



大会

Distr.
General

A/CN.4/498/Add.4
19 July 1999
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第五十一届会议
1999年5月3日至7月23日，日内瓦

关于国家责任的第二次报告

特别报告员：詹姆斯·克劳福德先生

增 编

目 录

段 次

D. 第一部分第五章和第二部分第三章中规定的反措施

1. 对第二章中反措施处理方式的反思

 (a) 各国政府的评论

 (b) 与反措施有关的法律和实践方面的动态

 (c) 第 47—50 条引起的某些问题

 (一) 争端解决和条款草案的形式

 (二) 兼顾“受害”国和“目标”国

2. 总结论

 (a) 委员会可采取的做法

 (b) 第 30 条的拟订

二、审查第一部分条款草案(续)

D. 第一部分第五章和第二部分第三章中规定的反措施

357. 第一部分第五章内第30条载述其他国家根据国际法针对国际不法行为采取“合法”反措施的行为。它规定解除这种反措施行为的不法性，因此这种行为不致引起任何责任。⁶⁸⁵ 在一读通过的条款草案中，第35条强调了这一点，它保留就第五部分中另一些条文所述行为引起的实际损害要求补偿的可能性，但这种损害不包括反措施或自卫引起的损害。⁶⁸⁶

358. 委员会后来在研讨条款草案第二部分时，阿兰焦—鲁伊斯先生就这个问题作了详尽的报告，比较详细地载述了反措施。⁶⁸⁷ 有关的条款草案载于第二部分第三章，这些条款草案是进行了实质性辩论以后才通过的，某些情况下在全体会议上进行了表决。⁶⁸⁸ 这些条款包括第47—50条。这些条文也需要放在第三章一争端的解决的范围内进行解读。

反措施的含义

359. 根据第47条第1款，反措施是指“受害国不遵守对实行了国际不法行为的国家的一项或多项义务”。其目的是促使后一国家(下称目标国)遵守停止不法行为的义务和赔偿的义务，只要上述义务仍未得到遵守而“鉴于对受害国之要求的任何反应认为仍有必要”，即可采取反措施。因此，就其目的而言，认为反措施基本上是为了补救，而不是为了惩罚，但也没有对可能为反措施所忽视的义务施加任何特定的限制。具体地说，特别报告员早先研拟的“对应措施”概念并没有获得通过。⁶⁸⁹

360. 第30条已经明文规定：反措施只在受害国和实行了国际不法行为的国家之间关系上解除不法性。就涉及第三国的含义来说，对A国采取的反措施不能作为“违背对第三国某项义务”的理由。反之，对某一第三国、或对任何第三国采取反

⁶⁸⁵ 见上文第242段。

⁶⁸⁶ 见上文第303段。

⁶⁸⁷ 见阿兰焦—鲁伊斯先生，第三次报告，《1991年……年鉴》，第二卷，第一部分，p.1，第四次报告，《1992年……年鉴》，第二卷，第一部分，p.1。

⁶⁸⁸ 见《1993年……年鉴》，第二卷，第二部分，p.11；《1994年……年鉴》，第二卷，第二部分，p.136；《1995年……年鉴》，第二卷，p.43；载于p.61，第339段。

措施的间接影响或因而产生的影响不涉及对任何义务的自主违背，不适用本项但书。

361. 第48—50条对反措施的采取规定了一些限制和条件，这是为了避免滥用反措施，规定只有为了第47条所指明的目的才允许采取反措施。这些限制和条件是实质性的，也是程序性的。在一读期间就反措施进行辩论时，程序问题实际上引起较大的争论。

对反措施的实质性限制

362. 作为一般国际法事项已经充分确定的第一个实质性限制是相称。在第49条中作了负面表述：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”。在“国际不法行为的严重程度”和“对受害国的后果”之间使用“及其”一词表示就此而论，两者都是有关的。

363. 第50条的标题是“禁止采取的反措施”，其中清楚地说明了另一些实质性限制。其中有些限制是不言而喻的。反措施可能不涉及“联合国宪章所禁止的武力威胁或使用武力”（第50条(a)款)或“违反一般国际法强制性规范的其他行为”（第50条(e)款)。反措施可能也不涉及“减损基本人权的任何行为”（第50条(d)款)。因此把使用武力的交战报复行为排除在外。另一项具体禁止的行为是“侵犯外交或领事人员、馆舍、档案之不可侵犯性的任何行为”（第50条(c)款)。但是没有具体地排除违反国际人道主义法规范的行为。

364. 此外，第50条(b)款禁止“旨在危害实行了国际不法行为国家领土完整或政治独立的极端的经济或政治胁迫”。在这里，“极端”一词意味着即使是普通的反措施也可能是胁迫性的，因为其目的在于促使目标国遵守其国际义务，可能由于：按照反措施的定义，它应该是胁迫性的。

