



大会

Distr.: General
18 July 2000
Chinese
Original: English/French

国际法委员会

第五十二届会议

2000 年 5 月 1 日至 6 月 9 日、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

增编

目录

段次 页次

四. 受害国追究责任（续）

D. 受害国的反措施	285-367	3
1. 导言	286-291	3
2. 对目前第三章（第 47 至第 50 段）的审查	292-319	5
(a) 第 47 条（受害国的反措施）	293-297	5
(b) 第 48 条（与采取反措施有关的条件）	298-305	8
(c) 第 49 条（相称）	306-310	12
(d) 第 50 条（禁止采取的反措施）	311-319	14
3. 重拟关于受害国反措施的规定	320-362	19
(a) 反措施的定义	321-333	19
(b) 反措施制度之外的义务	334-343	23

(c) 采取和维持反措施的条件.....	344-360	27
(一) 实质性条件.....	345-354	27
(二) 程序性条件.....	355-360	31
(d) 反措施的终止.....	361	33
(e) 第 30 条的拟订.....	362	34
4. 反措施和不履行的例外情况.....	363-366	34
5. 关于受害国采取反措施的结论.....	367	36

四. 受害国追究责任（续）^{*}

D. 受害国的反措施

285. 关于受害国追究责任的另一个问题涉及采取反措施行动。为求与迄今在追究责任方面所采取的方式（第二部分之二）相一致，有人建议首先应讨论在认为“正常”的情况下采取反措施的情况，即受害国与责任国（单独或个别地）正面交涉。本报告稍后有一个章节将讨论在多边义务方面涉及反措施的更广泛的实例，以作为涉及原有的第 19、40 和第 51 至第 53 条的许多不同问题的一个方面。

1. 引言

286. 有关反措施的条款目前载于第二部分第三章，在 1994-1996 年期间，根据 Arangio-Ruiz 教授的详尽报告⁵³⁰ 对这一问题进行过广泛的辩论。就二读的进程而言，最初的讨论于 1999 年根据本特别报告员第二次报告进行，提出了一些一般性问题。⁵³¹ 辩论的结果在 1999 年委员会报告中作了摘述如下：

“委员会中有少数委员主张应保留反措施与第三部分的联系。但是，即使是这些委员也不曾为采取反措施与解决争端之间关系中所存在的不平等现象辩护。反之，他们支持维护两者之间的密切关系，这是由于担心反措施可能被滥用因而需要尽可能加以控制。[……]

要使两者脱钩的建议并不妨碍委员会采取的立场，即：反措施所引起的问题可能成为解决争端的议题。但是，不应当将强制解决争端程序纳入条款草案，因为该草案只适用于实行了国际不法行为的国家。[……]

在现有安排的范围内要求平等地处理国家间关系实际上等于是要求实行涉及本条款草案的通盘解决争端制度。……这意味着本条款草案应当采取公约草案的形式，但还没有就此作出决定。”⁵³²

^{*} 特别报告员感谢 Pierre Bodeau, Jacqueline Peel, 和 Ann Bodley 在编写本增编时所给予的帮助。

⁵³⁰ 见《1992 年...年鉴》，第二卷（第一部分），第四次报告，第 1-49 页；A/CN.4/461 和 Adds. 1-3 号文件，第六次报告（1994）；A/CN.4/469 和 Adds. 1 和 2 号文件，第七次报告（1995）。辩论摘要见《1992 年...年鉴》第二卷（第二部分），第 18-40 页（第 117-276 段）；《1994 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 142-144 页（第 275-288 段）和第 151-152 页（第 347-353 段）；《1995 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 61 页（第 340-343 段）。

⁵³¹ 见 1999 年 7 月 19 日 A/CN.4/498/Add.4 号文件，辩论摘要见《1999 年国际法委员会报告》，第 426-453 段。

⁵³² 同上，第 450-452 段。

在第 47-50 段中提出的问题尚未有解答答案之前，委员会于 1999 年并未对第三十条通过明确的规定，而按第三十条，采取反措施的行为则被定为非法的问题已被排除。⁵³³

287. 在 1999 年举行的初步辩论之后，特别报告员认为，反措施的条款应当列入第二部分之二内，但不应与解决争端问题有任何特别的联系。列入第二部分之二的的原因是，反措施应当看作是在运用一种保证遵守国际法的手段性职能，而不是惩罚措施或制裁。将反措施与解决争端区分开来的理由简言之就是，这种联系会使目标国（即在理论上系实行了国际不法行为的国家）有单方援引第三方介入解决的权利，而同时也必须给予受害国以这种权利，而不给予采取反措施的权利。如果在第二部分之二讨论反措施问题，则第一部分第五章中只需简单地提及反措施作为解除违法行为的情况就够了。

288. 这一观点，至少作为第一种假设，似乎得到了委员会的普遍支持。另一方面，对于反措施问题的条款如果无法达成一致意见（特别是如果条款涉及在多边义务方面的反措施制度的情况下），则可能必须考虑其他措施。其中最明显的是进一步确定第一部分第五章内述附反措施的条件。

289. 应当指出，国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中的一般支持本条款草案的其余部分内容，同时还澄清了一些问题。法院在不存在受法律禁止的反措施问题的双边基础上，赞同关于反措施法律的四项独特内容：(a) 反措施必须在对非法行为作出反应时才能采取⁵³⁴；(b) 在采取反措施以前，受害国必须先提出对方须遵守法律的要求；⁵³⁵ (c) 反措施的程度必须对应相当，对应相当的意思是“考虑到所涉权利，须与遭受损害相对应”；⁵³⁶ (d) 反措施的目的必须是“致使不法行为国履行对国际法的责任，而采用的措施必须是可以扭转的”。⁵³⁷ 尤其是，法院接受了第 47 条所涉的反措施概念。法院还赞同对应相当的要求，但对后者增加了有益的澄清，从而采取了比第 49 条的文字含义更为严谨的方针。

290. 各国政府关于反措施的意见既涉及了第 47 至第 50 条是否应当保持下来这个一般性问题，也涉及了起草和平衡的具体问题。⁵³⁸ 在一般的基准上，各国政府提到了：

⁵³³ 见《1999 年国际法委员会报告》第 344 段。

⁵³⁴ 《1997 年国际法委员会的报告》第 7 页和第 55-56 页（第 83 段）。

⁵³⁵ 同上，第 56 页（第 84 段）。法院未提及事先谈判的要求。由于提出要求时应已进行谈判但都无果，故这一点未再提出。

⁵³⁶ 同上，第 56 页（第 85 段）。

⁵³⁷ 同上，第 56-57 页（第 87 段）。

⁵³⁸ 见 1999 年 7 月 19 日 A/CN.4/498/Add.4 号文件《关于国家责任第二次报告》，第 374-379 段。

- 区域反措施和第 48 条第 1 款中所指“临时保护措施”的持续困难；
- 所采取的措施是否应该涉及或与被侵犯的权利有一些连接关系的关键问题（即以牙还牙的措施）；
- 在违背多边或普遍义务的情况下可能发生“集体措施”和反措施的情况；
- 区分“罪行”和“不法行为”的潜在作用，更概括地说，就是反措施是否具有处罚作用的问题；
- 反措施对目标国经济状况和该国人权的影响以及对第三国可能产生的影响；
- 反措施的不平衡性质，因为它只有有利于最强大的国家。

291. 特别报告员认为，尽管需要处理这些批评和质疑，但这些批评和质疑并不使人得出结论，认为应当删除这些条款草案。他认为，反措施已作为承担国家责任的一些方面而得到了适当考虑（即 Arangio-Ruiz 先生所称的“手段性后果”。对于一项极端重要的问题，一套平衡的反措施制度在控制越轨行为方面要比保持缄默有用，而且，委员会除此之外不太可能有能力对这一问题做出其他贡献。此外，应当说，总体看来，对委员会在这一方面的反应迄今还是积极的。为此，建议在本节内审议现有的条款及对其所提的意见，并从受害国采取反措施的角度来审议（受害国定义按第 40 条之二（1）来确定）。在采取反措施的一国或几国本身并非受害国，而只是履行多边义务采取反措施的情况下，问题就棘手多了，只有在最严格意义下的受害国采取了反措施的这一基本问题得以解决之后才能开始处理本身非受害国问题。

2. 对目前第三章（第 47 至第 50 段）的审查

292. 第 47 至第 50 条目前构成了相当统一而连贯的章节，而在审查例如第 47 条时，不可能不同时考虑其后各条。因此，建议在专题讨论其中各项问题之前，应先总结所有四条的内容及各国政府的意见。

(a) 第 47 条（受害国的反措施）

293. 第 47 条规定：

“1. 为本条款草案的目的，反措施的采取指受害国在实行了国际不法行为的国家不遵守依第 41 至第 46 条应负义务的情况下，于必要时，参酌该国对其要求的反应不遵守对该国的一项或多项义务以促使该国遵守应负的义务。

2. 反措施的采取必须遵守第 48 至第 50 条所述条件和限制。

3. 若针对实行了国际不法行为的国家的反措施涉及对第三国的某项义务的违背，本章不得成为针对第三国的此种违反的理由。”

因此，第 47 条是一个混合体，对反措施下了“定义”，提到了第 48 至第 50 条所规定的反措施的局限性，并讨论了第三国在反措施方面的地位。

294. 根据所提的评注，第 47 条确定了采取“合法的反措施”的“受害国权利”。⁵³⁹ 相比之下，第 (1) 段中的字面定义并未申明受害国有权采取反措施，也未申明反措施是合法的。该段仅说明了什么是反措施。其非法性没有被第 47 条解除，而是被第 30 条解除了。但是这有些含糊：原文第二部分讨论反措施的理由是，在某种情况下可以采取这类措施，致使违背国际义务的国家应遵守有关停止和赔偿的“次级”义务。而该评注就是以这种立场看待反措施，同时又强调了反措施效用的局限性。这些限制尤其包括：(a) 只有在对付实际属于非法的行为时才采取反措施，仅真诚认为行为属于非法是不够的；⁵⁴⁰ (b) 其目的应限于“受害国对停止和赔偿的要求”，它尤其不是惩处性的，而是敦促性的；⁵⁴¹ (c) 反措施“是在……其他手段都未能奏效或显然无法促使不法行为国遵守其义务的时候才作为最后手段采取的”；⁵⁴² (d) 只有在对其要达到的目的而言是“必要”的时候才可采取反措施，⁵⁴³ (e) 受害国在评估反措施的必要性时必须参酌“不法行为国对其要求的反应”，因此受害国或许应与目标国之间就停止与赔偿问题进行对话。⁵⁴⁴ 显然，反措施只使受害国与目标国之间的行为合法化了，但是，这并不排除“在各国日益受到多边义务的限制的相互依存的世界里”，“偶尔影响第三国立场”的可能性。⁵⁴⁵ 评注显示，这“对受害国可能违背载列普遍性义务的规则的情况是特别适切的”。⁵⁴⁶ 但是，尽管提到了这一点，关于反措施的各条款几乎完全不注意普遍性义务的问题：第 47 至第 50 条所设想的情况是受害国与责任国两者之间的情况。正如上文所述，应当先考虑这一情况，然而才应考虑集体义务和集体反措施的更复杂的问题。但是，可以指出，即使想象受害国因为针对一个国家采取反措施竟然就违背了普遍性义务，这仍然是相当奇特的情况。

