视违背义务概念与侵害其他国家主观权利概念完全等同”。¹³⁵ 第 40(1) 条中有几个关键措词表达了这种“完全”等同“。¹³⁶ 其后，条款草案第二部分谈到受害国的权利，而非对国际不法行为应负责任的国家（下称责任国）的义务。

75. 因此，第 40 条成为整个草案的基轴，把处理义务的第一部分同处理权利的第二部分联接起来。第 1 款宣布义务与权利之间的确切相互关系，第 2 款接着以非排除方式列出一国或多国可能被认为拥有与被违背的义务相对的权利的情况。

¹³³ 1985 年通过（见《1985 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 25-27 页），1996 年一读通过条款草案时，没有审议第 40 条评注(5)。唯一的变动是第 3 款加一个脚注，指出：

“‘罪行’一词用于与条款第一部分第 19 条保持一致。但据指出，还可以使用‘具有严重性质的国际不法行为’或‘特别严重的国际不法行为’来取代‘罪行’一词，以便除了别的以外，避免‘罪行’一词所涉刑事问题。”

¹³⁴ 第 40 条评注(5)，第 2 段，同上，第 25 页。

¹³⁵ 阿戈，《第二次报告》，《1970 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 192 页。

¹³⁶ 不过，很奇怪，第 40(1) 条使用“……时”一语，显然是设想有一种侵犯一国权利的行为可能不是不法的。这也许只是起草时的疏忽，或可能打算涵盖权利受到侵犯但按照第一部分第五章排除该行为不法性的情况。

这些情况各不相同，有些是双边条约的双边权利——义务关系，有些是国际法院的判决，有些是根据一般国际法规则或多边条约产生的权利——受国际法规则约束或加入条约的所有国家或许多国家都可视为“受害国”。它还规定，在“国际罪行”的情况，所有其他国家均受损害，因此有权采取行动。

76. 正如评注所说明，第(2)款又长又啰嗦的清单只属假定。某一项特定条约或规则，本身可能在包容或排他的基础上规定有权援引违背义务责任的实体(国家或其他人)。根据特别法原则，此类规定凌驾其他规定。¹³⁷ 但是，多边条约规定自身一套常设规则的情况，并不常见；一般国际法规则这样就更不常见。在多数情况下，第40条对“受害国”所作的确定，自然而然成为规范。

各国政府对第40条的评论

77. 第40条引起各国政府的许多评论。它们发表详尽的意见，而且意见各有不同，但都没有怀疑在条款草案中列入有关受害国概念的条款的必要性。例如，新加坡认为，确定受害国的程序“对分配某些优惠[和]使那些后来采取的本来是非法的行为合法化是至关重要的”。¹³⁸ 若干国家政府对国际不法行为的后果范围太广，表示关注。例如，奥地利认为，第40条的概念“只有在国家的权利受到违反国际法行为直接影响的情况下才有法律意义”。¹³⁹ 这种疑问又使一些政府质疑是否应把实际损失或损害作为受害国定义的主要条件。法国本着对草案第1条的一贯立场，认为第40条应“明确地提到一国由于另一国家的国际不法行为而在物质上或精神上遭受的损害”，但也不反对以下看法：“一国完全可以因为另一国违背对其所作的承诺而受到法律上的损害”，如果损害“是属于特殊性质”。¹⁴⁰ 其他一些国家政府坚决反对这一观点，认为没有把损害列入作为不法行为的内容，因此并非所有国家都有权援引不法行为国家的责任，相反的，“可以这样做的只有主观权利受到侵害的国家，即违背义务行为针对的国家”。¹⁴¹ 在讨论第

¹³⁷ 第40条评注(5)，第5-6段，前引，脚注133，第26页。

¹³⁸ A/CN.4/488/Add.3，第2页；另见A/CN.4/496，第15页(第122段)和A/CN.4/488，第87页(联合国“对草案第40条大部分没有意见”)。乌兹别克斯坦建议把该项规定转入第二部分第二章(同上，第86页)。

¹³⁹ A/CN.4/488，第85页。因此，奥地利怀疑在没有直接受影响国家的情况下，受害国概念是否可行(在此特别是指侵犯人权情况)。

¹⁴⁰ 同上，法国因此提出第40条的另一案文：见同上，第89页。日本同样认为“较为稳妥的做法是：那些利益没有受到有形伤害的受害国原则上仅有权要求不法行为国停止其国际不法行为”(A/CN.4/492，第11页)。见A/C.6/54/SR.23，第67段(保加利亚)，和A/C.6/54/SR.26，第42段(布基纳法索)(布基纳法索建议，定义中还应包括损害与行为之间的因果关系)。另见A/CN.4/504，第62段。

¹⁴¹ 意大利(A/CN.4/488/Add.2，第3页)；另见A/C.6/54/SR.23，第54段(委内瑞拉)和A/CN.4/504，第62段。

40 条第 2 款和第 3 款时，这一问题再次出现，并且成为一个要点，只是形式稍有不同；这两款引起许多评论和批评。

78. 的确，有一些国家支持委员会一读时采取的一般作法。例如，德国指出，“国际法的‘主要’规则的性质和参与制订这些规则的国家对确定违背这种主要规则所定义务的行为的受害国，是有关系的”。¹⁴² 但是对第 40 条草案提出意见的大多数国家政府对第 2(e) 和(f) 款和第 3 款的措词表示严惩关注。第一个问题是这些规定若确立“国家拥有援引违反国际法行为的法律后果的竞争性或累积性界限”，¹⁴³ 将导致的“荒唐的结果”。因此支持拟议的区分¹⁴⁴ 受国际不法行为具体损害的国家和对履行义务具有合法利益的国家的办法。¹⁴⁵ 前一类国家本身就有权要求赔偿，后一类国家则只能要求停止不法行为，赔偿受具体损害的国家。¹⁴⁶ 此外，联合王国认为，委员会应考虑是否“应修订若干国家认为自己‘受害’的权利……如果受到主要伤害的国家表明自由决定放弃其因这种违背产生的权利，或该国同意这种违背情事”。¹⁴⁷

79. 关于第 2(e) 和(f) 款，还有若干其他问题提出，可简述如下：

- 一并提到多边条约和习惯国际法似乎不妥。有些国家政府认为，应该用两个条款分开处理这两个来源，¹⁴⁸ 另有一些国家政府认为还应提及双边习惯或单方面行动产生的义务。¹⁴⁹
- 关于第 2(e) 款，有几个国家政府关注该款“与《维也纳条约法公约》第 60 条”不一致，或“可能重叠”；¹⁵⁰ 第 60 条的规定“较为狭义”。¹⁵¹ 因此联合王国强烈倾向于《维也纳公约》第 60 条的方法，认为它同第 40 条的模

¹⁴² A/CN.4/488，第 86 页。另见意大利，该国赞同第 40 条反映的概念（A/CN.4/488/Add.2，第 3 页）。

¹⁴³ 奥地利（A/CN.4/488，第 86 页）。美国认为这些规定反映了“一些不能接受和过于广泛的损害概念”（同上，第 88 页）。

¹⁴⁴ 见《1999 年国际法委员会报告》，《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 10 号》（A/54/10），第 9 页，第 29 段。

¹⁴⁵ 见 A/CN.4/504，第 64 段。不过，有批评意见认为，因为国家拥有合法利益的概念尚未确定，这一区分毫无用处；见 A/C.6/54/SR.22，第 4 段（丹麦-代表北欧各国）。