365. 条款草案不处理可以藉有关义务以明示或暗示的方式排除反措施的情况。对于不可减损的人权，就没有必要这样处理，因为第50条(d)款已经用广义的措词加以涵盖了。但是属于国际法院对“彻底克制的义务”所作说明之范围的义务也可能被视为以明示或暗示的方式排除反措施。⁶⁹⁰的确，“彻底克制义务”的表述是

⁶⁸⁹ 见上文第323段。

⁶⁹⁰ 见上文第299段。

为了对自卫行动施加限制，但是这个同样的概念看来更有理由适用于经由反措施采取的行动。

采取反措施的程序条件

366. 第48条阐明了采取反措施的程序后果。第48条在最后通过的形式中区分了“临时保护措施”和“全面的反措施”，受害国可能在目标国实行了国际不法行为以后立即采取临时保护措施，但在采取反措施以前必须为解决争端履行了第54条中所规定的谈判义务。委员会在就反措施进行辩论的后期进行了表决，以微小多数通过一项决议，要求以谈判作为采取反措施的必要先决条件，这才提议对两者进行区分。⁶⁹¹ “临时性保护措施”的定义是“为维护其权利所必需、而且符合本章之规定的临时性保护办法”。这个措词的含义不是很明确，因为第47条规定所有反措施都必须是合法的、为确保受害国根据第41—46条要求停止不法行为和要求赔偿的权利得到尊重而有其必要、在那种情况下，所有反措施，顾名思义，都是为“维护”受害国的“权利”而有其“必要”的了。虽然，用于载述的字数不多，“临时措施”似乎是受害国在谈判失败的情况下为维护其权利采取的必要措施。其用意显然是允许受害国立即采取措施以免有关物品被迁离该领土因而失去采取反措施的案由。这种实例包括冻结资产或银行存款或扣留船舶或飞机。“临时性保护措施”明显地暗示了司法措施，例如《国际法院规约》第41条第1款和《联合国海洋法公约》第290条中所提到的措施。但是，虽然两种情况之间有某种类比存在，这种类比并不密切。第48条涉及一国自行承担风险针对不法行为采取单方面措施的情况，这种措施本身本来应该属于国际不法行为。国际法院或法庭下令采取或指示的临时措施，按照其定义来说，并不是单方面措施，很难说是授权受害国采取本来不符合缔约国国际义务的行为。第48条第1款中所拟议的“临时性保护措施”接近于国内法中留置权持有人可能采取的那种单方面扣押。

367. 假设已经举行谈判但没能解决争端，第48条规定可以随即全面采取第三章其他条文所容许采取的反措施。其后，解决争端措施可以与反措施同时进行，而不再是采取反措施的必要先决条件。但是，这一条接着规定：采取反措施的受害国

⁶⁹¹ 见《1996年……年鉴》，第一卷，p.171。

应履行第三部分所规定的解决争端义务，或对受害国和目标国具有约束力的任何其他正式生效的解决争端义务(第48条第2款)。为了说明这个制度的功能，必须概要叙述第三部分(其标题为“争端的解决”)的各项规定。

368. 第三部分规定了一个三阶段程序。第一阶段由调解委员会进行调解(见第56—57条和附件一)。如果没有任何一方将争端提交调解，或未能在六个月内就调解委员会的报告协议解决，当事方可将争端提交仲裁(见第58—59条和附件二)。双方可对仲裁效力提出异议：除非当事方在三个月内在另一些法院达成协议，这种异议应向国际法院提出(第60条)。因此，根据第三部分，仲裁通过是以当事方的同意为转移，但是如果他们同意，他们的同意也附带表示同意就仲裁结果之效力的任何争端，接受国际法院的强制管辖。

369. 但是，第58条第2款对反措施作了特别规定：

“2. 但是在本条款的缔约国中有一个对另一国采取反措施因而发生争端的情况下，受到反措施的国家有权在任何时候单方面将争端提交遵照本条款附件二设立的仲裁法庭。”