⁵³⁹ 对第 47 条的评注，第 (1) 段。

⁵⁴⁰ 对第 47 条 (1) 的评注。

⁵⁴¹ 对第 47 条第 (2) 段的评注。在这方面，第二部分的反措施的构想比一读时通过的第 30 条中内容更狭隘，因为第 30 条还包括某些“制裁”。

⁵⁴² 同上，第 (4) 段。

⁵⁴³ 同上，第 (5) 段。

⁵⁴⁴ 同上，第 (6) - (7) 段。

⁵⁴⁵ 同上，第 (7) 段。

⁵⁴⁶ 同上，第 (8) 段。

295. 只有少数几个国家的政府对第 47 条提出了一般性意见。除了法国认为“第 47 条杂乱无章”——它认为第一款的定义显然“与其他两款无关”。⁵⁴⁷ 而其他国家一般都支持该条，并赞同应加强和澄清该条所体现的一些原则。一些国家政府要求委员会不仅应编纂关于反措施的现有习惯法，而且还应“制订一些限制”可诉诸反措施的“情况的明文规则”。⁵⁴⁸ 例如，有一个国家政府建议，“只有直接受到不法行为伤害的国家才有权做出反应，而且它们也必须证明它们已受到伤害。”⁵⁴⁹

296. 第 1 款和第 3 款引发了一些比较具体的意见。关于第 1 款，一些国家政府表示关注，反措施可能具有惩处功能，尽管这一观点并不普遍。因此，希腊建议，整个第三章“似乎更适用于订为违法行为的违背义务情形，而不大适用于构成国际罪行的违背义务情形”；该国进一步建议，第三章的文字应当更好地反应出这一区别。⁵⁵⁰ 与此相对比，其他国家政府却坚决主张“反措施不应具有惩罚性质，而应以恢复原状、赔偿或补偿为目标。”⁵⁵¹ 为了避免关于这一问题的任何疑惑，爱尔兰建议应在第 1 款中增加“这不包括采取惩罚性措施”的一句话。⁵⁵² 爱尔兰与其他对第 47 条提出意见的国家政府持同样立场，⁵⁵³ 该国还同意第 3 款中所体现的应保护第三国的原则，但是却建议对该款应“略作修正”：“由于针对某一国的反措施可能使其他国际人士和机构（例如政府间组织）受害”，爱尔兰政府建议将这一款内的“第三国”改为第三方。⁵⁵⁴

297. 法国和丹麦（代表北欧国家）并不质疑第 3 款的实质内容，但认为该款内容最好以另外订立条款来处理。⁵⁵⁵ 实际上，丹麦支持对第 47 条整个重新起草，按照“谨慎的态度”，以便达到限制使用反措施的权利。该国因此建议应将第 47

⁵⁴⁷ A/CN.4/488，第 118 页。

⁵⁴⁸ A/CN.4/496，英文第 18 页，第 121 段。

⁵⁴⁹ 同上。

⁵⁵⁰ A/CN.4/492，英文第 15 页，与此不同的观点可参见蒙古的意见，A/CN.4/488，英文第 116 页。

⁵⁵¹ A/CN.4/504，英文第 20 页，第 74 段，新加坡批评对第 30 条和 47 条所提的意见“显然存在矛盾”（见 A/CN.4/488/Add.3，英文第 5-6 页，第 14 段）。

⁵⁵² A/CN.4/488，英文第 118 页。

⁵⁵³ 见 A/CN.4/496，英文第 18 页，第 121 段和 A/CN.4/504，英文第 20 页，第 74 段。新加坡认为，第 3 款“可能不够深入”，而本条款草案“可能必须处理对损及无辜的第三国以及对它们采取应急行动的情况的关切”（A/CN.4/488/Add.3，英文第 6 页，第 17 段）。

⁵⁵⁴ A/CN.4/488，英文第 118 页。

⁵⁵⁵ 同上，法国认为，这项原则“在这一条内不太合适（甲国显然不会因乙国所做的行为而报复丙国）”。

和第 49 条合并为同一条，标题是“采取反措施的条件”，该条一开始就以可规定各国无权采取反措施，除非符合某些条件，并继而指出有关的条件。⁵⁵⁶

(b) 第 48 条（与采取反措施有关的条件）

298. 第 48 条制订了采取反措施或继续执行现有的反措施的某些程序性条件。这是一读所通过的四条中最具有争议性的条款。该条规定：

“1. 采取反措施以前，受害国应履行第 54 条中所规定的谈判义务。这项义务不妨碍受害国在第 54 条所规定的谈判得出结果以前另行遵照本章的规定采取为维护其权利所必需的临时性保护办法。

2. 采取反措施的受害国应履行由第三部分引起的解决争端义务或对受害国和实行了国际不法行为的国家具有约束力的任何其它正式生效的解决争端程序的义务。

3. 只要国际不法行为已经停止，当实行了国际不法行为的国家正在以诚意执行第 2 款所指的解决争端程序而争端已提交有权发布对当事国具有约束力的指令的法庭，在这样的情况下，应暂不采取反措施。

4. 实行了国际不法行为的国家如果不履行由解决争端程序产生的要求或命令，则对受害国采取反措施的权利的暂停适用应予终止。”

299. 评注指出了委员会内部对第 48 条的一项关键性的不同看法。尽管所有人都同意，应当争取以和平手段解决争端，但问题是，在何种程度上这才是采取反措施的必要先决条件，同时应考虑到：(a) 某一国家可能使谈判时间延长，采用拖延的程序，(b) “某些形式的反措施（包括一些极其容易扭转的形式，例如冻结资产）只有迅速采取才有效”⁵⁵⁷ 有人力图通过采用将“临时性反措施”（称为“临时性保护办法”）与其他措施之间区分开来的办法来解决在维持反措施的效力与防止过早采用反措施两者之间的紧张矛盾关系。根据所提的意见，“临时措施”是受害国“维护其合法权利”所“必需”的措施。与此相对比，“大规模的反措施”（这一词语在条款本身内并未使用，在不首先试图采用通过谈判来解决

⁵⁵⁶ 根据代表北欧国家的丹麦的意见（同上英文第 117 页），这些条件如下：

- “(a) 实际存在国际不法行为；
- (b) 受害国已事先提交抗议并要求停止/赔偿；
- (c) 不法行为国拒绝关于通过友好解决程序，包括通过具有约束力的第三方程序来解决争端的建议；
- (d) 受害适当和及时的表达了它采取反措施的意向；
- (e) 相称性，即受害国所采取的措施不应与该国际不法行为的严重性及其后果不成比例。”

⁵⁵⁷ 对第 48 条的评注，第（2）段。

争端的方式之前不得使用。⁵⁵⁸ 据称临时措施具有可以扭转的固有的性质：因此“差别在于：暂时扣押和没收财产，或暂时吊销执照而不予撤销”。⁵⁵⁹

300. 使采取反措施国家与目标国之间利益达到平衡的第二种方式是要求在某种条件下应暂停反措施，这些条件已在第（3）款和第（4）款中作了明确规定。这里很重要的一点是，第 47 至第 50 条的规定涉及必须由第三方解决关于反措施问题的争端的强制性条件，这一点已经在一读中作了建议，同时也在上文提及。⁵⁶⁰ 评注将这些规定所产生的效果总结如下：“如果满足第 47 条所列有关反措施的基本条件，而且如果初步谈判无法导致解决办法，那么，受害国得采取反措施，而无需事先诉诸第三方解决争端程序。但如果该国确实采取反措施，则对采取反措施的目标国家得诉诸有约束力的仲裁程序……，或任何其他适用的有约束力的第三方争端解决程序。如果指称的不法行为国确实诉诸此种程序，并诚意执行，只要不法行为本身已经停止，反措施就必须暂停。”⁵⁶¹ 但是，这一暂停是有条件的；如果目标国在第三方出面解决争端中不合作，或者不履行第三国的某项指令或第三国发出的临时措施的指示，则可以结束暂停。⁵⁶² 评注表示认为，这一制度“使解决涉及反措施的争端的现有安排有了重要的进步”，特别是它有助于“使反应不断升级的反措施制度中的某些成分有所减少”。⁵⁶³

301. 捷克共和国和爱尔兰注意到针对第 48 条已在，“委员会内发生的辩论和争议”。⁵⁶⁴ 一些政府对该意见同样反映出很大的差异，有时甚至是对立的观点。一方面，例如瑞士“对于反措施方面解决争端的条款感到满意。”⁵⁶⁵ 其他一些国家政府则认为，第 48 条如果不完全删除，至少也应当做很大修正。例如法国建议应完全重新拟订这一条款⁵⁶⁶ 而美国认为，该条“应至少编入一项解决争端任择

⁵⁵⁸ 同上，第（4）段。

⁵⁵⁹ 同上。

⁵⁶⁰ 见上文，第 265 段。

⁵⁶¹ 对第 48 条的评注，第（11）段。

⁵⁶² 同上，第（12）段，总结第 48 条（4）的影响。

⁵⁶³ 同上，第（13）段。

⁵⁶⁴ A/CN.4/488，英文第 119 页；在这一点上，爱尔兰就解决争端条款问题“怀疑将关于反措施的条件与这些规定关连的起来是否明智”。

⁵⁶⁵ 同上，第 120 页。另见日本，它认为“第 48 至第 50 条一般而言还是起草得较好的，它们通过较好的，它们通过程序性以及实质性限制，心目反措施被滥用”（A/CN.4/92，第 15 页）。

⁵⁶⁶ 法国的建议如下：

“1. 决定采取反措施的受害国在反措施生效之前应：

(a) 提交一份理由充分的请求书，要求已实行指称的国际不法行的国家履行其义务；

议定书”。⁵⁶⁷ 在不影响该国对于本条款草案中处理反措施问题的基本立场的条件下，联合王国建议增列一项“相当于《维也纳条约公约》第 45 条的规定，禁止国家在对其权利的侵犯情事默许之后采取反措施”；⁵⁶⁸ 另外还必须特别注意“一些国家可能采取反措施，但主要受害国可能决定不采取措施，甚至认同意该违背国际法行为”的情况。⁵⁶⁹