¹⁴⁶ 同上。另见奥地利（A/CN.4/488，第 86 页）。

¹⁴⁷ A/CN.4/488，第 87 页。

¹⁴⁸ A/CN.4/496，第 15 页。新加坡认为，根据习惯国际法，援引责任的条件是，“违约国与声称具有受害国地位的国家之间”有“充分的关系”（A/CN.4/488/Add.3，第 2-3 页）。

¹⁴⁹ A/CN.4/504，第 66 段。还有意见支持一份说明性清单，而非详尽无遗清单：同上。

¹⁵⁰ 德国（A/CN.4/488，第 87 页）。

¹⁵¹ 联合王国（A/CN.4/488，第 87 页）。

糊标准相比，“实际上将受害国的概念限于受实质实质影响的国家”。¹⁵² 更广泛地而言，一些国家政府指出，在违反多边条约义务的情况，受害国的地位首先应依条约本身的规定，适当时并应依照条约法的规定。¹⁵³

- 关于第 2(e)(三)款，一些国家政府要求加以澄清，尤其是关于没有受到违反行为实际伤害的缔约国援引赔偿的问题。¹⁵⁴
- 关于第 2(f)款，法国认为“允许国家如此介入与它们不直接有关的情况是完全不当的”；¹⁵⁵ 其他一些国家政府则认为需要澄清“集体利益”一词，或所涉条约种类。¹⁵⁶

80. 至于第 3 款，各国政府的意见不一。一些国家政府认为，在罪行情况，也应订出不同类别的受害国，“确定不同的‘受害国权利’”。¹⁵⁷ 因此美国关注的是，第 3 款可能造成“破坏性结果”。美国认为，各国个别地而非集体地受到第 19 条含义范围内的罪行损害这一点，可能引起“多项索赔要求以致那些的确可以表明损害的国家得不到足够的赔偿”。¹⁵⁸ 不过，其他一些国家政府则支持委员会一读时的作法，尤其认为实行第 19 条含义范围内的罪行时，每个国家都受到损害，都可以援引不法行为国的责任。¹⁵⁹ 瑞士指出的一点很有帮助：“在‘罪行’的概念与违反国际法强制性规范的行为重叠的情况下”，所有国家都可视为受到损害，尽管不法行为被定位为罪行；因此没有必要把若干类型的行为犯罪化，“以把若干特别严重的后果”加诸于这些行为。¹⁶⁰

¹⁵² 同上，第 87 页。另见美国提议：同上，第 87-88 页。

¹⁵³ 美国（同上，第 88 页）；另见 A/C.6/54/SR.23，第 58 段（以色列）。

¹⁵⁴ 美国（A/CN.4/488，第 88 页），日本（A/CN.4/492，第 11 页）；另见 A/C.6/54/SR.23，第 41 段（澳大利亚建议，在这种情况下，赔偿应限于承诺和保证不重复）。

¹⁵⁵ A/CN.4/488，第 86 页。

¹⁵⁶ 美国（同上，第 88 页），日本（A/CN.4/492，第 11 页）；另见 A/C.6/54/SR.23，第 23 段（澳大利亚）。

¹⁵⁷ 德国区分以下两种权利：要求停止不法行为和恢复履行义务的权利，和要求赔偿的权利（A/CN.4/488，第 89 页）；另见 A/CN.4/496，第 123 段（其中提到以“一个国家与违反行为之间的远近”为区分标准）。

¹⁵⁸ A/CN.4/488，第 90 页。但美国亦指出，即使只有一个国家受到主要损害，“若干国家可能蒙受其广泛的损害”（同上）。

¹⁵⁹ 见 A/CN.4/488/Add.2，第 4 页（意大利）和 A/CN.4/504，第 65 段。捷克共和国认为，第 3 款“的确是很重要的，该款不但在补偿方面而且在反措施方面造成严重后果”（A/CN.4/488，第 89 页）。

¹⁶⁰ A/CN.4/488，第 89-90 页。

81. 对第 40 条的这些批评意见，有许多亦反映于学术著作。¹⁶¹

(b) 一些初步问题

82. 在探讨可能采取什么方法来解决这些问题时，必须更详细地分析第 40 条。这可能会提及四个问题。

确定合法利益和主观权利

83. 首先的一个问题是为目的，确定一个受害国或几个受害国的主观权利。这个问题的根源在于把双边关系模式作为国际法特征的早期的国家责任的理论（尤其是安齐洛蒂（Anzilotti）的理论）。特别报告员阿戈在提出第二次报告（与法院对《巴塞罗那电车公司案》的裁定同一年发表）时，他刚刚开始构思对整个国际社会的责任概念。为此目的，不论我们使用第 19 条的措辞（国际罪行），还是法院本身的措辞（它提到对整个国际社会（所有国家）承担的义务），关系都不是很大。¹⁶²不论在哪一种情况下，都要立即确定这项责任与特定国家的“主观”权利之间的关系。

¹⁶¹ 例如参看 K.Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the ‘Injured State’ and its Legal Status” (1988) 35 《荷兰国际法评论》 273; D.N.Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties” (1988) 59 《英国国际法年鉴》 151; K.Kawasaki, 《国家国际责任法中的“受害国”概念：国际法委员会关于国家责任的条款草案第二部分第 5 条草案(3 部分)》, Shudo Law Review, vol. 11, 1989, pp. 319-353; vol. 12, 1990, pp. 95-120; vol. 13, 1991, pp. 225-262(日文); B.Simma, “Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility”, in Y.Dinstein(ed.), International Law at the Time of Perplexity(Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989) 821; J.Charney, “Third State Remedies in International Law”, 10 《密西根国际法杂志》 (1989) 57; V.Vadapalas, “L’intérêt pour agir en responsabilité internationale” (1993) 20 《波兰国际法年鉴》 17; J.A.Frowein, “Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law”, 248 Recueil des cours(1994/IV) p. 349; B.Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law” (1994/VI) 250 Recueil des cours 219; C.Annacker, 《国际法委员会关于国家责任的条款草案第二部分》, 《德国国际法年鉴》, vol. 37, 1994, 206; A.de Hoogh, Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States (Kluwer, The Hague, 1996); G.Perrin, “La détermination de l’Etat lésé Les régimes dissociables et les régimes indissociables”, in Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, Kluwer, The Hague, 1996, pp. 243-249; M.Ragazzi, The Concept of International Obligations Erga Omnes (Clarendon Press, Oxford, 1997); D.J.Bederman 《国际法委员会关于国家责任的条款草案第 40(2)(c)和(f)条：习惯国际法和多边条约中受害国的地位》 (1998) 92 《美国国际法学会会议事录》 291; K.Kawasaki 《国家国际责任法中的“受害国”》 (2000) 28 Hitotsubashi J.Law & Politics 17; J.Crawford, 《国际法委员会关于国家责任的条款草案第 40 条评论》 (2000 年, 印刷中)。

¹⁶² 为了他在第一次报告中所述理由，特别报告员比较喜欢使用法院采用的措辞：对整个国际社会的义务。就第 40 条而论，情况确实如此，因该条涉及援引权利而非这样做的后果：见第一次报告，A/CN.4/490/Add.3, 第 98 段。