这是条款草案中为强制解决争端所规定的唯一条文，只有在其中一国对另一国采取了反措施以后才引起需要提交仲裁的问题。显然，它回避了调解委员会的程序。第2款没有精确地界定哪些是需要提交仲裁的“争端”。它似乎包括对(指称的)国际不法行为的潜在争端，也就是导致采取反措施的争端。但是，它是否包括(实际上很可能发生的)任何相因而生的争端呢？例如：根据第三章的规定，反措施是否合法呢？换言之，“争端”是否包括下列问题：反措施是否与不法行为相称？是否第50条所禁止采取的反措施？采取反措施之前是否确曾谈判？如果不曾谈判则所采取的措施是否属于第48条第1款所指的“临时措施”？每一种看法都可能根据案文加以辩护。按照狭义的看法(也就是认为争端限于国际不法行为所引起的潜在争端)，一旦采取了反措施，马上就引起解决争端的义务了，但是反措施是否合法的问题可能取决于随后发生的事实，例如，受害国的反措施与不法行为的后果不相称的问题。按照广义的看法，则只有实际采取了反措施以后才将争端提交仲裁：此外，未经查验受害国采取的反措施是否不法行为就要求目标国就其行为的不法性问题提交仲裁，未免不公平而且不够稳妥。广义的看法可能比较可取。但是，对于仲裁义务的范围来说，总是有其限度的。例如，这个范围似乎不能扩大到容许目标国可能就潜在的争端对受

害国提出反诉的地步。

370. 第48条进而节制可以在提交仲裁以前维持反措施的程度。第48条第3款规定，“当”目标国“确已”在仲裁程序中进行合作时，应暂不采取反措施。但如果目标国未能遵守法庭的要求或命令，例如采取临时措施的命令或要求，则暂不采取反措施的义务应予终止，而且显然不会恢复(见第48条第4款)。只有当目标国停止了国际不法行为以后，才适用上述规定，也就是说，上述规定不适用于目标国不曾停止的持续进行的不法行为。上文曾经论述了正在持续的和已经完成的不法行为的区别，并且从原则上予以认可。⁶⁹² 实际上，是否不法行为在一定程度上取决于受害国提出其要求的方式，所以第48条第3款规定的暂不采取反措施的要求在许多情况下可能不适用。

涉及第19条中所界定之“国际罪行”的反措施

371. 第二部分第四章的标题是“国际罪行”，其中阐述了第19条中所界定的国家之国际罪行的特定后果。已经分析了与所界定罪行概念的严重性形成反差的极小后果。⁶⁹³ 第四章修改了第二章中所载的两项限制，⁶⁹⁴ 它在适度范围内拟定了涉及“国家罪行”的特定赔偿办法。但是它没有在涉及第三章的范围内作任何此类修改，因此，根据本条款草案的规定，国家罪行在反措施方面并没有任何特殊的加重后果。的确，根据第40条中对“受害国”所下的定义，“所有国家”都是某一罪行的受害国，因此，所有国家都有单独要求赔偿或针对罪行采取反措施的权利。但是，本条款草案并没有载述许多国家针对被称为“罪行”的不法行为采取反措施的可能后果，或许第53条(d)款是个例外，它规定：“各国在援用旨在消除罪行后果的措施时应与其他国家合作”。看来，第48条所规定的相称是由受害国和目标国在双边的基础上判断的，所以，并没有任何办法可据以评估通过“集体反措施”采取的行为的通盘相称性。但是，这是“受害国”含义范围的比较广泛的影响，第40条对所有受害国一视同仁，不管国际不法行为是否与它们有具体关系或它们是否基于公共利益针对严重违背国际法或侵犯人权的行为采取相应行动。

⁶⁹² 见上文第93-113段。

⁶⁹³ 见本特别报告员的第一次报告，A/CN.4/490，第51, 84-86段。

372. 委员会于1998年决定暂时搁置国家罪行概念并且决定探索“本条款草案中对普遍义务、强制性规范(绝对法)和可能存在的一种最严重违背国际义务的行为的有系统发展足以解决第19条所引起的问题”。⁶⁹⁵

1. 对第二部分中反措施处理方式的反思

373. 据提议，将在本节中审查第二部分中反措施处理方式引起的若干一般性问题。在现阶段，需要就两个主要问题作出决定：(1) 是否保留对反措施的处理方式？(2) 鉴于第二部分的地位和本条款草案的形式本身尚未解决，应该如何处理反措施与解决争端之间的外在联系？还有一个在讨论第一部分第五章时搁置的相因而生的问题，也就是如何精确拟订第30条的问题。

(a) 各国政府的评论

374. 各国政府提出的评论有的具有一般性质有和具有特殊性质。无论它们的目的和内容为何，都明确地显示各国认为反措施是国家责任条款草案中的关键问题。

375. 在一般层面上，有些政府着重指出：第二部分中反措施的处理方式所强调的是解决争端，意味着本条款草案必须采取公约的形式。在这一点上，德国政府指出，“本条款草案的形式将对第三部分(争端的解决)产生影响，并且进而对第二部分(反措施)也产生影响。”⁶⁹⁶

376. 一些政府也对解决争端办法与反措施措施之间的关系表示关注。在这方面，对第58条第2款提出了具体批评：虽然有些政府赞成予以保留，⁶⁹⁷ 另外有许多政府则指出，该条款“可能鼓动一国采取反措施以迫使另一国接受提交仲裁的办法。”⁶⁹⁸ 这种规定不符合需要对诉诸反措施的情况施加限制的要求。的确，该条款可能引