302. 除了这些一般性的意见和建议之外，各国政府的意见多数集中在第 1 和第 2 款上。对于第 1 款，讨论了两项主要问题。第一项涉及必须在采取大规模反措施之前履行的谈判义务。一些国家明确支持这一条款，它们的设想是，反措施是一种“最后手段”⁵⁷⁰ 的解决办法，而不是“实行国际不法行为直接和自动的后果”。⁵⁷¹ 其他国家并不否定谈判义务的存在，但是却从狭义的角度解释这一义务：例如，日本指出，如果反措施的目的是要致使不法行为国尽快恢复发生不法行为前的状态，“没有充分时间谈判”；因此，主要的解释应当是，“当不法行为国没有合理的时限内对受害国提议的做法作出具体回应的情况下，允许受害国采取反措施”。⁵⁷² 另一些国家政府反对列入这一条款，其主要理由是，在采取反措施以前承担谈判义务不是习惯国际法的一部分，与事先要求停止和赔偿有所不

(b) 将打算采取的反措施的性质通知该国；

(c) 同意与该国有真诚谈判。

2. 受害国自发出此种通知之日起仍可临时实施为维护其权利所需要的这种反措施。

3. 国际不法行为停止后，如果当事国已开始具有约束力的解决争端程序，根据这项程序可以发布对当事国具有约束力的指令，则受害国应暂不采取反措施。

4. 实行了国际不法行为的国家如果不履行由解决争端程序产生的命令，则暂不采取反措施的义务应予终止。”

A/CN.4/488，英文第 119 页。

⁵⁶⁷ 同上，英文第 120 页。该国政府并指出，“作为一套强制性条件，（第 48 条）在习惯国际法上是毫无根据的”（并见 A/CN.4/496，英文第 18-19 页，第 121 段）。

⁵⁶⁸ A/CN.4/488，英文第 120 页。联合王国政府认为，委员会应当只局限于第 30 条，而应该删除第 47 至 50 条（同上，英文第 116 页）。

⁵⁶⁹ 同上。

⁵⁷⁰ 阿根廷建议条文应“推翻反措施的合法性的假定”，需只认为是国际法“所容忍的行为而已”（A/CN.4/488，英文第 18 页，第 120 段，及 A/CN.4/504，英文第 20 页，第 74 段）。

⁵⁷¹ 捷克共和国，该国并指出，“这些先决条件的作用是减少过早的、亦即滥用的反措施”（A/CN.4/488，英文第 121 页）。奥地利和法国（后者认为“采取反措施应尽可能与和平解决争端的进程联系在一起”）也赞同事先谈判的义务（同上，另见 A/CN.4/496，英文第 18 页，第 121 段）。

⁵⁷² A/CN.492，英文第 15 页，相同的，爱尔兰认为，愿意采取反措施的国家“一般应当与执行不法行为国家谈判”，以便实现停止或赔偿，但是迫使这些国家“在采取反措施以前承担任何更广泛义务”的可能性并不大（A/CN.4/488，英文第 119-120 页）。

同。⁵⁷³ 例如联合王国认为，第一款建议“对国家施加新的、站不住脚的约束，在瞬息万变的现代世界中是不切合实际的、乌托邦的想法”⁵⁷⁴ 美国则进一步指出，“草案应当反应在谈判之前和谈判期间允许采取反措施的基本习惯规则”。⁵⁷⁵

303. 关于第 1 款所提出的第二个问题涉及“临时保护措施”的用语。丹麦（代表北欧国家）建议“……特别提及临时保护措施的概念”，⁵⁷⁶ 除此之外，另一些国家政府则认为，在实践中难以“将临时措施与真正的反措施区分开来”。⁵⁷⁷ 阿根廷认为，临时措施“与反措施相比，似乎并不是实质上的区别，只有程度或时限的区别”。⁵⁷⁸ 联合王国坚决谴责“措辞不当，这样可能暗示同国际法院的临时性办法存在概念上的联系，联合王国政府认为这是彻底的误解。”⁵⁷⁹ 美国质疑临时措施“是否象反措施一样，在不存在触发性不法行为时也视为非法”；如果不是非法，该国就认为这种措施没有必要，但如果是非法的，“则不知道这些办法在具体情况下如何适用。”⁵⁸⁰

304. 至于第 48 条第 2 款，甚至那些原则上支持采取反措施与草案第三部分所体现的解决争端体制之间存在联系的国家政府对于其措辞和所设想的概念都表示怀疑。例如捷克共和国，它虽然“同意至少在事后监督反措施的合法性的想法”，但仍然认为第 2 款“在草案第二和第三部分间建立了一种相当严格的有机联系”，因此预断了草案第三部分关于解决争端制度的强制性质，损害了“关于反措施的实质性规则。”⁵⁸¹ 美国认为，“第 2 款有两个涉及草案的仲裁制度的缺点。”首先，第 58 条第 2 款所建议的强制性仲裁制度“在习惯国际法上没有依据，实际上是行不通的”，并将“在对待受害国和不法行为国方面造成严重的不平衡”，迫使受

⁵⁷³ 美国和德国，后者认为在用尽友好解决争端的所有手段之前“要求受害国……不采取和平的反措施也是相当不合理的”（同上，英文第 120-121 段；并见 A/CN.4/504，英文第 20-21 页，第 74 段）。

⁵⁷⁴ A/CN.4/488，英文第 122 页。

⁵⁷⁵ 同上，英文第 123 页。

⁵⁷⁶ 同上，英文第 121 页。捷克共和国似乎也赞同临时措施的概念，该国指出，暂停“将使反措施失去作用”（同上，并见 A/CN.4/469，英文第 18 页，第 121 段）。

⁵⁷⁷ 德国，该国又指出，“新一类的“临时措施”可能为有人企图规避传统上对采取报复行动所作的限制开了方便之门”（A/CN.4/488，英文第 122 页）。并请看爱尔兰的意见，该担心这种区分“只会激发国家间的进一步争执而已”（同上，英文第 120 页），和日本，该国国要求为临时措施下明确的定义（492，英文第 15、16 页；并见 A/CN.4/504，英文第 21 页，第 76 段）。

⁵⁷⁸ A/CN.4/488/Add.1，第 8 页。

⁵⁷⁹ A/CN.4/488，英文第 122 页。

⁵⁸⁰ 同上，英文第 122-123 页。

⁵⁸¹ 同上，英文第 123 页。

害国付出“不可接受的代价”。⁵⁸² 其次，提到“具有约束力的任何其他正式生效的解决争端程序”可能被误解为“同意诉诸解决争端程序，应对现行程序规定必须相互同意。”⁵⁸³ 同时，另有一国政府建议，即使在采取反措施和解决争端程序之间不建立任何联系，采取反措施还是应当附有先决条件，即“不法行为国拒绝接受通过具有约束力的第三方程序来解决问题的建议，作为诉诸这些措施的条件”。⁵⁸⁴

305. 关于第 3 款，日本支持该款，但认为其措词“相当模糊”：日本建议，如果所提到的程序属司法性质，应明确加以说明。⁵⁸⁵ 美国认为第 3 款中所载的规定“可导致进一步拖延和被不法行为国滥用”。⁵⁸⁶

(c) 第 49 条（相称）

306. 第 49 条规定相称这一基本要求为采取合法反措施的条件。该条规定：

“受害国采取的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。”

307. 评注称相称原则是“反措施或报复之合法性的一般要件由于各国之间实际上的不平等，反措施蕴含着被滥用的危险。鉴于这种危险，在决定反措施的合法性方面，相称是一个重要的组成部分”。⁵⁸⁷ 问题不是有没有该项要求，而是实施该项要求的严格程度。评注提到 Naulilaa 案⁵⁸⁸ 和航空服务仲裁案⁵⁸⁹ 等判例的提法，说明第 49 条使用否定句式是有道理的。因此，相称的要求是灵活的，允许人们既考虑到不法行为的严重性，又可顾及它对受害国的影响。⁵⁹⁰ 特别是其用意并不是要“不当地限制一国对涉及普遍义务的某些不法行为，特别是侵犯人权行为采取有效反措施的能力。但是，某一个在法律上受害的国家，同实质上

⁵⁸² 同上，英文第 123-124 页。另见 A/CN.4/504，英文第 20 页第 75 段，该段有人建议，采取反措施的国家 and 反措施所针对的国家“都有相同机会采用和平办法”，亦见日本有意见 (A/CN.4/492，英文第 17 页)。

⁵⁸³ A/CN.4/488，英文第 124 页。

⁵⁸⁴ A/CN.4/504，英文第 20 页，第 75 段。

⁵⁸⁵ A/CN.4/492，英文第 16 页。

⁵⁸⁶ A/CN.4/488，英文第 124 页。

⁵⁸⁷ 对第 49 条的评注，第(1)至(2)段。

⁵⁸⁸ 《国际仲裁裁决汇编》第二卷，第 1028 页（不包括那些“与引起报复的行为完全不相称的报复”）。该案涉及武装报复，但不涉及第三章意义上的反措施。

⁵⁸⁹ 涉及 1946 年 3 月 27 日航空服务协定的案件，(1978 年)《国际法案例汇编》第 54 卷，第 304 页和第 338 页（第 83 段）（“同法国的[行动]相比较，这并不是……明显的不相称”）。

⁵⁹⁰ 对第 49 条的评注，第(6)至(8)段。

受害国的国家相比，在选择同它所受到的法律损害相称的措施类型和措施强度时会受到较大的限制”。⁵⁹¹

308. 所有针对第 49 条提出评注的国家都认为反措施的相称原则乃是习惯国际法的一部分；⁵⁹² 其中有些国家认为这是“极为关键的”一项要件，⁵⁹³ 或“保证行使反措施的合法性的基本条件之一”。⁵⁹⁴ 有几个国家对第 49 条的草案案文表示关注，⁵⁹⁵ 但没有任何国家怀疑提及“国际不法行为的严重程度”的重要性。⁵⁹⁶ 捷克共和国认为，“在对罪行采取反措施的情况下，相称原则的作用就更重要了。一件罪行的后果可在不同程度上使得国际社会受到影响，因此相称原则应个别适用于每一受害国。”⁵⁹⁷

309. 相反，各国针对第 49 条提出的问题是：是否应通过在确定相称性方面增加其它有关要件，来完善该项规定？例如，奥地利强调相称原则造成“规范性效果”，要求该概念应进一步加以完善，至少在对该条的评注中这样做。⁵⁹⁸ 但爱尔兰和美国则认为可以在该条草案中更加全面地阐述这一概念，即便“相称是近似，不是确切，在断定反措施的合法性时，既不须相同也不须恰好相等”。⁵⁹⁹ 在评估相称性时，没有考虑到反措施的目的；这些国家的政府特别对此提出批评。爱尔兰提到欧洲人权法院等国际人权机构最近应用相称性的概念时指出：“反措施[即中止和（或）赔偿]的特定目的以及可能要求的赔偿的特定形式确实可能与反措施的相称性问题相关”。⁶⁰⁰ 同样，对于美国而言，“相称主要是指反措施应与促