84. 此处用“主观”一词，只是要说明一点，就是违背国际义务而引起的“次要”法律关系，必定是违背义务行为人同其他人或实体之间的法律关系。“无影责任”这样的事情是没有的，责任总是对人的责任，从这个意义上讲，责任是“主观的”¹⁶³但这并不意味着集体或社区性质的义务因此而降为双边关系。在讨论义务和权利之间严格的相互关系时，虽然没有言明，但所依据的是霍菲尔德（W.N.Hohfeld）的著作及其“权利义务相互关系”。¹⁶⁴但霍菲尔德强调法律关系多种多样，定然不想把法律关系降为单一形式。在国际关系领域，现在已不再有任何（如果曾经有过的话）推定的理由要把所有的责任关系降为两国双边的权利义务关系，象双边条约规定的关系那样。

85. 例如，埃塞俄比亚和利比里亚本身不是它们在《第二西南非案》中援引的义务的受益人。¹⁶⁵受益人乃是西南非人民自己；他们具有让代表他们和为促进他们有关利益的人管理领土的“主观”权利¹⁶⁶埃塞俄比亚和利比里亚声称拥有程序权，可以要求确保南非履行对领土人民的义务。在分析上没有理由不允许这种法律关系，¹⁶⁷如果要霍菲尔德把它纳入其计划之中，不会有任何困难。¹⁶⁸一项法律制度要想把南非、领土人民及两个申请国之间的法律关系降为双边形式，就不是完备的制度。但这正是第 40 条似乎要做的，因它订有“精确”对应物。¹⁶⁹

¹⁶³ 特别报告员认为，“主观”一词的非常特殊含义与其普通含义之间可能出现混淆；光凭这一点，就足应完全不用这个用语。在其普通含义上，不可能有“非主观”的义务或权利；因此，这个用语不仅没必要，而且可能产生误会。见第二次报告，A/CN.4/498，第 6 段，以及 de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes*, 第 20 页，观点大致相同。

¹⁶⁴ 见 W.N.Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*(1923 年，纽黑文，耶鲁大学出版社，1964 年重印)。

¹⁶⁵ 《国际法院案例汇编》，1966 年，第 6 页。

¹⁶⁶ 法院在《纳米比亚问题意见》（*Namibia Opinion*, 见《国际法院案例汇编》，1971 年，第 16 页，见第 56 页（第 127 段））中着重指出，就西南非而言，“受害的实体乃是一个民族”而不是一个国家或一批国家。参看里普哈根，《初步报告》《1980 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，第 118 页（第 56 段和第 57 段）。

¹⁶⁷ 1966 年，法院以微弱多数裁定，申请国在适当实施委任统治协定方面，没有任何个别的合法利益，可以按仲裁条款证明是正确的。但这一“多数”并不否认委任统治协定可能承认国际联盟所有成员国都有权向法院提起诉讼，要求委任统治国履行各项义务：例如，见《国际法院案例汇编》，1996 年，第 6 页，见第 23 页（第 16 段）。这一结果是对仲裁条款作严格解释而得出的。不管怎么说，该裁定受到强烈批评，现在看该裁定，必须联系法院对《巴塞罗那电车公司案》的判词，见《国际法院案例汇编》，1970 年，第 3 页，见第 32 页和第 33 页。

¹⁶⁸ 当然有些情况（如 1950 年《欧洲人权公约》第 45 条和第 48 条；或 1994 年第十一项议定书，第 33 条，继承国条款，承认此类一般利益，但并未把国家采取行动的权利同国家试图保护的实质性权利等同起来。

¹⁶⁹ 法院在《巴塞罗那电车公司案》本身指出，“责任是权利的必要的必然结果”（《国际法院案例汇编》，1970 年，第 3 页，见第 33 页（第 36 段））。但在此之前，法院首先把国家对其他国家的权利（例如在外交保护领域）和对所有国家承担的义务（所有国家都有“合法利益”要求予以保护）加以区分。这不是说只有国家的个别权利遭受侵犯的案件才属于责任案件。

人权义务的处理

86. 第二个问题涉及人权义务的处理。按照第 40 条第 2 款 e 项三目，违背一项人权义务的行为伤害到受该项义务约束的每一个国家。¹⁷⁰事实上，从表面上来看，发生个别的、比较轻微的侵犯一个人的基本权利行为时，每一个国家（即使该个人非其国民）都被认为受此行为损害。评注指出，“显然，并不是这些文书所列举的每项权利，或者一国被认为不尊重这些权利的每一个别行为或不行为都必然须要适用本项规定。”¹⁷¹但这一异议却没有反映在第 2 款 e 项三目中，也没有试图（例如提到系统性或严重侵犯人权行为的概念）区分以下两种情况：所有国家均受到伤害的情况，以及人权个别受益人受到伤害但人权义务当事国对履行义务具有一般利益的情况。

87. 有人建议，即使在证据确凿、严重或系统性侵犯人权的情况，也应区分受害者的权利和国家的回应。否则第 40 条第 2 款 e 项三目的效果，变成把人权化为国家权利；这无论在处理系统性侵犯人权行为，或在处理个别侵犯人权行为，都是没有道理的。第三国可能被认为对系统性侵犯人权行为比对个别违反人权行为有更广泛的干预或回应权，不过 1966 年国际盟约并未如此说。¹⁷²但即使第三国家具有较广泛的权利，此类权利的性质似乎并无改变。有关国家可能是代表受害者，但它们与受害者不能等同，它们不能因为被承认对行为国履行其人权义务具有合法利益即成为权利持有人。

88. 第 2 款 e 项三目还提出了一个问题，就是为什么把人权单独作为一类特别处理。评注指出：

“[人权]条款保护的利益是不可以分配给某一个特定国家的。因此必须首先把多边公约的每一个其它缔约国、或受有关习惯法规则约束的国家，视为受害国。”¹⁷³

可是，仅仅因为多边条约或一般国际法规定的人权义务并非“可以分配给”任何特定国家或任何特定国家承担的，就认定所有有关国家都必须视为权利人，当然不是“首先”而已。此外，人权义务不是唯一的一类国际义务，其履行情况不能视为只影响任何个别的“特定国家”。人的发展、世界遗产和环境保护等领域的一些义务，情况也是如此，这些都可以在第 40 条中提一下。

¹⁷⁰ 草案 e 项三目适用于“为了保护人权和基本自由”而“设定或确立”的任何“权利”。

¹⁷¹ 第四十条[5]评注评注，第 22 段，见前引注 133，第 27 页。

¹⁷² 相对于个别控诉，国家间关于系统性侵犯人权行为的控诉，其案件可否受理适用不同规则：例如，参看欧洲人权法院对《爱尔兰诉联合王国案》的判决书，《欧洲人权法院案例汇编》，A 辑，第 25 号（1978 年），第 64 页（159 段）。

¹⁷³ 第四十条[5]评注，第 20 段，见前引，脚注 133，第 27 页。

89. 相对于这些其它领域，人权义务的一个特点似乎在于它是按个人的权利专门制定的，而国际环境文书之类讲的是国家的义务。相对而言，关于外交保护领域对待外侨方面的国际法规则，则故意突出国家的权利，常设国际法院在 *Mavrommatis Palestine Concessions* 一案中就这样强调。¹⁷⁴《联合国宪章》以及1948年以来人权文件中使用人权用语时，其所用名词是深思熟虑地一直改变的。它肯定具有法律意义。但这绝不成为“首先”把人权义务视为“可以分配给”各国的义务的理由。