⁶⁹⁴ 见第51条，其中提到第43条(c)款和(d)款以及第45条第3款中所载的限制。

⁶⁹⁵ 见国际法委员会报告(1998年)，第128页，第331段。

⁶⁹⁶ A/CN.4/488, p.24, 也参见意大利(A/CN.4/488/Add.2, p.7)和新加坡(提到世界贸易组织的程序；A/CN.4/488/Add.3, pp.3-4)

⁶⁹⁷ 见瑞士A/CN.4/488, pp.144-145和德国(A/CN.4/488, pp.149)的评论。阿根廷认为，“应该将反措施和强制仲裁视为一个硬币的两面”(A/CN.4/488/Add.1, p.9)。

⁶⁹⁸ 载录法国所用的词句(A/CN.4/488, p.149)。也参见墨西哥和联合王国的评论(同上，

起“一定程度的不均衡，因为不法行为国有将案件提交仲裁的权利，而在就不法行为国的责任发生原先的争端时，受害国反而没有了这项权利。”⁶⁹⁹ 有些政府提出要求说，如果不予删除，⁷⁰⁰ 起码也应该仔细重新审议。

377. 本增编的职责并不是为第二部分中有关反措施的每一个条文提出建议，但是应该概述已经收到的具体评论的要旨，⁷⁰¹ 主要由于这些意见不仅涉及条文的内容，还影响到条文在整个草案中的位置。

378. 有的政府赞成委员会采取通盘着手方式，有的则对这种方式提出质疑。就前者而言，德国认为草案中的有关条文“总的说来，在受害国与反措施目标国的权利和利益之间保持了审慎的均衡。”⁷⁰² 就后者而言，一些批评和关注呈现了不同的、有时的确相反的观点。例如，美国针对反措施的使用，“认为本条款草案载列了缺乏支持的限制”，⁷⁰³ 因此认为委员会应该“删除或大事修改”对反措施之使用的“限制”。⁷⁰⁴ 反之，阿根廷要求委员会仔细地重新审议这个专题，以便取消对反措施之合法性的假设，为此规定：虽然各国在情节特别严重的一些情况下无权使用反措施，反措施的使用并不是合法的。”⁷⁰⁵ 另一些国家认为，反措施引起的问题“在专家的议坛上研讨比较适当”⁷⁰⁶ 或者应由委员会在一份专门研究报告中加以论述，因此它们支持将第47—50条全部删除的意见。⁷⁰⁷ 但是，意大利和另一些国家强烈反

pp.149-150)。

⁶⁹⁹ 丹麦以北欧国家的名义提出的评论(A/CN.4/488, p.149)。也参见美利坚合众国(A/CN.4/488, p.123)和日本(A/CN.4/492, p.17)的评论。

⁷⁰⁰ 墨西哥的建议(A/CN.4/488, p.149)。

⁷⁰¹ 已经在对特定条文提出的评论中提到对第30条的意见(本报告, Add.2, p.16, 第246-247段)。

⁷⁰² A/CN.4/488, p.115。也参见捷克共和国(同上, p.114)、蒙古(同上, p.116)和日本(A/CN.4/492, p.15)的评论。

⁷⁰³ A/CN.4/488, p.29。

⁷⁰⁴ A/CN.4/488, p.116。

⁷⁰⁵ A/CN.4/488/Add.1, p.8。参见捷克共和国的评论(A/CN.4/488, p.114)。

⁷⁰⁶ 新加坡的评论(A/CN.4/488/Add.3, p.5)。

⁷⁰⁷ 法国和联合王国反对这项意见，它们对目前第30条的案文感到满意，见A/CN.4/488, pp.22,83,115(法国)和A/CN.4/488, pp.83,116(联合王国)。

对这种意见，认为反措施制度(例如采取反措施的条件和禁止采取的反措施)极为重要，应予编纂。”⁷⁰⁸

379. 无论各国政府对条款草案中反措施的适当处理方式的立场为何，它们也对相关的一些具体问题表示了意见。其中包括：

- 区分反措施和第 48 条第 1 款中所指临时保护措施的实际困难；⁷⁰⁹
- “所采取的措施是否应该涉及或与被侵犯的权利有一些连结关系的关键问题”；⁷¹⁰
- 在违背多边或普遍义务的情况下可能发生“集体措施”⁷¹¹ 和反措施的情况；⁷¹²
- 就反措施制度区分罪行和不法行为的潜在作用，⁷¹³ 更概括地说，就是应不应该将反措施设想为具有处罚作用的问题；⁷¹⁴
- 第三国的立场；⁷¹⁵
- 反措施对目标国经济状况⁷¹⁶ 和人权⁷¹⁷ 的影响；