⁵⁹¹ 同上，第(9)段。但一读通过的本条款草案案文未对“法律损害”和“实质损害”作任何区别。

⁵⁹² 例如，见德国（A/CN.4/488，第 125 页，它提及国际法院对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见）、爱尔兰（同上）、美国（同上，第 126 页）和 A/CN.4/504，第 20 页，第 74 段。

⁵⁹³ 奥地利（A/CN.4/488，第 124 页）。

⁵⁹⁴ 捷克共和国，前引文。

⁵⁹⁵ 爱尔兰同意从反面来写这项条件的做法（同上，第 125 页），但法国建议“应将‘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’等字改为‘与国际不法行为对受害国的后果及其严重程序不相称’……”；同上。

⁵⁹⁶ 例如，见德国（同上）。美国认为，一读通过的案文“过分强调”严重程度的“空泛概念，只反映习惯国际法的一个方面。”（同上，第 127 页）。

⁵⁹⁷ 同上，第 124 页。

⁵⁹⁸ 同上，德国政府认为，“要对是否成比例这一问题作出评价，就必须考虑到大家认为与具体情况有关的所有因素”（同上，第 125 页）。

⁵⁹⁹ 美国，它补充指出“反应程度适宜超过触发性不法行为的严重性，以促使不法行为国遵守其义务”（同上，第 127 页）；亦见爱尔兰（同上，第 125 页）。

⁶⁰⁰ 同上，第 126 页。

使不法行为国履行它在国际法上的义务的需要一致，并且为此采取的步骤不应受到加强，而应促进解决争端”。⁶⁰¹

310. 关于第 49 条，人们还提出了两个观点。爱尔兰对评注中区分法律伤害和实质伤害提出质疑：爱尔兰指出，“由于在许多违反人权的情况中，受到实质伤害的是作出国际违法行为的国家国民，所以限定要考虑国际违法行为对受害国造成的法律伤害影响也许限制性过大”。在此类情形下，“就反措施作为违法行为与受害国之间关系来说，对相称性的惯常理解也许真的不适当。”⁶⁰² 其次，在同大会第六委员会讨论时，有人建议“应审议报复与原来的违背义务行为不成比例的情况下的国家责任问题。”⁶⁰³

(d) 第 50 条（禁止采取的反措施）

311. 第 50 条具体确定五类行为属于禁止采取的反措施。该条规定：

“受害国不应以反措施方式诉诸：

- (a) 《联合国宪章》所禁止的武力威胁或使用武力；
- (b) 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；
- (c) 侵犯外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性的任何行为；
- (d) 减损基本人权的任何行为；或
- (e) 违反一般国际法强制性规范的任何其他行为。”

312. 对第 50 条的广泛评注一开始就注意到 (e) 项同 (a) 项和 (d) 项内容相重复，这是因为需要避免在这些具体规范上出现争论。⁶⁰⁴ 评注接着具体讨论这些禁止条款：

(a) 禁止武装报复或反措施的规定明确载于《友好关系宣言》以及现代理论和惯例记录中；⁶⁰⁵

(b) 评注更为详细地指出，“极端的经济措施或政治措施可能产生同使用武力所引起的后果一样严重的后果”。⁶⁰⁶ 但此处问题在于，顾名思义，反

⁶⁰¹ 因此，美国认为“相称性规则除应顾及先前不法行为所涉的原则的重要性外，还应衡量反措施所要实现的目的”（同上，第 127 页）。

⁶⁰² 同上，第 126 页。

⁶⁰³ A/CN.4/504, 第 20 页，第 74 段。

⁶⁰⁴ 第 50 条评注，第(1)段。

⁶⁰⁵ 同上。第(2)段，引用大会 1970 年 10 月 24 日第二六二五（二十五）号决议，原则一，第 6 段。

⁶⁰⁶ 第 50 条评注，第(5)段。

措施是胁迫性的：采取反措施是要促使一国做它应当做但却不愿做的事情。某些极端措施若为《联合国宪章》所禁止，本条款草案也就当然不能规定其为合法：如果这些措施不为《联合国宪章》所禁止（而且符合本条款草案的其它要求、特别是相称性），其关键亦在于胁迫性。评注试图讨论这一点，它指出，“如果订得太宽泛，(b) 项会迹近于禁止反措施，”但它辩称，第 50 条是为了要“把禁止的行为限于‘极端的经济或政治强制’”；此外，“‘旨在’一语含有敌对或惩罚的意图，但不包括能够间接地和非故意地危及目标国领土完整或政治独立的行为”；⁶⁰⁷

(c) 至于外交不可侵犯性，评注指出这限于一些“外交法律规则，”其“目的是在包括武装冲突在内的一切情况下，保障外交人员、房地、档案和文件的实质安全和不可侵犯性。”⁶⁰⁸ 两国之间如果出现不和（在威胁采取或采取反措施时，很有可能出现此种情况），则此项保护尤为重要；

(d) 至于禁止采取的影响基本人权的反措施，评注指出：这可以追溯到禁止对受国际人道主义法保护的人员进行报复，后来又扩大到包括不容贬损的人权对个人的保护。但此处的问题在于，对一个国家采取的反措施，顾名思义，不能容许侵犯不容贬损的人权，按规定，此种人权的受益者为相对于目标国而言的第三方，即使他们为该国国民。问题却在于“不人道后果”，[这是]“对不法行为国采取的措施的间接结果。”⁶⁰⁹ 评注举例说明了抵制行为和和其它应豁免“旨在缓解人类痛苦的物品”或“人道主义援助”活动的措施。⁶¹⁰ 困难也在于此类豁免不一定涉及受害国按照人权准则必须进行的行为：此类豁免不论是多么符合人道主义考量，一般而言，人权法不要求一个国家允许其国民或官员在别国领土上开展人道主义活动。(d) 项更令人信服的理由在于反措施“就其性质而言主要是有关国家之间的问题，”并且这种措施应“对私人当事方产生最低限度的影响，以便避免集体惩罚。”⁶¹¹

(e) 最后，就剩余的豁免局部违反其它强制法规范的行为而言，评注没有举出任何例证：事实上，评注指出：“(e) 项可能不是必需的，因为顾名思义，强制法规则不得以反措施方式或其它方式予以违反。”但是，提到强制法将能“确保按照这方面的法律的沿革逐步调整条文，从而达到有用的目的。”⁶¹²

⁶⁰⁷ 同上，第(12)段。

⁶⁰⁸ 同上，第(14)段。

⁶⁰⁹ 同上，第(20)段。

⁶¹⁰ 同上，第(21)段。

⁶¹¹ 同上，第(22)段。

⁶¹² 同上，第(26)段。

313. 对第 50 条提出评注的国家的政府似乎对该条的一般目的和内容意见不一。一方面，一些国家（例如捷克共和国和爱尔兰）强调，“国际社会的利益要求禁止某种类型的反措施，”⁶¹³ 因而支持所列举的应禁项目，“其中大部分属于强制法”⁶¹⁴ 爱尔兰虽然不同意清单中的一些具体要件，但特别指出过去几十年来“愈来愈多人认识到，有些国家行为在所有情况下都应禁止，因此在逻辑上即使是回应他国先前的非法行为也不应容许”。⁶¹⁵ 另一方面，有一些国家的政府则认为第 50 条一般不反映国家惯例或习惯国际法。⁶¹⁶ 除其他外，新加坡批评第 50 条没有讨论“所采取措施同被侵犯的权利是否应相关或有某种联系这个关键问题”。⁶¹⁷ 美国认为，第 49 条的相称性规则一般会“限制允许采取的反措施的范围，而且在大多数情况下会阻止诉诸于第 50 条列举的各项措施”；就这一点来说，第 50 条“是不必要的”⁶¹⁸ 美国还关切地指出，这一规定“可能会在现有制度之上添加层层实体法性质的规则，而又不具体规则或国家责任法加以澄清，”并举外交和领事关系规则为例。⁶¹⁹

314. 各国政府对（a）项评论不多，不过，法国认为其措词“异乎寻常”，建议应参照《维也纳条约法公约》第五十二条起草该项。⁶²⁰ 爱尔兰回顾大会第二六二五（二十五）号决议规定各国“有义务不采取涉及使用武力的报复行为，并且“完全赞同该项对反措施订明的限制，”该项限制“默示承认联合国及其机构在这一领域的作用。”⁶²¹

315. 相比之下，关于（b）项的意见则不一致。支持该项的国家包括一般不赞成采取反措施的国家，它们至少是虽不明言、但仍支持该项；它们不赞成反措施的理由是反措施“有利于强国，有可能损害任何以平等和正义为基础的制度。”⁶²² 新

⁶¹³ A/CN.4/496, 第 18 页, 第 121 段。

⁶¹⁴ 捷克共和国（A/CN.4/488, 第 128 页），同样，爱尔兰“非常赞同草案第 50 条中逐项列出在反措施方面可合法采取的措施的实质性限制”；同上。丹麦，代表北欧各国，希望“参照第 50 条的内容”保留一项关于禁止采取的反措施的规定；同上。

⁶¹⁵ 同上。

⁶¹⁶ 美国，补充指出，这“可能使争端扩大而不是解决争端”；同上；亦见新加坡（A/CN.4/488/Add.3, 第 5 页, 第 13 段）和 A/CN.4/496, 第 18 页, 第 120 段。

⁶¹⁷ A/CN.4/488/Add.3, 第 5 页, 第 13 段；亦见美国（A/CN.4/488, 第 128 段）。

⁶¹⁸ 同上。

⁶¹⁹ 同上。联合王国称，第 50 条施加的限制“不能令人满意”；同上。

⁶²⁰ 同上，第 129 页；这样该项案文应为：“违反《联合国宪章》所含国际法原则以武力相威胁或使用武力”。

⁶²¹ 同上；亦见 A/CN.4/504, 第 20 页, 第 74 段, 其中强调“《联合国宪章》第二条第四项禁止使用武力的反措施，这已成为国际法的习惯规则。”

⁶²² 新加坡（A/CN.4/488/Add.3, 第 6 页, 第 15 段）；亦见 A/CN.4/496, 第 18 页, 第 120 段和阿根廷（A/CN.4/488/Add.1, 第 7 页）。