多边法律关系引起的其它损害情况

90. 除了“国际罪行”之外，第40条还提到承认多边权利的另外两种情况。有一种情况在第40条中并未得到明确说明，也需要加以审议。

(a) 整体义务

91. 按照第40条第2款e项二目，多边条约的每一缔约国或受一般国际法某项规则约束的国家，均受违背“整体义务”行为的损害。¹⁷⁵这种违背义务行为确定“必然影响”其他缔约国“享受权利或履行义务”。评注也只是说，该款“所处理的这种事实情况。在《维也纳条约法公约》里亦认为是多边条约方面的一种特殊情况（例如，参看第四十一条第一项乙款一目，第五十八条第一项乙款一目，以及内容及措辞稍有不同的第六十条第二项丙款）”¹⁷⁶但评注中提到的《维也纳公约》的三个条款中，¹⁷⁷只有第六十条第二项丙款实际处理真正的责

¹⁷⁴ 《常设国际法院案例汇编》，A辑，第2号（1924年），第12页。国际法院在《为联合国服务过程中所受损害的赔偿责任案》（《国际法院案例汇编》，1949年，第174页，见第181页和第182页）和《巴塞罗那电车公司案（第二阶段）》（《国际法院案例汇编》，1970年，第3页，见第32页和第33页中都肯定同一原则。

¹⁷⁵ “整体”义务的概念是由条约法特别报告员菲茨莫里斯提出的：见《1957年国际法委员会年鉴》第二卷，第54页，亦见K. Sachariew, “State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the ‘Injured State’ and its Legal Status”（1988年）35《荷兰国际法评论》273第281页。

¹⁷⁶ 第四十条[5]评注，第19段，见前引，脚注133，第26页和第27页。

¹⁷⁷ 第四十一条第一项乙款涉及仅由多边条约部分缔约国彼此之间修改条约的问题。这种修改如果不为该条约所禁止，且“不影响其他当事国享有条约上之权利或履行其义务”，则是可以允许的。检验是否可以允许的标准在于某项特定修改事实上是否影响到公约其他当事国的立场。这并不是一个推定的检验，也不限于“必然影响”其他当事国的修改。相反的，这延伸到那些事实上在特定情况下影响到其他当事国的修改。没有要求它影响到所有其他当事国：不包括影响到一些当事国、或只其中一个当事国的修改。第五十八条第一项乙款涉及多边条约只是在其部分当事国之间停止实施的情况：它适用与《维也纳公约》第四十一条相同的检验标准，处理相互间的修改是十分恰当的。

任问题。¹⁷⁸第六十条第二项丙款涉及属于以下性质的任何条约：“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”。这比第40条第2款e项二目草案的范围要窄。在对其它国家进行推定影响的测试时，它是对整个条约而不是对所违反的特定义务进行的。也许这一差别可以背景差异来解释。《维也纳公约》所关注的是整个条约文书，而条款草案所关注的是特定义务。因此，把整个义务的要领移用于国家责任法，似乎并没有什么困难；相应地，把每一个国家视为个别受违反整体义务行为个别伤害，似乎也没有什么困难。

(b) 对所有缔约国承担的义务

92. 此外，第40条第2款f项规定，“如……该条约明文规定”受到“侵犯……的权利是为了保护缔约国的集体利益”，则多边条约的所有其他缔约国即为受害国。这也许可以称为对所有缔约国承担的义务。对于这些义务的履行，所有缔约国都被认为具有共同利益，超越于在特定情况中可能存在的任何个别利益。评注举“最近在国家管辖范围以外海底和底土矿产资源方面得到接受的‘人类共同遗产’概念为例。¹⁷⁹这表示明文规定的要求在解释时需要某种灵活性。尽管如此，评注指出，“在包括各国的整个国际社会目前的发展阶段，承认或确立各国的集体利益，在适用上仍然有其限制”；而且在文字上，也限于两个方面：一，限于

¹⁷⁸ 第六十条规定如下：

“二. 多边条约当事国之一有重大违约情事时：

(甲) 其他当事国有权以一致协议：

(一) 在各该国与违约国之关系上，或

(二) 在全体当事国之间，

将条约全部或局部停止施行或终止该条约；

(乙) 特别受违约影响之当事国有权援引违约为理由在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止施行。

(丙) 如由于条约性质关系，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，则违约国以外之任何当事国皆有权援引违约为理由将条约对其本国全部或局部停止施行。”

这些条款须遵守该条约内一条相反的规定（第六十条第四项），也不适用于人道主义条约之类的某些情况（不论违反情况如何，其效力都应得到充分保持）（第六十条第五项）。

“特别受影响”一词没有加以定义，第六十条的评注没有进一步探讨这个问题。见《1966年国际法委员会年鉴》，第二卷，第255页，第7段。法院在《纳米比亚问题意见》中表示，第六十条“在多数方面”是说明现行国际法的：《国际法院案例汇编》，1971年，第16页，见第47页（第94段）。

¹⁷⁹ 第40条 [5] 评注，第23段，见前引，脚注133，第27页。

明文规定，二，限于多边条约中的此类规定。¹⁸⁰关于第一个方面，现代有各种各样的多边条约说明集体利益的正确性，要求明文规定似乎太过狭隘了。关于第二个方面，条款草案的出发点是要把条约规定的义务和一般国际法规定的义务视为等同处理，¹⁸¹而且，一般国际法完全可能同多边条约的公共利益条款并行并且予以加强。此外，没有任何理由把“保护集体利益”的类别限于构思狭隘的各国集体利益。人权条约的目的明白是要（即使并不总是明确地表明）保护一般的共同利益。因此，最好把第2款e项三目视为与第2款f项同类。¹⁸²

(c) 特别受影响国家

93. 第40条第2款虽然承认所有国家，或一大批国家对某项义务的履行，可能具有合法利益，但它明显地不承认某个国家或某几个国家受违背义务行为“特别影响”的情况。在这方面，它没有依循《维也纳公约》第六十条第二项的逻辑。如果受某项违背义务行为特别影响的一个国家，有权暂停所涉义务，而不坚持履行这项义务，这就怪了。事实上，对实行违背义务行为的国家而言，暂停义务实际上可能是方便的。即使这并免除该国履行已经逐步承担的次要义务，¹⁸³但免除了其停止的义务（就其同暂停国的关系而言），以及免除了一项原为持续不法行为的一切法律后果。暂停条约关系绝不能替代适当的国家责任体制。

确定多个“受害国”的后果

94. 第40条对所有“受害国”显然是同等对待。每一个受国际不法行为损害的国家都有权要求停止该行为并得到赔偿，¹⁸⁴并且在没有停止该行为及提供赔偿时，有权采取反措施。¹⁸⁵就国家的“主观”或个别权利而言，这可能是适当的。一个国家的权利受到侵犯时，有权抗议、坚决要求恢复原状或（即使是在可能恢复原状的情形下）决定选择得到补偿。它可以坚决要求确认其权利，也可以酌情决定放弃其权利、不计较此次违背义务行为。但该项义务如属多边义务，情况就可能全然不同。例如，某项实质性义务的特定受益人（例如个人权利受到违背人权义务行为侵犯的人，自决权被否定的民族，或甚至受违背对所有国家承担的义

¹⁸⁰ 第40条[5]评注，第24段，同上。但这样说不是要“不包括发展内容相同的国际法习惯规则”：同上，第25段。

¹⁸¹ 见第16条草案（二读暂时通过案文，A/CN.4/L.574和Corr.1至4）；克劳福德，第二次报告，A/CN.4/498，第16至26段。

¹⁸² 一般而言，人权义务或是对所有缔约国承担的义务，或是对所有国家承担的义务，视其普遍性和重要性而定。

¹⁸³ 参看《维也纳条约法公约》，第七十二条第一项。

¹⁸⁴ 见第41、42条。

¹⁸⁵ 见第47条。第49条作了唯一的（间接）限制，它要求反措施“不应与国际不法行为的严重程度及其对受害国的后果不成比例”。

务的行为实际伤害的国家)有充分理由可以要求得到补偿而不是恢复原状。但其他人即使对遵守义务具有公认的合法利益,又有什么权利可以撤销这一要求?