⁷⁰⁸ A/CN.4/488, Add.2, p.5。也参见爱尔兰的评论A/CN.4/488, P.115。

⁷⁰⁹ 下列各国对这一点特别关注：爱尔兰(A/CN.4/488, p.120)、德国、联合王国和美国(同上, p.122)和日本(A/CN.4/492, pp.15-16)。相反的论点参看阿根廷的评论(A/CN.4/488/Add.1, p.8)。

⁷¹⁰ 新加坡的论点(A/CN.4/488/Add.3, p.5)。

⁷¹¹ 日本的论点(A/CN.4/492, pp.11-12)。

⁷¹² 见联合王国的论点(A/CN.4/488, p.116)。

⁷¹³ 参见蒙古(A/CN.4/488, p.116)和希腊(A/CN.4/492, p.15)的论点。

⁷¹⁴ 见两种不同的意见：第一种是丹麦以北欧国家名义发表的论点(A/CN.4/488, p.114)和爱尔兰(A/CN.4/488, p.118)的论点，另一种是法国(A/CN.4/488, p.115)的论点。

⁷¹⁵ 丹麦以北欧国家的名义发表的论点(A/CN.4/488, p.118)和新加坡的论点(A/CN.4/488/Add.3, p.6)。

⁷¹⁶ 爱尔兰、瑞士、联合王国和美国(A/CN.4/488, p.130)、新加坡(A/CN.4/488/Add.3, p.6)和日本(A/CN.4/492, p.16)的论点。

⁷¹⁷ 爱尔兰(A/CN.4/488, p.126)，联合王国、美国(A/CN.4/488, p.132)以及日本(A/CN.4/492, p.16)的论点。

- 反措施对于加剧国家间不平等程度的影响，因为采取反措施“对大国有利。”⁷¹⁸

(b) 与反措施有关的法律和实践方面的动态

380. 阿兰焦——鲁伊斯先生的第三次和第四次报告对反措施方面的法律和文献作了详细评述，因此，目前无需再次讨论这些法律和文献。但是，自委员会完成条款草案的一读以来，国际法院首次审议了这一问题，国际法院对该问题的处理具有特殊意义。

381. 国际法院在审理“Gabcikovo Nagymaros 项目案”时，必须裁定“备选计划 C”是否合法，该方案是指单方面将多瑙河改道，使其流往 Gabcikovo 发电厂。⁷¹⁹捷克斯洛伐克是在匈牙利拒绝进行依据 1977 年条约分配给该国的工程之后采取这项行动的，前者提出了一些理由，但未明确指出“备选计划 C”的执行是一项反措施。斯洛伐克在国际法院作陈述时，也“未将反措施作为主要理由，因为该国认为“备选计划 C”不属于不法行为，但该国确实表示，“备选计划 C”可作为对匈牙利的不法行为的一项合理的反措施。⁷²⁰ 法院裁定，匈牙利拒绝继续进行上述工程属于不正当行为，但“备选计划 C”本身属于一种国际不法行为；法院接着考虑是否可将“备选计划 C”视为一项反措施这一问题。法院提及正当的反措施须具备的两个条件，这两个条件从具体情况来看是符合的：

“正当的反措施须符合某些条件……首先，这项反措施必须是在另一国犯下一项不法行为之后采取的，而且必须针对该国。“备选计划 C”虽然并未主要作为一项反措施提出，但显然，该计划是在匈牙利中止并放弃工程项目之后采取的行动，并且是针对该国的；法院认为，同样清楚的是，匈牙利的行为属于国际不法行为。其次，受害国必须曾要求犯有不法行为

⁷¹⁸ 丹麦以北欧国家的名义发表的论点(A/CN.4/488, p.115)、阿根廷(A/CN.4/488/Add.1, p.7)和新加坡的论点(A/CN.4/488/Add.3, p.6)。

⁷¹⁹ 关于详细实情，见上文 103-104 段。

⁷²⁰ 《1997 年国际法院报告书》p.3, 第 82 段。

的国家中止其不法行为,或为此种行为作出赔偿。案件的实际情况表明……捷克斯洛伐克曾多次要求匈牙利重新履行条约义务。”⁷²¹

然而,法院裁定,捷克斯洛伐克的行为不符合第三项标准,即相称性标准,因而属于不法行为。

“法院认为,一个主要考虑是,在顾及所涉权利的前提下,反措施的效果必须与遭受的伤害相一致……法院认为,捷克斯洛伐克单方面取得共享资源的控制权,从而剥夺了匈牙利公平、合理地分享多瑙河自然资源的权利——这些水体的改道对 Szigetkoz 这一沿岸地区的生态有着持续影响——因而未能遵守国际法规定的相称性标准……法院因此认为,捷克斯洛伐克对多瑙河进行的改道不是一项合法的反措施,因为这一行为违背相称性原则。所以,法院无需再看衡量某项反措施是否合法的另一项条件,即反措施的目的必须是促使犯有不法行为的国家履行其在国际法之下的义务,而且这项措施必须是可予撤销的。”⁷²²