加坡指出，“一个经济或政治上较强的国家与较弱的国家相比，尤其是与发展中国家和最不发达国家相比，必然更具备采取有效的反措施的条件。同样，反措施对弱国的影响一般说来其损害程度远远超过对强国的影响。”⁶²³ 另一方面，有些国家的政府则激烈反对该项。法国认为该项在习惯法中找不到依据，应予取消。⁶²⁴ 日本担心该项几乎会“禁止所有反措施”。⁶²⁵ 联合王国和美国都批评该项措辞笼统且具主观性，⁶²⁶ 联合王国政府补充指出，“如果原来的不法行为是对受害国施加‘极端的经济或政治胁迫’，这就很难了解该国为什么不应对不法行为国进行同样的报复。”⁶²⁷ 爱尔兰和瑞士对该项则更为支持。对于爱尔兰政府而言，国家实践中有一些是支持该项的，但对“是否普遍同意这种行为在所有情况下都是禁止的”仍有怀疑：因而把该项规定当作拟议法。⁶²⁸ 此外，爱尔兰认为，“对采取反措施的这种限制是合乎需要的，”虽然“极端”一词并不精确。爱尔兰认为，该问题可通过集中讨论保护“违反国人民的至关重要利益（有别于违反国的至关重要利益）”加以处理，爱尔兰特别认为，反措施不应具有“造成一国人民失去生计”的后果。⁶²⁹ 瑞士同样不理解（b）项的禁止没有延伸到“其他的胁迫——例如环境领域的反措施”，并建议删除“经济或政治”五个字。⁶³⁰

316. 没有多少关于（c）项的评论。爱尔兰再次认为它是根据拟议法的提案，因为该国认为外交和领事人员、馆舍、档案和文件可能不是在“所有情况下”均属不可侵犯：但爱尔兰显然支持该项，并宣称“作为对一项国际不法行动的回应，可合法地就外交和领事人员和财产采取其他不妨害国际法律制度运作的措施，诸如受害国和违反国之间外交关系的决裂”。⁶³¹ 美国同样也“强烈”赞成（c）项，但该项“不应误解为阻止按对等原则采取的行动”。⁶³²

317. （d）项引发了一场类似于（b）项的争论。对于一些国家而言，其措辞，尤其是“基本人权”一词，显然定义不明确，⁶³³ 这可能会造成问题，因为“大家

⁶²³ A/CN.4/488/Add.3, 第6页, 第15段。

⁶²⁴ A/CN.4/488, 第129页。

⁶²⁵ A/CN.4/492, 第16页。

⁶²⁶ A/CN.4/488, 第130页；联合王国指出，“总之，没有明显的方式可以用作‘极端’措施的定义。”

⁶²⁷ 同上。

⁶²⁸ 同上，第129页。

⁶²⁹ 同上，第130页；亦见新加坡，指出“具有讽刺意味的是”，“已在高压政权下受苦受难”的一国人民可能会因为别国对该国实施反措施而遭受痛苦（A/CN.4/488/Add.3, 第6页, 第16段）。

⁶³⁰ A/CN.4/488, 第130页。

⁶³¹ 同上，第131页。

⁶³² 同上，第128-129页，脚注116。

⁶³³ 日本，建议：该项如不更清楚地加以定义，则亦应删除（A/CN.4/492, 第16页）。

对于”基本人权“的构成有很少共识，或甚至没有共识”。⁶³⁴ 联合王国认为该词虽然“值得同情，但同样难以掌握，而且宽度无法接受。”英国政府指出，“大多数反措施并不针对个人，而是一国反对另一国所采取的措施”，它不理解“按照这一词语所理解的任何认可的反措施怎么可称为‘减损’基本人权‘的行为’甚至于是‘减损’”其他普遍认可的人权“的‘行为’”。英国政府认为，(d)项提出的是实体法问题，这就证实了这样一个论点，即：本条款草案不应反措施作出“太详细的规定”。⁶³⁵ 另一方面，爱尔兰“同意”有关基本人权的“限制的一般要旨”。爱尔兰同其它国家的政府一样，也认为“基本人权”一词“太笼统和不精确”，但认为“订明若干不容减损的人权是可能的”，即使在战时或其它公共紧急情况时也是如此。在这方面，爱尔兰政府提到不同的人权条约所列不可减损的各项权利间的“一致性相当高”。⁶³⁶ 爱尔兰特别依据《公民及政治权利国际盟约》第四条，建议将其中所列的清单列入草案第 50 条。爱尔兰据此建议应“明文禁止涉及《盟约》第四条第二款所订明的任何权利的减免履行以及基于第四条第一款所述任何理由的歧视性反措施”。⁶³⁷

318. 至于(e)项，爱尔兰建议予以删除。爱尔兰虽然认为人们“广泛接受一般国际法强制规范的概念，但对于特定规范的确认和制定还没有相同程度的共识，”因此，该项规定无法尽量订明。⁶³⁸ 美国同样指出，“在灭绝种族、奴役和酷刑等领域之外，要确定强制性规范的内容是很困难的”，⁶³⁹ 法国也支持删除该项，这是同法国目前对强制法概念的做法是一样的。⁶⁴⁰ 相比之下，有人建议委员会应“审议近年来针对那些违反了国际法基本规范的‘流氓’国家所采取的措施”。⁶⁴¹

319. 最后，法国努力“强调反措施基本上是根据既定条件采取的临时性措施，”提议增列一项关于停止反措施的第 50 条之二新案文如下：“一俟违反的义务得到履行和受害国得到充分赔偿，应立即停止反措施”。⁶⁴²

⁶³⁴ 美国(A/CN.4/488, 第 132 页)。

⁶³⁵ 同上，该国政府还指出，评注讨论到的一些问题(例如“基本生计和人道主义目的所需的项目”免受禁运)目前正是安全理事会和大会进行讨论的具有争议性的题目。

⁶³⁶ 同上，第 131 页。

⁶³⁷ 同上，第 132 页。

⁶³⁸ 同上，第 133 页。

⁶³⁹ 同上。

⁶⁴⁰ 同上。

⁶⁴¹ A/CN.4/496, 第 18 页, 第 121 段。

⁶⁴² A/CN.4/488, 第 133 页。

3. 重拟关于受害国反措施的规定

320. 在此一情况下，可指出下列五项基本问题：

- (a) 反措施的定义；
- (b) 不受制于反措施制度的义务；
- (c) 采取与维持反措施的条件；
- (d) 反措施的终止；
- (e) 第 30 条的拟订。

兹逐一加以审议。

(a) 反措施的定义

321. 正如同已指明的，第 47 条是一种混合型的条文，它不但“界定了”受害国所采取的反措施，而且还明订了关于反措施不得影响第三国权利的限制。⁶⁴³ 它已导致一些政府提出了极多的评论和建议。这些评论和建议的要害之处在于对关于反措施的条文草案的双重性质的关切。将它们载入第二部分（或第二部分之二）的理由是，反措施是促使应负责国家履行其终止和赔偿义务的一种手段，而且有时候是唯一的手段，并且在这个范围内也是国际法所容许的。然而，它们所着重的是对反措施的规范，这也是各国政府所关注的主要问题，那就是可能会发生的滥用反措施情况，导致第 47 条内粗糙地“界定”反措施的原因是国际法委员会还不愿意用许多文字明言符合一些具体条件的反措施是对违背国际义务的一种合法的（或“法定的”）反应。完全有理由设法防止滥用反措施，但是，这却是在此处加以载入后的必然会造成的附产品，这并不是它的存在理由。

322. 自相矛盾的是，可以用一种更加直截了当的规定来处理对受到许可的反措施的广度的某些关注和对第 47 条的混合性质的某些关注。根本的要点在于，在定义上应属本为违背受害国对责任国的义务的措施的反措施只有从相对而言只在该两国间关系上才合法或受到准许。⁶⁴⁴ 第 47 条如果是这样规定的，那么，它只是作出默示的此项规定；第 47（3）条提及违背对第三国的义务以及第 50（d）条提及对人权的侵犯都进一步混淆了这个要点。第 47 条并不是一项要旨性的定义，相反它最好是订为一种说明式的条文，其中应叙明受害国有权为了相关条文内所订的目的，按照相关条文内所订的条件针对应负责任的国家采取反措施。⁶⁴⁵

⁶⁴³ 同上，第 271-275 段。

⁶⁴⁴ 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯案中曾宣示，反措施必须“针对”该应负责的国家：《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页，以及第 55 页（第 83 段）。

⁶⁴⁵ 相应而言，可以在第 50 条的范围内处理对第三国的影响问题。反措施的定义应排除以第三国为目标的措施。问题应当是反措施对第三国的后果问题。见下文，第 348 和第 349 段。

323. 但是，在反措施概念本身仍然就存在着一些问题。其中的两项问题尤其显著。第一项是不履行义务同该项义务的暂停之间的关系。第二项问题涉及反措施的根本范围：它们应当（如同第 47 条所明确暗示的那样）是概括性的，或者应当设定某种限制——限制的方式包括提及（在同一义务或密切有关的义务方面采取的）“相应的”反措施或至少提及关于可撤销性的某项标准。

反措施和暂停义务，尤其是条约义务

324. 困难之处在于有时候起因于（此点或许是可以理解的）混淆了采取本属违背国际义务的反措施暂停一项义务。评论者强调对依维也纳公约暂停执行条约的重大制约因素，并且问，这制约因素似乎如何可以依赖反措施来避免。⁶⁴⁶ 从间接意义上来看，可以把采取反措施视为相当于暂停某一项义务。国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中似乎已表示支持此项立场并且宣称：

“本法院不同意匈牙利所主张的它在 1989 年因为它暂停而且后来放弃了它仍应负责的大毛罗斯和多瑙基利提二处工程，所以匈牙利因而没有暂停适用 1977 年的条约或随后退出该条约。当时匈牙利的行为只能解释为这表示它不愿意遵守联合国计划书所明订的至少该条约及 1989 年 2 月 6 日议定书中的某些条款。匈牙利的行为的后果已导致不可能完成该条约明文规定应属‘单一而且不可分’的工程系统。”⁶⁴⁷

已明确的是，匈牙利已表明，它从 1989 年开始就透过暂停条约规定的工种证明它不愿意履行条约中的某些规定。还已明确的是，在认定匈牙利所提出的为其行动辩解的一些理由在法律上为不足够者之后，它的此项拒绝履约就导致它对违背这些规定的责任。情况也可能是，匈牙利在 1989 年至 1990 年内实质上等于是（虽然它从未明言）暂停适用该条约中它不赞同的部分。但是，在法律上，暂停条约的适用显然是异于拒绝遵守条约（无论是否有理由）的。如果发生基本合法的理由而暂停适用条约（或条约中自成一体的一部分），那么，就等于遗忘了该条约；在暂停适用期间内，该条约不再是当事各方适用的法律标准，直到采取行动以恢复其效力为止。⁶⁴⁸ 对比之下，有理由作为反措施但却不符合现行条约规定的行为不产生使条约暂停适用的效果；该条约应继续有效；在不履约期间内，采取

⁶⁴⁶ 因此，一件条约只可能会因为“实质上的”违背而全部或局部暂停适用，但是，采取反措施的首要条件却是应当是相称的，而非应出于实质上的违背义务：例如可参看 D.W.Greig 著，“对应性、相称性和条约法”，载于《弗吉尼亚大学国际法学报》，第 34 卷（1994 年），第 295 页和第 395 页，他认为暂停适用条约是一种“补救办法”并且辩称，如果容许因为非实质性的违背而采取反措施，那么，维也纳公约第 42（2）条和第 60 条内的限制规定就是形同虚设的规定。