95. 这同《维也纳条约法公约》第六十条第二项又形成对比;该项竭力要确定“特别受影响”或“整体受影响”国家可以对责任国采取的步骤。这些步骤只影响受影响国对责任国的关系,同时只允许暂停条约关系。要采取更加剧烈的措施,就需要得到其它缔约国一致同意。

关于第 40 条的结论

96. 本报告所述表明,第 40 条涉及多边义务、包括对所有国家承担的义务的那些方面,从来没有彻底加以审议。尤其是,委员会从来没有参照第二部分后面所处理的后果,重新审议这个定义。特别报告员认为,第 40 条所受到的批评,有许多是合理的,这些批评有些是委员会成员,在第 40 条起草过程中提出的,有些是各国政府自第 40 条通过以来提出的,有些是著作中提出的。第 40 条在若干方面存有缺陷:

- 过早地从义务概念(第一部分的关键概念)转入权利概念;
- 明显假定所有责任关系与传统的双边权利义务关系相同(国际法院在《巴塞罗那电车公司案》中反驳此项假定),再不就是未能详细说明多边责任关系在哪些方面不同于双边责任关系;
- 对一切类别的受害国同等对待,所有受害国明显具有相同的独立权利;
- 尤其是,未能对受违背多边义务行为“特别影响”的国家,与并未受到此种影响的国家加以区分;¹⁸⁶
- 处理多边义务的方式不当(例如,对条约义务同非条约义务之间的区别未加解释;没有道理地假定共同利益制度只能由多边条约明文规定设立;对人权作单独特别处理,而所用措词模糊而又非常广泛,与定义的其他条款冲突或重叠);
- 第 2 款的措词冗长罗唆,把第 1 款的基本内容全遮盖住了。

就目前条文来看,第 40 条是否能为编纂和逐步拟订国家责任的法律后果提供适当基础,实成疑问。

(c) 改拟第 40 条的几种选择

97. 近代国际法关于法律损害及抗议某项损害立场的概念,主要阐述于国际法院《巴塞罗那电车公司案》的说明。国际法院对某些基本义务,区分双边范围内产生的权利(外交保护)与国际社会的合法利益。最关键性的一段如下:

¹⁸⁶ 参看《维也纳条约法公约》,1969年,第六十条第二项乙款

“……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，应作基本上区分。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……外交保护的义务则非同一般类别。可以这样说，如果某项这类义务发生问题，所有国家都有期望其获得遵守的合法利益。一国要对违背这类义务的行为索赔，首要必须确定其有权这样做……”¹⁸⁷

国家个别权利和若干国家或所有国家的合法利益之间，两者的区别非常明显。此外，这一“基本上区分”对该案很重要。虽然比利时国民持有加拿大公司股份（在这一意义上也许可认为比利时受到西班牙行动的“特别影响”），但在该案情况，西班牙作为公司的国籍国，仅对加拿大负有义务，因此比利时无权援引责任问题。¹⁸⁸从这段可以引伸出这样的结论：如果牵涉到对所有国家的义务，结果可能不同。

98. 为国家责任的目的，如果违背双边义务与违背多边义务（特别是对所有国家的义务）之间，有基本上的区分，则在讨论第 40 条时必须把它们分开处理。

第 40 条与双边义务

99. 双边国际义务是一种只有两个当事方（权利人和义务人）的义务。有现在的情况，两上当事方之一（义务人）有可能不是一国家；它可能是一个国际组织或国际法某种其他“主体”。尽管第一部分是一般性的和处理国家各种义务，第二部分并非处理个人或国家以外集体的所有次要权利和可容许作出的回应。因此，第一个部分的范围与第二部分的范围之间，有脱节存在，但如上文如述，¹⁸⁹这非限制第一部分范围的理由。不过，可以在第二插入一个保留条款，提到该部分的不同范围，但避免从第二部分和第二部分之二详细处理义务国家这一点，引伸出相反含义。兹建议采取以下条文：

“本[部分]不妨碍任何人或国家以外的实体因一国犯国际不法行为而取得的任何权利。”

100. 关于一国与另一国之间的严格双边义务，要清楚的第一点是，双边义务有许多来源，包括一般国际法、双边或多边条约、或单方面行为。例如，《维也纳外交关系公约》（以及一般国际法的类似规则）产生的法律关系基本上似乎是双边性质。这些条款产生特定派遣国与特定接受国之间的义务关系。一般国际法规

¹⁸⁷ 《国际法院案例汇编（1970年）》，第 3 页（见第 32 页，第 33-35 段）。

¹⁸⁸ 国际法院注意到有例外情况存在，即国籍国以外的国家也享有权利：《国际法院案例汇编（1970年）》，第 38-40 页。在这种情况下，西班牙也许对不同国家负有平行的双边义务，而每一国家都可能个别地行使“相关保护权”。

¹⁸⁹ 见上文第 7 段。

则与外交保护标准亦属如此，这一点国际法院在《巴塞罗那电车公司案》中说得很清楚。

101. 但是，为本条款草案的目的，不仅没有必要明确规定在什么情况下特定的多边条约或国际法规则产生双边义务，而且这样做不符主要义务与次要义务之间的根本区别，而这一区别正是本条款草案的基础。本条款的职责不在于明确规定个别首要义务的形式或内容。因此，就现在的问题而论，确认双边义务和多边的存在已经足够，至于两者间如何区分的问题可留交其他论坛处理。

102. 在这一基础上，双边义务的处理相当简单。在这种义务的情况：

(a) 只有义务国受到违背义务行为的“损害”；

(b) 该国可合法地同意原为违背义务的行为，¹⁹⁰或不坚持其后果；

(c) 该国可以选择接受赔偿而非恢复原状，或者要求对将来的保证而不要求任何形式的赔偿；

(d) 该国可对违背义务行为采取反措施，但须遵守本条款草案规定的反措施一般条件。

103. 在条文上，现在的第 40 条第 2 款有 4 项处理基本上涉及双边义务的情况。这 4 项是 (a) 至 (d) 项。¹⁹¹ 有人认为这几项毫无必要，亦不足取。本条款草案的职责不在于说明国家在什么时候是一项国际义务的（唯一）受益者或义务者，因为这需视该项义务的规定和解释而定。第 40 条第 2 款所处理的一切“双边”情况可以归入一个简单条款如下：

“为本条款草案的目的，一国在以下情况受另一国的国际不法行为损害：所违背的义务是对其[个别]承担的义务。”

“个别”一词显然引起一个问题。一方面，这似乎有利于区别对一组国家或整个国际社会集体承担的义务。另一方面，这不应忽略以下的可能性：A 国可能同时对某一个或某几个第三国双边地承担同样的义务（或更适当地说，同样内容的义务）。例如，在外交或领事豁免上，接受国可能对大批派遣国承担相同的义务。但一国对他国承担平行的、同样的双边义务这一可能性，可在评注中加以解释；因此，“个别”一语似应予保留。