382. 因此,国际法院在不涉及第 50 条中被禁止的反措施问题的双边情形中,认可了反措施法的以下四个显著要素:(a) 反措施必须针对一种不法行为而采取;(b) 采取反措施之前,受害国必须要求不法行为国遵守有关义务;⁷²³ (c) 反措施必须具有相称性,即“在考虑到所涉权利的前提下,与遭受的伤害相一致”;(d) 反措施的目的必须是“促使不法行为国履行国际法之下的义务,而且这项措施必须可予以撤销”。具体而言,国际法院接受第 47 条所依据的反措施概念,以及相称性规定(同时对后者作了有益的澄清,并且采取了比第 49 条的措词所示的严格的做法)。法院采用略微不同的办法处理第 48 条所涉的先前谈判问题,这一途径值得进一步研究,以确定能否替代现有提法。法院的立场总的来说是均衡的。一方面,法院不怀疑反

⁷²¹ 同上,第 82-84 段。国际法院为支持关于反措施法的陈述,大致提及了“尼加拉瓜”案判决书,《国际法院 1986 年报告书》p.127,第 249 段;“美法空军仲裁”案(1978),18, UNRIAA pp.443 和随后几页,以及国际法委员会的条款草案第 47-50 条。

⁷²² 同前,第 85、87 段。法院提及了各方在控制国际水道水体方面拥有平等权利的重要性,还指出,匈牙利是在一个联合项目而不是单方面改道的框架内同意将多瑙河改道的。

⁷²³ 法院未提及任何先前谈判规定,不过在该案中,双方曾进行过大量谈判。

措施可能用来为原本属于不法行为的行为提供依据，使此种行为变得“合法”（而不是“正当”，第 30 条采用了这一措词，但判决书中未予采用），而且，法院认为，反措施属于国家责任范围。另一方面，法院以委员会先前的工作为基础，为合法的反措施制定了较为严格的、累积的规定，并将其严格适用于案件的实际情况。

(c) 第 47-50 条引起的某些问题

383. 迄今为止对第 47-50 条进行的审议表明，有些问题条款草案仍未加以解决，尤其是程序问题。但这不应当掩盖这些条款草案作为拟订管理反措施这一做法的国际法规则的首次尝试所具有的意义。反措施这一做法现已相当普遍，它与国家责任问题直接相关，人们担心，反措施可能被滥用。委员会在拟订第 30 和第 47-50 条时，就一些关键问题达成了一定程度的一致意见，如在哪些先前的做法和裁定不确定或有含糊之处这一问题上。具体而言，委员会似乎普遍接受以下几点：

- 只有针对在法律和事实上属于国际不法行为的行为采取的反措施方案视为正当措施。“受害”国对不法行为的认定不能作为充分依据。因而，“受害国依据对局势的单方面估计而采取反措施的，将自己承担风险，并且可能因估计失误而采取的不法行为而引起责任”。⁷²⁴
- 反措施不限于相同或相关义务方面的“相互”措施。这样就能更清楚地地区分反措施和 *exceptio inadimpeti contractus* 的适用。⁷²⁵
- 相称性原则是限制反措施的采取的一个主要因素。国际法院就该原则的适用提供了进一步指导，提及了“相当性”这一概念，还提到了反措施的效力应当尽量可予撤销这一规定。⁷²⁶
- 反措施的目的，是促使目标国停止其不法行为，并提供适当赔偿。

上文概述的政府的评论就第 47-50 条的拟订提出了一些具体意见。这些论点多数都可在对案文或评注的具体改动中得到体现：这一问题将由委员会第 52 届会议加

⁷²⁴ 第 47 条第(1)款评注。“空军仲裁”案(美国/法国)中的先前与此相反的意见因而并不反映国际法。

⁷²⁵ 见上文第 322-323 段。委员会决定推迟对 *exceptio* 的审议，直到就反措施条款的内容和拟订得出结论。

⁷²⁶ 见上文第 381 段。

以处理，目前设想委员会决定保留第 47-50 条中的反措施详细条款。但有两大问题引起了普遍关注，应在这一初步阶段加以处理。

(一) 争端解决和条款草案的形式

384. 反措施条款拟订方面的一个关键问题，是反措施的采取与强制仲裁之间的明确联系。现有条款起草时依据的设想是：条款草案将作为一项公约，而不是作为大会决议所附的一个宣言被通过。正如许多政府指出的，这是一个有争议的设想，而且不论如何，委员会尚未决定以何种形式将条款草案推荐给大会。如果涉及任何具体问题(如反措施)的案文设想在条款草案的形式方面只有一种解决办法可供采用，那么目前似乎不宜提出此类案文。