⁶⁴⁷ 1997 年《国际法院实例汇编》第 7 页和第 39 页（第 48 段）。

⁶⁴⁸ 参看《维也纳条约法公约》，1969 年，第 72 条。该公约未叙明如何可以恢复被暂停实施的条约的效力，即是否可经由当事各方的同意或经由暂停国的单方面行动，如属后者，应在何种情况下为之。但是，另见第 72（2）条。

反措施的缔约国必须继续解释其不履约完全符合采取反措施的标准（必要性、相称性等等）。如果不具备必要性，反措施不构成暂停实施条约的一项理由。⁶⁴⁹

325. 因此，在条约法范围（例如维也纳公约所规定者内所采取的行动显然异于引起国家责任问题的行为（这些问题不在维也纳公约的范围内）。条约法基本上涉及主要规则内容以及试图改变这些规则的企图的功效；而关于责任的法律则肯定了主要规则的存在（不论是否以条约为基础）而且涉及关于是否能够辩解不符合这些规则的行为的问题和如果不能，则此一行为将引起哪些后果。因此，可以一贯地将维也纳公约内的规则适用于违约的实质性和关于暂停问题的条约条款可自成一体问题，并可一贯地将本条款草案内所建议的规则适用于关于反措施的相称性等等问题。

反措施的范围

326. 第 47 条规定反措施是“指受害国不遵守它对实行了国际不法行为的国家的一项或多项义务”。本条款草案的确进而想用以下的方法来限制反措施：（a）规定反措施的采取必须是为确保遵守停止和赔偿的次级义务所“必要”；（b）针对反措施的采取和继续强制订定了一些实质性的条件和程序性的条件，尤其是相称性；（c）完全禁止某些措施（特别是禁止涉及使用武力或侵犯基本人权的措施）。即使如此，第 47 条仍然容许范围极为广泛的各类反措施。如果发生一国没收另一国财产或摧毁了它的大使馆，前者就“未遵守它对实行了国际不法行为的国家的一项或多项义务”。但似乎难以解释这些措施为什么有助于确保目标国会遵守次级义务。

327. 最初由特别报告员 Riphagen 建议的“对应反措施”概念⁶⁵⁰是限制反措施的广度的一项办法。这类反措施涉及暂停履行对责任国的义务，“如果这种义务相等于或直接关系到已被违反的义务”。⁶⁵¹

328. 对应反措施概念具有某种真实的吸引力，它涉及“针锋相对”的报复的本能；它还涉及一种想法，那就是，一国如果对另一国做了不法行为，它就不应该抱怨该另一国以其道反治其人之身或者违背相同的义务。但是，有一些国家坚决反对作为采取反措施的一项限制条件的对应反措施概念。⁶⁵² 兹将这些意见简要地摘述如下。第一，对应反措施显然需要受害国能够如同责任国一样强加同等的或相关的措施；是否真能这样基本上都要看机缘。例如，如果乙国无财产在甲国

⁶⁴⁹ 如同国际法院申明的：《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页和第 63 页（第 101 段）。

⁶⁵⁰ 见 A/CN.4/498/Add.4, 1999 年 7 月 19 日，第 323、359 和 383 段。

⁶⁵¹ 《1985 年……年鉴》，第二卷，第一部分，第 10 页（第 8 条）。Riphagen 还准许涉及暂停履行另一些间接义务的“报复”，但须符合一种（不太严格规定的）对应条件：同上，第 11 页（第 9 条）。

⁶⁵² 见对第 47 条的评注，第（1）段。

境内，甲国可能就无法在其境内扣押乙国的财产（以报复乙国扣甲国的财产）。第二，对应反措施概念假设国际间的义务都是对应的，但是，这并不当然如此，例如，义务可能是单方面的义务，或者甲国可能已经不可逆转地履行了它的义务。第三，由于考虑到国际秩序和人道因素，以致应禁止许多的措施，不论一国是否是类似行动的受害国：如果甲国任意驱逐其境内乙国的所有国民都离开甲国，乙国不应以此为理由对甲国进行报复。对应反措施概念（作为对采取反措施权利的一种限制）会助长责任国的严重违法行为，对此，受害国必将难以应付。

329. 但是，（国际法委员会一读后达成的）此项结论并没有能够结束对本问题的讨论。反措施比较更有可能满足关于必要性和相称性的要件，但须所采取的反措施涉及相同的义务或极密切有关的义务，例如航空服务仲裁案⁶⁵³就是一个实例。遇有一国处于卷入争端的边缘，不论所涉及的是航空服务或是准许另一国家使用机场，但都在某一另一领域强加不相关的措施，那么，不但不能解决该争端，而且极可能会使争端更形恶化。仍有理由主张不妨假设应赞同对应反措施——在这方面例如可以规定：如果可以合理地采取对应反措施，那么，应假设针对不相关的义务采取的任何措施均属不相称。但是将会难以评估什么是这方面的“合理地采取反措施”；特别报告员经权衡后认为可以在评注中充分地订明对应性同相称性之间的联系。

330. 这导致了一个问题，即是否不应当对反措施的范围强加某种新限制，即使这些措施并不具有严格的对应性。国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯案中认为反措施必须是“可以撤销的”。国际法院在判定“捷克斯洛伐克所进行的对多瑙河的分流引水行动因为不具有相称性质，所以不是合法的反措施”后还宣称：

“因此，应当指明为使反措施具备合法性所必须满足的另一项条件，即反措施的目的必须是为了促使不法行为国履行其国际法上的义务而且因此该项措施必须是可撤销的。”⁶⁵⁴

这方面的问题是，虽然某项措施可能是可以撤销的（例如资产可以解冻、民航可以恢复），但是，几乎不可能完全撤销该项措施在实施期间所产生的影响，因为目标国和第三方都已遭受所造成的损失。例如，因暂停实施航空服务协定而受到影响的航空企业会损失收入（它的确有可能被迫从破产边缘走向实际清盘）。然而，从未有国家建议应当规定已成功地采取了反措施的国家必须向可能已因此遭受损失的所有各方提供赔偿；这样规定将导致有效地禁止许多情况下的反措施。⁶⁵⁵

⁶⁵³ 《联合国国际仲裁裁决汇编》，第18卷，第417页（1978年）。

⁶⁵⁴ 《1997年国际法院案例汇编》，第7页和第57页（第87段）。

⁶⁵⁵ 当然应加区别反措施已损害到的涉及受害国的权利的拥有者和此项措施间接影响的一方。对乙国的贸易禁令极可能会影响在乙国境内贸易或同乙国贸易的第三方；就这一点而论，这极不同于针对此类第三方的贸易禁令。

331. 但是，可撤销反措施的概念仍可成立。关于反措施的要点在于它们是有目的的；采取它们应是为了达成某一特定结果（目标国履行其关于停止和赔偿的国际义务）；只有在这些反措施仍然是为实现此项目的所必要者，它们才有理由实施。采取反措施的国家违背了国际义务致使目标国遭受不能挽回的损害等于是针对不履行义务的惩罚或制裁，而非本条款草案所设想的反措施。困难在于如何表叙这个构想。如不采用可撤销性之类的字句，似应为此目的而在第 47（2）条内将反措施界定为涉及暂停履行对目标国的义务的行为。⁶⁵⁶ 这显然将会使反措施不足以妨碍恢复履行义务；可在评注中更详尽地明订此项规定。

第 47 条的其他方面

332. 第 47 条条文的其他方面比较不具争议性。显然只有在符合其后各条内所明订的条件和限制时才得采取反措施。这点无疑是必须说明的，但不需要在另外一款内加以说明。还已经明确的是，本条款草案规定反措施是为了实现一种促进目的，而非惩罚目的。只有为了促使责任国履行其停止和赔偿义务的目的，才可采取反措施。同样，在采取反措施之前，受害国必须先请责任国履行义务，而且须责任国无法履行或拒绝履行此项义务。⁶⁵⁷ 实现构成采取反措施的必要性情况理由的成立并非出于关于此点的违背义务，而是出于随后的无法履行此项义务。为了确立此项无法履行的事实，显然必须先吁请责任国履行其义务。

333. 特别报告员在下文内将按照这些结论建议另一种版本的第 47 条。⁶⁵⁸

(b) 反措施制度之外的义务

334. 目前的第 50 条（禁止采取的反措施）结合了一些极不相同的禁止规定。⁶⁵⁹ 有一些项下的规定完全针对禁止某些类型的反措施（(a) (c) (e) 项）。至少有一项（(b) 项）所针对的是反措施的后果，但须它们不涉及某些形式的“极端的……胁迫”。(d) 项这一项规定的内容是禁止减损“基本人权”，它起源于国际人道主义法领域内早已确立的某些禁止报复的原则，但它却也引起另外一项问题，那就是，是否不应讨论反措施对间接妨碍基本人权的影响。但是，更妥善、更明智的处理方式似乎是区别不致因为反措施而暂停的义务同在反措施实施期间内必须履行的义务——换言之，应区别反措施的主题和反措施的后果。第 50 条可以有效地一分为二：一条（关于第 47 条）处理前一问题；一条则处理后一问题。

⁶⁵⁶ 在这方面，特别报告员建议应回复到 Riphagen 先生在其第六次报告中所使用的字句：《1985 年……年鉴》，第二卷，第一部分，第 10-11 页。

⁶⁵⁷ 国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯案中曾申明（《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页和第 56 页（第 84 段））：“受害国必须已经吁请不法行为国终止其不法行为或就该行为提供赔偿”。

⁶⁵⁸ 见下文，第 367 段。

⁶⁵⁹ 关于第 50 条案文和针对它的评论，见上文，第 289 至 297 段。

以武力执行的反措施

335. 至于反措施的主题，第一项、也是无争议的禁止情况是以武力执行的反措施（现有的第 50 条（a）项）。关于在国际关系上各国使用武力的规则都是《联合国宪章》内载或提及的各项主要规则，或许还包括一般国际间已接受的惯例上已确立的某些其他的规则。既然这些规则已载于《宪章》，那么，依照第一百零三条，它们就具有最高的效力；无论如何，已普遍认为，如果有任何国际法规则具有强制性规范的地位，那么，这些规则就是此类的规范。如从对重要义务和次级义务加以区别的观点来看，这些规则均属主要规则；本条款草案在功能上不应利用拟订一些或许可能的⁶⁶⁰ 次级规则来限定或扩大它们。但是，无论如何，受到《宪章》禁止的涉及使用武力的反措施都无法立足于现代国际法。

336. 因此，唯一的问题就是应如何拟订 (a) 项。法国建议应根据维也纳公约第 52 条制订新的一项规定；⁶⁶¹ 这是一种改进，但是，需要作出某些进一步的调整，以期顾及提议的关于第 50 条的概念，那就是，可能的反措施主题应不包括某些既定的义务。因此，第 50 条 (a) 项内的反措施制度不应包括“《联合国宪章》所载关于武力威胁或使用武力方面的各项义务”。