104. 有人可能反对说，所有国家对于遵守国际法和保持多年以来建立的体制和安排（例如外交豁免），具有一般性利益。国际法院在《外交和领事人员案》中，

¹⁹⁰ 参看第 29 条草案（经二读暂时通过，A/CN.4/L.574 和 Corr.1-4），Crawford, 第二次报告，A/CN.4/498/Add.2, 第 230-241 段。

¹⁹¹ 见上文第 73 段。

提到伊朗伊斯兰共和国参与拘押外交和领事人员的行为“性质上根本非法”之后这样说：

“本院要次指出的是，在本案必须适用的法律原则，极端重要，本院认为本院有义务促请整个国际社会、包括自古以来即为其中一员的伊朗注意，本院现在审理的这类事件可能造成无可补救的伤害。这类事件定然破坏人类多个世纪以来小心建立的法律框架，而这个框架的维持对今天这个复杂的国际社会的安全和福利来说，是极端重要的，因为今天比以往任何时候都更需一贯地和严格地遵守为确保成员间的关系能有秩序地发展而拟订的各项规则。”¹⁹²

所以，可以这样说，即使某些特定义务可能是双边的，亦需以种方式承认各国对遵守国际法具有比较一般性的利益。不过，除了“一体”义务或如上文所解释的对所有当事国承担的义务外，就国家责任而言，国家在同第三国彼此之间的法律关系上，是否享有某项权利或甚至某种应受法律保护的利益，实成疑问。

105. 无疑的，即使在纯粹双边的情况下，仍可能有某种一体因素存在。在外交惯例上，第三国注意到某一明显违背义务行为而向责任国表达其关切的情况，并非少见。不过，这似乎还不是第三国援引国家责任的情况，无须在条款草案中加以规定，只要采取以下做法就够了：在评注中反映出“受害国”的定义主要关涉援引责任，并不影响为了表达关切和协助解决冲突而同第三国进行非正式外交交流。¹⁹³

第 40 条与多边义务

(a) 多边义务类型

106. 为责任目的界定“受害国”的概念，基本问题显然关涉多边义务。这些义务并非个别地对某一特定国家承担，而是对某一集体国家或某一组国家、甚至对整个国际社会承担。如上文所述，没有必要说明哪些额定义务是这一意义上的多边义务，只须肯定这一类义务存在就够了。不过，理解若干类型的多边义务存在，也许有帮助。可以分出三类义务：

(a) 对整个国际社会承担的义务。第一类是对整个国际社会承担的义务，全世界所有国家对遵守这类义务具有合法利益。这也就是国际法院在《巴塞罗那电车公司案》中提到的对所有国家承担的义务。¹⁹⁴从国际法院提到整个国际社会这

¹⁹² 《国际法院案例汇编（1980年）》，第3页（见第42-43页，第92段）。

¹⁹³ “非正式外交交流”一词取自1965年《关于解决国家与他国国民之间的投资争端公约》第27条。但该条情况（尽管双边性）不同：关系国放弃其在第27条第1款下享有的外交保护权，但保留促进解决争端的利益。不过这个词对第三国的情况似乎也合适。

¹⁹⁴ 见上文第97段。

一点，以及它所举例子的性质，人们可以得出这样的论点：对所有国家承担的义务基本上是一种不容减损的一般性义务，其起源或直接来自一般国际法，或来自普遍接受的多边条约（例如人权条约）。因此这类义务的范围实际上与绝对性义务（绝对法规范产生的义务）的范围同样广泛。因为如果一项特定义务可以暂搁一边或视作两个国家之间的义务，则很难想象这是对国际社会承担的义务；

(b) 对某一特定制度所有当事国承担的义务。第二类情况是，对于某项国际制度，所有当事国都有共同合法利益要求予以维持和实施。这也许可以称为对所有当事国承担的义务。它尤其包括明示地（或定然暗示地）与当事国共同利益事项有关的义务¹⁹⁵。这些义务的例子见于环境（例如生物多样性或全球升温）和裁军（例如区域无核区条约或禁试条约）领域的义务。在这些情况下，虽然有可能某一个国家或少数某几个国家特别受到违背义务行为的影响，但这种情况很少发生，而且而且无论如何不会损害所有当事国集体地对有关主题事项的一般共同利益。原则上，没有理由把一般国际法产生的义务排除在对所有当事国承担的义务范围之外。¹⁹⁶亦没有理由要求多边条约建立的制度明确地承认集体利益。它们只要在解释有关条款时明确地这样做就够了。例如把根据区域人权条约产生的义务列入，因为所有当事国都公认具有合法利益要求履行这些义务。¹⁹⁷这类义务包括第 40 条第 2 款(e) 项(三)目和(f) 项草案所述的情况。

(c) 几个或许多国家为当事国但特定国家或特定国家集团被承认有合法理由关切的义务。在有多边义务的情况下，不论是否对所有国家承担的义务，特定国家或特定某几组国家可能被承认对遵守义务具有具体的合法利益。首先，合法利益的存在是相关首要规则的解释或适用问题。但是，似乎有理由从第 60(2)(b) 条引伸出这样的认定：受违背多边义务行为“特别影响的国家”应有权就该违背义务行为援引有关国家的责任。

应再次强调指出的是，这三类义务并非相互排斥，也就是说，一个国家可能直接地和特别地受到违背对所有国家承担的义务的行为（例如非法武装攻击的受害者）或违背对所有当事国承担的义务的行为的影响（例如一国船只被拒绝通过某一国际水道的过境权）。因此，一国对于同一的违背义务行为，可能受到几种不同方式的“损害”——因其合法利益受到影响。

107. 下文表 1 所示的纲要反映出第 40 条或类似条款的立场。

¹⁹⁵ 第 60(2)(c) 条所界定的一体义务是这类对所有当事国承担的义务。在一体义务的情况，任何违背义务的行为损害到所有其他当事国的立场，每一当事国都有理由被视为个别受害国。

¹⁹⁶ 见上文第 92 段。

¹⁹⁷ 例如《温尔布登案》争端主题是基尔运河过境权，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号（1923 年）。

表 1
有权就多边义务援引责任的国家

多边义务类别	有权援引责任的国家	适用范围
对所有国家承担的义务	所有国家	适用于国际法院在《巴塞罗那案》中所解释的那种对所有国家承担的义务
对所有当事国承担的义务	所有当事国	适用于牵涉到所有当事国公共利益的法律制度，尤其包括一体义务（参看第 40 条第 2 款(e) 项(二)、(三)目和(f) 项）
一般性多边义务	除另有规定外，“受违背义务行为特别影响”的任何国家	适用于一切多边性而特别受影响国家为当事一方的义务；不适用于公认特别属于两国间彼此关系范围的法律问题(例如外交保护)

这一纲要不考虑到第 19 条希望反映的概念——一种可能被解释为粗暴违背对所有国家承担的义务行为的概念。但为第 40 条或任何类似条文的目的，这一概念没有必要。¹⁹⁸ 已规定对于违背对所有国家承担的义务行为，所有国家都有权援引责任，没有必要再为此目的额外规定违背义务行为必须是“严重”、“有系统”或“粗暴”的。不过，在责任的后果方面，是否需要增列这类规定的问题仍然存在，下文将予以讨论。¹⁹⁹