385. 另外，将反措施与争端解决挂钩存在着具体麻烦，这使得此种联系出现疑问，不论对条款草案的形式这一点问题采取何种立场。这些问题涉及“临时措施”和反措施的总制度。

386. “临时措施”概念在最后一刻被纳入第 48 条，以及术语方面存在的问题等，已经得到提及。“临时措施”一语容易使人产生误解，而且这一概念不起任何作用，因为它没有为区分“临时”反措施和其他类型的反措施规定任何标准。所有反措施都是为了使目标国停止不法行为并提供赔偿，从而保护受害国在这方面的权利。所有反措施都属于手段，因而其效力应当尽可能予以撤销——正如国际法院在审理 *Gabcikovo-Nagymaros* 案时所认定的那样。⁷²⁷ 从这一重要意义上说，所有反措施都属于“临时”措施，这些措施设想通过解决基本争端使关系正常化。⁷²⁸ 因而第 48 条第二句用一个可能引起误解的词语来表示一个迄今为止未予界定的概念，该条款显然需得到重新审议。一个简单的办法是采用国际法院的规定，即在采取反措施之前，受害国必须至少曾要求不法行为国遵守有关主要规则或提供赔偿。

387. 关于反措施的总制度，这里的立场至少也是有疑问的。从某种意义上说，将采取反措施同诉诸仲裁挂钩可视为具有进步意义，视为一个调和旧的“报复”制度的步骤，视为有助于和平解决国际争端。《维也纳条约法公约》曾例外地将第三方

⁷²⁷ 同前。

⁷²⁸ 还见 J·Crawford, “Counter-measures as Interim Measures” (1994)5 *European Journal of International Law* p.65.

强制解决与强制规范(jus cogens)的采用挂钩，以作为条约无效的依据。⁷²⁹ 这一程序从未被采用过，但可视为旨在维护条约关系的稳定。⁷³⁰ 而将反措施同强制仲裁挂钩却存在严重缺陷，而且可能引起不稳定。主要问题在于：在反措施采取之后，只有目标国才有权发起强制仲裁，这就使两个争端者处于不平等地位，这是无论用哪项原则都难以解释的。为何据称犯有国际不法行为的国家应当有资格要求受害国将争端交付仲裁，而受害国却没有此项权利？因此，一个寻求第三方解决争端的受害国就会愿意采取反措施(也许甚至是过分的反措施)，以促使目标国发起仲裁。国际法应当不鼓励采用反措施，但在这方面，条款草案可能势必会鼓励采取反措施。条款草案采取慎重做法，未在国家责任方面要求将争端交付第三方司法解决，但由于原则上可针对国际义务的任何违反采取反措施，第 58 条第(2)款的作用可以说是通过不恰当的途径、并以不平等的方式推行此种做法。另外，通过提及反措施的采取而触发仲裁义务还存在技术性问题：例如，一国如不愿将其行为定为反措施，就可能因此逃避这项义务，⁷³¹ 在诸如反要求等问题方面也存在着麻烦，现有案文未对反要求作出规定。⁷³² 出于所有上述原因，特别报告员坚持认为，采取反措施与强制仲裁之间的联系不应当保留。

(二) 兼顾“受害”国与“目标”国

388. 受到普遍关注的第二个问题，是反措施意味着的事实上的不平等，因为几乎从定义上看，最强大的国家将在采取反措施方面有最大的余地和能力。正是出于这一考虑，委员会一读提出已采取反措施情况下的强制仲裁特别制度。但是，表示此种关切的国家普遍不赞同应从条款草案中删去反措施这一看法。具体而言，特

⁷²⁹ 见 1969 年《维也纳条约法公约》第 53、64、66 条。在这一情形中，与争端解决的联系不是由国际法委员会确定的，而是由维也纳外交会议确定的。

⁷³⁰ 这里有相互矛盾之处：一方面规定条约各方不能偏离关系到整个国际社会的某些强制规范，否则条约就无效；另一方面又规定只有条约各方才能对无效条约提出质疑。

⁷³¹ 国际海洋法法庭在审理 MV Saiga (Application for prompt Release) 一案时，出现了一个类似的问题：见该法庭 1997 年 12 月 4 日的判决书第 72 段，法庭在判决书中裁定：“在面临意味国际法遭到违反的法律区分和避免此种含意的区分之间的选择这一情况下，法庭必须选择后者。”法庭在这一问题上意见不一，12 票赞成，9 票反对。