为维持外交和领事不可侵犯性所需要的最起码的义务

337. 载于 (c) 项的第二种禁止规定则涉及“侵犯外交或领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性的行为”。同 (a) 项对比之下，本项下的关注是职能上的关注。这不是出于有关外交和领事不可侵犯性的规则是强制性的规范或不可减损的规范。而是认为，(c) 项是为了在两国关系在关系定义上可能处于紧张状态时仍可维持最起码的外交沟通。这也是为了设法避免在作为反措施的目标方面，发生外交人员和馆舍实际上成为长期性质的可能的劫持对象。在这方面，国际法院在外交和领事人员案中的评论极为重要。该法院指出，即使所指称的美国对伊朗的犯罪活动不足以侵犯了外交和领事之不可侵犯性辩解，但是：“外交法本身却规定了旨在防止和制裁外交或领事使团人事的非法活动的必要手段。”⁶⁶² 该法院进而将外交法上的各项规则称为“自成一体的制度”并且宣称“外交人员的人身和外交使团的馆舍的不可侵犯原则应当是此项长期以来既定制度中的一项最根本的基石”。⁶⁶³ 该法院显然不认为如果违背了某些其他的国际义务就应构成侵犯了不可侵犯性的理由或借口。

⁶⁶⁰ 在它们可能依然受到国际法承认的意义上，这些规则包括关于交战报复方面的一些规则，这些非属次级责任规则的规则都是关于武装冲突期间所容许的行为的主要规则。

⁶⁶¹ 参看上文，第 314 段。

⁶⁶² 《1980 年国际法院案例汇编》，第 3 页和第 38 页（第 83 段），它尤其提到了 1961 年维也纳公约第 9 条。

⁶⁶³ 同上，第 566 页（第 86 段）

338. 可以指出，没有一个政府曾建议应删除(c)项。⁶⁶⁴ 正如同一个政府所评论的，此类的不可侵犯性的确可能不会发生在“一切情况”；但是，应当在评注中解释所保持的正是应当按照国际法上的可适用的规则尊重两国间现存不可侵犯性的义务。当然，这全然不应影响接受国依此类规则所应享有的权利（例如终止该使团、宣布某人为不受欢迎人员、在行动自由方面强加对应的限制等等）。另一个国家至少曾以推论方式提出下列问题，即是否或许能够使外交和领事馆舍和人员的不可侵犯性受制于对应反措施：换言之，甲国是否可以因为乙国扣下了甲国的外交人员或馆舍而有理由对乙国的人员或馆舍采取同样的扣押行为。⁶⁶⁵ 但是，现代的国际间似乎没有出现案例证明可将侵犯了外交或领事不可侵犯性一事（区别于其他的特权）可作为采取反措施的理由；而且同前引的国际法院断然明示的字句有所不同的是，似乎不宜专门为了(c)项的目的而特设这样一种制度。该项应维持现有字句不变。

解决争端领域内的义务

339. 在国家间冲突期间的另一项功能上的必要性是在业务上应维持所有现有的关于解决争端的规则。如同国际法院在外交和领事人员案中就双边友好条约所指出的那样，“认为任一缔约国已违反了该条约的任何指称都不应产生可妨碍该缔约国援引该条约内关于和平解决争端的规定的后果”。⁶⁶⁶ 此点虽然未载入第 50 条，但是，它却间接载入了第 48（2）条，因为它规定受害国应遵守它同目标国之间有效的“任何解决争端程序”。但是，最好的方式却应是由第 50 条明文规定不可暂停关于解决争端的义务以作为一项反措施。

人权和人道主义法方面的义务

340. (d) 项禁止因为“减损基本人权的任何行为”而得采取反措施。正如同一个政府⁶⁶⁷所指出的，这个引起困难，因为首先，人权义务至少不是特定国家的应负义务；因此，不容易了解的是，人权义务如何可以本身就成为合法反措施的立体。当然有可能发生甲国在采取针对乙国的反措施时（例如冻结在其境内的乙国财产）会侵犯某些人的人权，不论是否为乙国的国民。但是，从提议的关于第 47 条的措词显然可以看出，针对乙国系属合法或适法的行为并不导致它对第三方，包括对个人也是合法的。无论如何，措施的本身在此情况下并不会受到禁止，应

⁶⁶⁴ 见上文，第 294 段。

⁶⁶⁵ 见上文第 294 段内载美国的此项评论；关于对应反措施的讨论情况则载于上文，第 327 至 329 段。

⁶⁶⁶ 《1980 年国际法院案例汇编》，第 3 页和第 28 页（第 53 段）。这是针对仲裁条款独立原则的反措施领域中的对立面。例如见《维也纳条约法公约》第 65（4）条和 S. M. Schwebel 著，《国际仲裁：三个突出的问题》（剑桥，格老秀斯出版物，1987 年），第一部分。

⁶⁶⁷ 见上文，第 295 段。

受禁止的仅仅是它对第三方的影响。⁶⁶⁸ 针对“基本”人权的保留规定或许有必要载入提议的涉及采取反措施的条件的第 48 条，但却不应当载入第 50 条。

341. 但是，第 50 条或许必须规定应根本禁止对个人的报复，这种禁令存在于国际人道主义法。1929 年和 1949 年的公约和 1977 年第一议定书都特别规定应禁止针对特别规定的类别的应受保护者的报复，这些禁止规定已被普遍接受。⁶⁶⁹ 一般国际法或多边条约显然都酌情禁止某些种类的报复行动；在任何情况，包括对应的或其他的反措施情况，相关义务都不当然可以中止。⁶⁷⁰ 本条款草案应载入一个以维也纳公约第 60（5）条为范本的条款。下文内将会讨论产生损及基本人权的影响的更广泛的反措施问题。⁶⁷¹

其他强制性规范下的义务

342. 最后，(e) 项规定，反措施不包括“违反一般国际法强制性规范的任何其他行为”。作为一种单方面行为的反措施显然不应减损国家间甚至不得用条约加以减损的强制性规范。但是，有一些政府已表示关注这样的条款，这是因为它们对强制性规范的一般立场，或是由于对该类规范缺少特别内容的原因。⁶⁷² 但是，真正的困难在于难以查明还不致因为反措施本身的概念或其他具体禁止规定而业已禁止适用的现有的强制性规范。例如这方面包括：（根据针对国家的反措施的基本概念和提议的类似于关于基本人权的第 50（d）条的规定，⁶⁷³）显然都应排除在外的禁止灭绝种族罪、奴役和酷刑。依照关于在国际关系上使用武力的规则（普遍认为这些规则都不得减损）应规范本问题的原则，(a) 项应当排除在可执行的反措施之外。⁶⁷⁴ 因此，这可构成删除应属不必要的(e) 项的一项理由。另

⁶⁶⁸ 正如同该法庭在 Cysne 案中所指出的，“除了针对不法行为国之外，不容许进行报复。公认的看法是，针对违法国进行的合法报复可能会影响到无辜的第三国的利益。但是，这只是间接的、非自愿性的后果，也是受害国在实践上一直想要避免发生或尽全力加以限制的后果。”《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第 1052 页和第 1057 页（1980 年）。

⁶⁶⁹ 见 K. J. Partsch, “报复”，《国际公法百科全书》（北荷兰，阿姆斯特丹，1986 年），第二卷，第 330 页和第 333-334 页；S. Oeter, “战斗的方法和手段”，载于 D. Fleck（编），《武装冲突期间人道主义法手册》（牛津大学出版社，牛津，1995 年），第 475 至 479 页，它对有关的规定附加了参考材料。

⁶⁷⁰ 见《维也纳条约法公约》第 60（5）条，它禁止各国因为别国实质上的违背义务暂停或终止涉及下列事项的任何条约规定：

“各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”。在维也纳会议上，会议以 88 票对零票、7 票弃权同意增列第 5 款。该款规定后来无改动地又列为相对应的 1986 年公约的第 60（5）条。

⁶⁷¹ 见下文第 349 至 351 段。

⁶⁷² 见上文第 318 页。

⁶⁷³ 见下文第 349 至 351 段。

⁶⁷⁴ 见上文第 335 段。

外一方面，新的强制性规范有可能获得确认；如果整个国际社会都认为某项规定可据以判定在任何情况下均不得受到减损，那么，当然就应禁止可能会减损该项规则的反措施。基于这些理由，应保持(e)项。

343. 的确有理由扩大(e)项以适用于受害国和目标国之间已商定为不得减损的现行国际法上的其他规则，不论这些规则是否可按一般国际法上的强制性规则。另外一方面，区域性人权公约领域内具有关于不可减损的规则的标准实例；关于人权的反措施的后果问题则用其他的方法予以处理。此外，多边条约内不存在减损问题条款并不表示可以自由地采取减损行动；的确只有在载入了此类条款之后才可采取减损行动。双边或多边条约无疑有可能不承认可能会发生由于该条约被违背或由于涉及它的主题而导致采取反措施。例如这种情况就发生在欧洲联盟的条约，它们有其自身的执行制度。⁶⁷⁵ 依照世界贸易组织的规定，必须先取得特别许可才可采取报复措施；这又可以排除可基于世贸组织协定和另一些有关协定受到违反的理由依照一般国际法采取反措施的任何剩余权利。⁶⁷⁶ 既然已适当地将减损问题条款或其他条约规定（例如关于禁止保留的规定）解释为它们是表示该条约规定是“不可逾越的”，那么，它们就极有可能导致应禁止反措施。⁶⁷⁷ 但是，可以用单行法规定（目前的第 37 条）实现此项目的；在这点上只须指出对第 50 条的评注内所述的可能情况就足够了。

(c) 采取和维持反措施的条件

344. 一读通过的第 48 条专门规定采取和维持反措施的程序性条件⁶⁷⁸。出于已叙明的原因，在本议题下有必要既考虑程序性问题又考虑实质性问题。

(一) 实质性条件

345. 在此需考虑四个问题：相称性、对第三国权利的影响、对人权的影响和“极端胁迫”的情况。一读所通过的第 49、47 (3)、50 (d) 和 50 (b) 条对这些问题分别做出了规定。

⁶⁷⁵ 关于欧洲联盟法律如何禁止单方面反措施，例如见第 90 和 91/63 号案件，委员会诉卢森堡和比利时[1964 年]，ECR，第 625 页和第 631 页；第 52/75 号案件，委员会诉意大利[1976 年]，ECR，第 277 页和第 284 页；第 232/78 号案件，委员会诉法国[1979 年]，ECR，第 2792 页。

⁶⁷⁶ 见《关于解决争端的谅解书》第 3 (7) 条；关于此类许可的实例，见解决争端机构的决定，它载于《欧洲共同体：香蕉的进口、销售和分配制度》(WT/DS27, 1999 年)。