(b) 容许“受害国”提出的回应

108. 从上文的讨论可以清楚看出，违背多边义务行为的主要受害者，与义务当事方并对义务的履行具有合法利益的其他国家有别。固然，在某些多边义务情况，可能没有特定的权利人或受害人。这也许确有其事，例如当事国不得排放过量氯氟碳化合物入大气层的义务。²⁰⁰ 这是一种纯粹一体性义务，永难证明与任何特定违背义务行动的关系，以及对任何特定当事国的影响。但另有一些其他的多边义务，主要权利人明显存在。例如，自决首先是有关人民的权利。但也是国家、特别是负责管理非自治领土的国家对所有国家承担的义务。²⁰¹ 不得使用武力侵犯别国领土完整或政治独立的义务，是一种对所有国家承担的义务，但特定受害者是被武装力量侵犯的国家。主要权利人是—人国家或不是一个国家的情况，还有一些其他例子。

¹⁹⁸ 瑞士所指出，见上文第 80 段。

¹⁹⁹ 见下文第 115 段。

²⁰⁰ 参看 1985 年 3 月 22 日《保护臭氧层维也纳公约》（《国际法律材料》（1987）26，1529）；1987 年 9 月 16 日《关于损耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》（《国际法律材料》（1987）26，1550）。

²⁰¹ 国际法院在《东帝汶案》中肯定此点，《国际法院案例汇编（1995）》，第 90 页（见第 102 页，第 29 段）。

109. 在一个国家是违背义务行为特定受害者的情况，“有关”国家的立场在某种程度上必须是辅助性或次要性的。例如，如果该国合法地同意原应构成违背多边义务的行为，该项同意即排除不法性。²⁰² 其他国家具有要求遵守义务的合法利益，因此它们有正当理由表示关切，确保这项同意是合法地作出的（例如没有胁迫或其他使之无效的因素）。但它们本身的同意不能排除不法性，例如埃塞俄比亚和利比里亚的同意不能排除南非对委任统治领土人民行为的不法性。同样的，国际法院在《尼加拉瓜案（实质）》中指出，第三国不能采取集体自卫行动，除非是应受害者（受武装攻击国家）的要求。²⁰³ 不过，有关使用武力的规则产生对所有国家承担的义务。这表示必须在违背多边义务行为受害者特定国家，与本身并非受害者但对遵守有关义务具合法利益的其他国家（因该项义务亦是对它们承担的）之间，加以区分。这些其他国家并不具有与受害国相同的权利，第 40 条现有案文简单地将这两类国家等同，不能令人满意。

110. 因此，除了区分有权依靠或援引多边责任的国家之外，可能还必须区分个别国家（同其他国家一起对遵守有关义务是有合法利益的国家）可以采取的各种行动方式。正因为法律上有权援引责任同类的国家很多，个别国家采取行动的方式可能必须加以区分，问题是如何区分。如果不加区分，很可能发生这样的情况：某一受害国选择接受赔偿而不要求恢复原状，另一受害国则坚持恢复原状；或者，第三个受害国坚持采取反措施，而违背义务行为的首要受害者却希望避免采取反措施，以防冲突加剧或无法经由谈判解决。许多国家政府对一种纯粹个别的和平行动的援引责任制度可能产生的混乱和冲突，纷作评论。²⁰⁴

111. 如果按照表 1，把国家分类为“具有合法利益”或“受害”国家，也许有帮助。有人认为，违背多边义务行为的受害国家，应该可以要求在一方面停止和赔偿，如这些要求被拒绝，则可采取合比例的反措施。该国并应有合法权利选择接受赔偿而非恢复原状，例如违背义务行为使今后履行义务对该国已无任何价值的情况。事实上，就援引责任而言，该国立场与双边关系中受害国（具有主观权利的国家）的立场相似。根据《维也纳公约》第 60 条第 2 款类推，“特别受影响”国家也应这样处理：它们本身的立场特别受到违背国际义务行为影响，因此在停止和赔偿方面给予它们相同的权利是合理的。²⁰⁵

112. 在大部分情况，只有一个或少数几个国家是这种意义的特别受害国，因此这些国家间的协调问题没有许多国家或所有国家都被视为受害国时的协调问题

²⁰² 见第 29 条；第二次报告，A/CN.4/498/Add.2，第 230-241 段。

²⁰³ 《国际法院案例汇编（1986 年）》第 14 页（见 105 页，第 199 段）。

²⁰⁴ 见上文第 77-80 段。

²⁰⁵ 两国的法律立场并非在一切方面都相同的。双边关系中的受害国可以全部放弃对违背义务行为的主张，并完全有权终止其中的法律关系；“特别受影响”国家则可能不能这样做，尽管它可以放弃违背义务行为对它所造成的后果。

那么困难。有人认为，不应在法律上规定必须协调或采取联合行动，最多象《维也纳公约》第 60 条第 2 款对特别受影响国家或一体义务受惠国家所作的规定就够了。协调回应可能是好的，但从定义上看，每一国家本身的法律情况和实际情况都受到影响，因此它们应可以自由地对违背义务行为作出回应。

113. 对于违背对所有国家或所有当事国承担的义务的行为具有合法利益的更广泛一类国家的立场，须要作较为不同的考虑。首先，承认所有这些国家有权抗议国际不法行为和要求其停止继续这一点，似乎并无困难，亦不会引起冲突。这是国际不法行为的最低限度后果。此外，所有这些国家似乎都应该可以坚持恢复原状，如果恢复原状是可能的而且不法行为的主要受害国并没有合法地放弃这种要求的话。另一方面，有一点不清楚，就是这些国家是否仅仅因为公认对履行有关义务具有合法利益，即有权自行要求赔偿或采取反措施。²⁰⁶

114. 特别是，无论根据第 60 条第 2 款类推或根据集体自卫类推，对于几个国家根据某种集体利益而非根据所受任何特定损害行事的情况，似乎有必要建立某种“集体反措施”制度。按照第 60 条第 2 款，非受违反多边条约行为（不涉及某项一体义务）特别影响的国家，不能个别地采取行动中止或终止条约；它们只能集体地这样做。至于国家在什么程度上可以为集体利益采取反措施的问题，应在第二部分之二考虑。如果它们可以这样做，则它们全体采取的行动似应集体适用比例原则。如果只有一个国家是主要权利人（按照国际法院在《尼加拉瓜案》中对集体自卫采取的态度），只有在该国提出要求时才可采取反措施。这同第二部分现有条款可能有所不同，因第二部分条款容许每个个别国家为集体利益采取反措施，而不考虑受害者或任何其他“受害国”的立场，或者这些反措施对目标国的累积影响。也许，在违背多边义务行为并无特别受影响国家的情况，所有其他当事国都可以要求停止和恢复原状，但进一步的集体措施必须得到主管国际组织准许，或须经有关国家间协议。²⁰⁷ 不过，第二部分之二不论采取何种解决办法，有一点似乎很清楚，就是首先必须区分不同类别的受害国和具有利益国家。拟议的重新考虑第 40 条并不能回答第二部分引起的所有问题。但至少应容许提出正确问题。

115. 如果按这些思路重新考虑第 40 条，还会引起一个问题。那就是，本文概述的更改是否足以处理全世界所有国家面对粗暴违背某些基本义务行为的情况（例如灭绝种族或侵略）。第 19 条没有明确解决的一个问题是，违背义务行为的严重程度与义务本身的基本性质并不等同。例如，某些孤立的酷刑行为没有理由须要

²⁰⁶ 在《温尔布登案》中（该案是一项对所有当事国承担义务案），法国要求赔偿其损失，其他三个国家则着重确立所争议的原则（亦即它们着重停止）。《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号（1923）。