别报告员认为，要将第 30 条删除，除非“放弃编纂”国际法。不过，如第 30 条获接受，就有必要为反措施的采取规定恰当的限制，尤其有必要规定反措施与停止和恢复原状的关系。这是条款的一项恰当任务，因为如果委员会现在不愿完成这项任务，势必会使采取反措施的能力所固有的不平等问题更加突出。

2. 总 结 论

(a) 委员会可采取的做法

389. 概括而言，委员会在处理反措施方面似乎有以下做法可以选择：

- (1) 基本保留目前的第 30 条，但删去第二部分对反措施的论述；
- (2) 不在第二部分讨论反措施，而是将反措施的法律制度的许多内容纳入第 30 条；
- (3) 遵循现有案文的做法，在第二部分对反措施作大量论述，包括论述与争端解决的联系问题(但不妨碍就具体条款提出的其他问题)；
- (4) 在第二部分论述反措施，讨论对第 47-50 提出的各种评论意见，但不讨论与争端解决的任何具体联系问题。

390. 特别报告员倾向于采用第四种做法。针对国际不法行为采取反措施这一专题，通常认为属于国家责任领域，而且，人们总是设想该专题将被列入条款草案第二部分。第 47 条确立的反措施与停止不法行为及赔偿之间联系很有用，而且总的来说，关于反措施的规定似乎对加强法律起到了有益作用，正如国际法院在审理 *Gabcikovo-Nagymaros* 案中所表明的那样。目前各国和评论者对反措施可能被滥用普遍表示关注。但人们也普遍认识到，反措施的采取在国际法中是存在的，委员会原则上决定在第五章保留第 30 条就反映了这一认识。特别报告员认为，确认反措施属于一种排除国家责任法范畴内的不法性的情形，即这类措施可为不法行为提供借口或理由，而同时却不对反措施的采取至少规定主要的法律限制，是不恰当的。⁷³³ 诚

⁷³² 见上文第 391 段。在许多采取反措施的国家责任案件中，有可能出现反要求问题。

⁷³³ 正如上文(第 293 段)指出的,将自己与反措施作类比,并不需要在第一部分第五章框架内采用相同的办法处理这两者。自卫法规已较为完善,并已纳入该章第 51 条。自卫法

然，第 47-50 条有一些问题，尤其是与争端解决的联系，以及有许多“受害国”这一情形中的“集体”反措施引起的问题未能得到处理等。但是，这些问题可在对第二部分进行审议时加以解决，就针对违反普遍义务作出的“集体”反应而言，这类问题无论如何须加以处理，此种处理将结合第 40 条和普遍义务的产生进行。

391. 无可否认，先联系第 30 条“附带”提及反措施，然后在第二部分对其加以详细论述，有点不恰当，这也许可作为采用上述第 2 种做法的理由。⁷³⁴ 但是，这似乎基本上属于呈示问题，反措施的重点应当是其在停止和赔偿方面的作用，而不是其作为排除不法性的情况的偶然作用。这也许是第 47-50 条所取得的主要进步：将反措施结合第二部分所述的停止和赔偿义务来看待，而不只是将其视为一种松散、任意的制裁、报复或惩罚。在这些情况下，很难不提及第二部分阐述的国际不法行为引起的次级义务。总起来看，这一考虑不足以使人们转而采用上文第 389 段所列的第 2 种做法。

(b) 第 30 条的拟订

392. 如果这项建议被接受，就可以提出第 30 条的确切措辞，这是第二次报告出于已经理解的理由推迟进行的一个事项。⁷³⁵ 特别报告员同意一些政府的建议，即第 30 条应同第 2 部分关于反措施的论述相互参照，而且该条应区分反措施和国际组织依据自己的组织文书采取的或在其主持下采取的“措施”。⁷³⁶ 在这一基础上，他提出第 30 条案文如下：

一国的行为与其国际义务不一致的，只要该行为属于第 [xx] 条——[xx] 条规定的合法反措施，该行为的不法性可予排除。

规也从未被视为国家责任法的一个方面，它不同于某种参照依据。从所有这几个方面来看，反措施的状况不同。

⁷³⁴ 提及造法案文稍后的条款，尽管可能不恰当，但自然并非创新做法：例如，见 1969 年《维也纳条约法公约》第 17 条第(1)款、第 27 条、第 44 条第(1)款、第(4)款和第(5)款，第 45 条、第 48 条第(3)款。

⁷³⁵ 见上文第 248 段。

⁷³⁶ 关于这些评论，见前述第二次报告，第 246-247 段，以及本增编，第 374-379 段。

-- -- -- -- --