²⁰⁷ 反措施可容许的程度问题，在本报告稍后会有讨论。

特殊地处理，但这也是灭绝种族行为。²⁰⁸ 似乎有理由容许对粗暴违背多边义务的行为采取反措施，而无须“受害国”一致同意。否则，被违背的义务越普遍性（例如对所有国家承担的义务），越难满足反措施的规定，因为须要同意这些措施的国家数目更大了。个别国家非为自己本身而为集体利益采取反措施时，确切门槛应如何规定，是一个难题。对目标国来说，这是一个“正当程序”问题，因为在采取集体反措施时，它对违背义务行为所负的责任可能仅仅断定，而非证明，因此很可能引起事实真相和有否理由的问题无从解决。需要采取某种措词，例如“严重并有可靠证据证明的违背义务行为”。

116. 国际法委员会首次探讨“受害国”概念的时候，特别报告员里普哈根先生评论说，“违背国际义务的行为越严重，越难找出客观的法律标准来确定对这种违背义务行为可以容许采取的回应方式”。²⁰⁹ 自那时以后，有一些新的惯例和一些相干的案例，但法律材料仍然很少。不过，似乎可以采用下文表 2，作为一个守势性纲要。如果能够以某种方式通过这个纲要，条款草案应可反映出各国基本的共同关切（特别是违反对所有国家承担的绝对性义务），但避免不当地准许第三国个别地对违背义务行为作出回应。

起草和位置问题

117. 首先，特别报告员对拟议重新考虑第 40 条，要寻求国际法委员会的原则性指示，这些问题显然对整个第二部分第二部分之二具有基本重要性。不过，为了方便对原则问题的讨论，兹在下文提出一个条文草案，以代替现有的第 40 条（暂不决定条文最后列在条款草案何处）。这个新条文确立表 1 所述的类别，但不处理这些类别的后果问题，因为那是第二部分之二第二章和第三章的问题。

118. 现阶段有两个问题：

(a) 一个单一的“受害国”概念？第一个问题是，条款草案究竟应至少正式保持一个单一的“受害国”概念，适用于表 1 和表 2 的述的一切类别损害和法律利益，抑或应在“受害国”与本身非受违背义务行为特别影响但具有合法利益的国家之间加以区分？为供讨论，拟议的第 40 条之二条文反映此种区分：

(b) 拟议条文的位置。第二个问题是，这个条文究竟应列在第二部分第一章，抑或应列在其他地方？这视以下情况而定：是否可能和适宜在表达第二部分较后条文更详细地规定的次要义务时，无须提到“受害国”概念。已经得到这样的结论：第一章现在规定的停止和赔偿基本原则，应以责任国义务的方式表达。特别

²⁰⁸ 除了禁止灭绝种族外，禁止侵略也许是第 19 条第 3 款所述的唯一规范，因为该款所述的每一项违背义务行为在性质上都是粗暴的。但首要的禁止规定是《联合国宪章》第二条第四项的规定，但并不以侵略为限，而“侵略”的定义仍未解决。按照大会的定义，对于每一情况显然必须在临时的基础上判断其严重性或非法性；参看 1974 年 12 月 14 日大会第 3314 (XXIX) 号决议，附件，第 2 条。

²⁰⁹ 里普哈根，初步报告，《1980 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第 128-129 页（第 97 段）。

报告员认为，最好在第二部分其余条文里也这样表达，亦即基本赔偿义务可以采取的方式依情况而定。如果这样，拟议的条文可以列在第二部分之二，作为援引责任的关键要素。的确，把这个条文列在第二部分之二，可能使人认为，这是默认从法律观点而论，违背国际义务行为使不同国家受不同影响或引起不同关切，因此，可以容许的回应范围，亦必然不同。

表 2

受不同影响的国家可以援引国家责任的法律后果程度

	双边义务		多边义务 ^a	
	受害国	“特别受影响国家” ^b	对所有当事国承担的义务 ^c	对所有国家承担的义务
停止(和承诺及保证) ^d	可	可	可	可
恢复原状	可	可	代表受害国/特别受影响国家；或经当事国间协议	代表受害国/特别受影响国家；或经当事国间协议
赔偿和满足	可	可	代表受害国/特别受影响国家；或经当事国间协议	代表受害国/特别受影响国家；或经当事国间协议
反措施(按照第47-50条规定的条件)	可	可	代表受害国/特别受影响国家；或经当事国间协议	代表受害国/特别受影响国家；或经所有国间协议；但在确实证明严重违背义务行为情况，可个别进行

^a 要注意的是，同一国家可能受同一违背义务行为不同的损害或影响，类别重叠：见上文第106段。

^b 如上文第106段所解释的，本类包括：(a) 经确定为有关义务首要受害者或违背义务行为首要受害者的国家(第40条第2款(e)项(一)目)；(b) 特别受违背多边义务行为影响的其他当事国(《维也纳公约》第60条第2款(b)项)。

^c 在解释上，这包括对所有当事国平等承担的特定义务情况。第40条第2款(b)项(三)目和(f)项草案所涵盖的情况即为一例。

^d 这至少包括主管法院或法庭对违背义务行为的宣告权。

6. 第二部分第一章结论

119. 为了这些理由，第二部分第一章应重拟如下：

第二部分

国家国际不法行为的法律后果

第一章 一般原则

第 36 条

国际责任的内容

一国实行的国际不法行为依照第一部分的规定引起的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

第 36 条之二

停止

1. 本条款草案所规定的国际不法行为法律后果不影响有关国家继续履行国际义务的责任。
2. 犯下国际不法行为的国家有义务：
 - (a) 国际从事一项持续性的不法行为时，应立即停止该行为；
 - (b) 提供不再犯此行为的适当承诺和保证。

第 37 条之二

赔偿

1. 犯下国际不法行为的国家有义务就该行为产生的后果作出充分赔偿。
2. 充分赔偿应按照以下条款的规定，单独地或合并地以恢复原状、赔偿和满足方式，消除国际不法行为的后果。

[第 38 条²¹⁰

国际不法行为的其他后果

对于本部分条款未列述的国家国际不法行为的法律后果，应继续适用国际法可适用的规则。]

第 40 条之二²¹¹

一国援引另一国责任的权利

²¹⁰ 为了第 65 段所述的理由，特别报告员怀疑这项规定是否有价值，所以将之列在方括号内。

²¹¹ 这些关于损害和合法利益的规定，在其后关于国家国际不法行为责任各种次要后果的条文中都须参照采用。这最好另立一个单独的部分，专门处理援引国家责任的权利，所以第 40 条之二的位是临时性的。

1. 为本条款草案的目的，一国在以下情况受另一国国际不法行为的损害：
 - (a) 被违背的义务是个别地对它承担的义务；或
 - (b) 有关义务是对整个国际社会（所有国家）或对该国为其中一员的国家集团承担的义务，而违背义务：
 - (一) 特别影响该国；或
 - (二) 必然影响该国享受其权利或履行其义务。
2. 此外，为本条款草案的目的，一国在以下情况对履行其为当事一方国际义务具有合法利益：
 - (a) 该义务是对整个国际社会（所有国家）承担的义务；
 - (b) 该义务的建立是为了保护包括该国在内的国家集团的集体利益。
3. 本条不妨碍任何人或国家以外的实体因一国犯国际不法行为而直接取得的任何权利。