⁶⁷⁷ 采用国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案中所使用的同义语；见《1996 年国际法院案例汇编》第 226 页和第 257 页（第 79 段）。

⁶⁷⁸ 见上文第 276 至 283 段。

相称性

346. 没有人怀疑相称性是采取反措施的一个关键制约因素，各国也普遍支持应保有一条关于相称性的条款⁶⁷⁹。现在的问题是该条款的提法。显然应考虑不法行为的严重程度及其对受害者（但不一定是国家）的影响。然而，一些国家政府提议应更严格地拟订相称性的规定，这就意味着目前双重否定式的提法“不得不成比例”需重新加以考虑。在适用相称性的其他法律领域，一般是用肯定的提法来表述该规定，尽管在这些领域中同样无法准确确定相称性⁶⁸⁰。国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中指出，反措施必须“在顾及所涉权利的前提下，与遭受的伤害相一致”⁶⁸¹。这种肯定的提法看来显然是可取的。问题在于是否也适宜在第 49 条中引入目的的概念，即要求应检验反措施的相称性，看看“制定反措施的目的是否是为了使不法行为者履行其在国际法上的义务”。⁶⁸² 这的确是一种要求，但它是第 47 条拟订的必要性检验标准的一个方面。相称性无疑与必要性有联系，因为一种明显不相称的措施很可能也会被视为没有采取的必要。一种措施之所以必要是因为如不采取这种措施，目标国就不太可能履行其义务。然而，即便是这种措施也有一个限度。在所有情况下，反措施都必须与所遭受的伤害相称，而这在一定程度上并不取决于是否有必要采取该反措施以实现一个特定目的。因此，特别报告员提议，反措施应“考虑到国际不法行为的严重性及其对受害方的影响，并与所遭受的伤害相称。”

对第三国的影响

347. 第 47（3）条明确规定，仅能针对责任国采取违反国际法的反措施。其实，这是由反措施的相对性和条件性影响所决定的，这已为第 47（1）条所具体规定；它也应与第 1 部分第 30 条中关于反措施是解除不法性的条件这一规定相一致。各国政府未对该提法提出任何怀疑，尽管一些国家质疑将第（3）段列入第 47 条的做法，还有一个国家建议应更为宽泛地拟订该段。⁶⁸³ 特别报告员本人十分怀疑单独做出一条规定的必要：因为反措施仅指受害国（或者可能是代表受害国行事的一国或数国）与责任国之间中止履行一项义务，这一点已十分清楚，因此，

⁶⁷⁹ 见上文第 308 至 309 段，政府评论摘要。

⁶⁸⁰ 这就是为什么仲裁法庭在航空服务仲裁案中采用否定式的提法：《国际仲裁裁决汇编》，第 18 卷，（1978 年）第 417 页和第 444 页（第 83 段）。但是，仲裁法庭当时处理的是对等反措施，是针对法国在空运领域采取的限制所做的回应措施。特别报告员里发根没有对对等反措施明确使用相称性检验标准，尽管他的确指出，“‘相称性’和‘临时保护’是对等措施所固有的因素”；1985 年 ... 年鉴，第二卷，第一部分，第 11 页。他对非对等反措施或他所称的报复措施采用了“明显不相称”的检验标准：同上。

⁶⁸¹ 《1977 年国际法院案例汇编》，第 7 页和第 56 页（第 85 段）。

⁶⁸² 见上文，第 306 段。

⁶⁸³ 见上文，第 296 至 297 段。

严格地说，没有必要提及第三国的利益。从定义上讲，第三国的权利（即受害国履行其对第三国的义务）未受损害。这并不意味着第三国不会受到反措施的后果的影响。反措施（例如，中断贸易联系这种反措施，假设这种中断对目标国而言构成对国际法的违反⁶⁸⁴）可能会对第三国造成非直接或间接的影响，但这是另外一个事项。的确，对反措施做出有关第三国权利方面的单独的限制规定，不仅没有必要，而且不可取，因为这反而给人一种印象，似乎反措施是客观运作的，即是针对所有国家的，而实际并非如此。⁶⁸⁵

348. 第 30 和 47（1）条应明确规定，仅解除责任国不法性的反措施具有相对和有限的影响。如果做出这种规定，那么严格地说，是否能以反措施为由违反对第三国的义务的问题也就不会出现。然而，爱尔兰政府提出的制订更宽泛的规定以保护第三国的利益的建议⁶⁸⁶也有一定的道理；这将附带地明确规定，反措施不能成为违反对第三国的义务的理由。

对人权的影响

349. 关于人权的看法与关于第三国权利的看法都处于相同的层级。显然，国家不是人权方面的义务的首要受益者，尽管各国有权援引这些义务并有权确保人权得到尊重。此外，人权义务有其自己的一套限定和减损制度，其中考虑到国家紧急状态等因素。因此，人权义务（无论是否被定为“基本”或“根本”人权）本身显然不能成为反措施的对象，换言之，人权义务不能由反措施所中止，而且除所适用的人权制度本身有规定之外，不可为违反人权义务的行为寻找理由或借口。真正的问题与此不同。它涉及针对一国采取的措施对该国中的个人或人口有间接影响的情形。

350. 在讨论安全理事会各制裁措施对平民特别是儿童的影响的议题时，已基本上讨论过该问题。这一议题不属于本条款草案的范围。然而，可以指出的是，经济、社会和文化权利委员会一般意见 8（1997 年）涉及一国或数国共同作为反措施实施的制裁和安全理事会实施的制裁。该一般意见强调“不论在何种情况下，

⁶⁸⁴ 见上文第 322 段。关于经济抵制可能违反国际法的问题，可参考 S·C·内夫《抵制和国际法》（1988 年）《英国国际法年鉴》，第 59 卷，第 113 页。

⁶⁸⁵ 宜将反措施与行使交战权利时采取的措施相比较。关于第三方在武装冲突中的地位，有一整套复杂的规则；例如，交战方在行使公海搜查和扣押权时，第三方的船只可能被搜查和扣押，射向交战方的武器可能伤及第三方的国民，尽管他们可能不是目标。可参考 L·Doswald-Beck 所编《San Remo 海上武装冲突适用国际法手册》（剑桥大学出版社，剑桥，1995 年；D·申德勒，“中立法自 1945 年以来的演变”，载于 A·Delissen 和 G·J·塔尼亚合编《武装冲突的人道主义法：未来的挑战》（Nijhoff, Dordrecht, 1991 年）第 367 页；M·博特，“海战中的中立：传统国际法中的规定”，载于同上，第 387 页。看来在反措施领域没有与该套规则等同的规则，因为采取反措施从未在国际法上造成与交战状态等同的“状态”。

⁶⁸⁶ 见上文，第 297 段。

这种制裁均应充分考虑到《经济、社会和文化权利国际盟约》的规定”，⁶⁸⁷ 并进而指出：

“在讨论制裁问题时，有必要区分对有关国家的当权者实施政治和经济压力使之遵从国际法这一基本目标与受制裁国最脆弱的群体遭受的附带影响。”⁶⁸⁸

从一般国际法的其他部分也可找到类似条文。例如，1977 年的第一号议定书第 54（1）条无条件地规定，“禁止作为作战方法使平民陷于饥饿。”联合国的两项人权盟约第一条第（2）款最后一句均规定，“在任何情况下不得剥夺一个民族自己的生存手段”：该规定是一读通过的条款草案第 42（3）条的基础。⁶⁸⁹

351. 因此，关于反措施对人权的影响引起各种关切，而且似乎有必要大致按照现有第 50（d）条的文字，对草案做出一些澄清。为避免让人以为人权义务可被反措施中止，保护第三方利益的拟议规定一般而言应明确提到受影响的人的人权。⁶⁹⁰ 尽管一些政府想澄清在提到“基本”或“根本”人权时包括或不包括哪些权利，⁶⁹¹ 但这不是条款草案所能解决的事项。应参照行为国在条约和一般国际法上的人权义务来解决该问题。

“极端胁迫”的情况

352. 最后，必须提到第 50（b）条，该条禁止使用带有“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”的反措施。（b）段颇具争议，各国政府对其提出了各种意见，包括提出删除或彻底修订该段的提议。⁶⁹² 困难之处在于，一方面，对反措施可能会被滥用存在普遍关切，而在另一方面，根据反措施的定义，它在本质上是强制性的：它是为迫使一国履行其国际义务而采取的措施，这种措施虽不合法，但对实现该目的却是必要的。因此，禁止“极端胁迫”的做法定会受到下列反对。（1）所提到的“极端”胁迫仅可指对被允许的目的而言有效的胁迫措施。（2）“极端”一词无法界定其定义；（3）按照已加强的相称性规定，“极端”措施只能是对责任国的极端和不法措施做出的反应。（b）段提到的“旨在危害目标国领土完整或政治独立”的措施引起类似的疑问。可以说，合法“制订”措施以危害一国领土完整的情况是不存在的，因为首先，不能使用武力作为反措施，其次，一国的领土完整无法成为反措施的对象；与领土

⁶⁸⁷ 联合国文件 E/C.12/1997/8，1997 年 12 月 5 日，第 1 段。

⁶⁸⁸ 同上，第 4 段。

⁶⁸⁹ 见上文，第 38 至 42 段。

⁶⁹⁰ 拟议条文见下文，第 367 段。

⁶⁹¹ 见上文，第 317 段。

⁶⁹² 见上文，第 315 段。

主权相同，领土完整是国家的永久特征，不受中止措施的影响。至于政治独立，如果说危害一国的政治独立是为了要求该国做它拒绝做的事情，即履行其国际义务，那么可以说这正是反措施的目的。同样，如果该规定意味着一国的政治独立在其他方面不能受到危害，那么问题是条款草案认为合法的反措施如何能取得这种效力。

353. (b) 段的另一个问题是它仅禁止使用“极端”胁迫和目的是危害领土完整或政治独立的措施。这就意味着目的是危害领土完整但不太极端的措施（例如反干涉或反叛乱措施）也许是合法的。因此，如果甲国允许一个分离主义或叛乱团体从其领土上进行反对邻国乙的广播，则邻国乙也可同样允许一个试图分裂甲国的叛乱团体进行广播。一般而言，广播不是“极端胁迫”的一种形式，即便它是非法的。

354. 因此，(b) 段的提法有缺陷，问题是能否设想出某种替代的提法，在其他条款中列出的限制之外做出额外的限制，以防止滥用反措施。删除(b)段的提议有一定道理，但总的说来，特别报告员认为，该段试图处理的关切的确存在。他建议的条文大意为，反措施不可危害目标国的领土完整或干涉其国内管辖权。⁶⁹³ 显然，该国是否履行其停止和赔偿的国际义务不属国内管辖权的事项，但反措施不得成为干涉责任国其他内部事务的借口。这些内部问题与其履行国际义务的问题不同，它们继续受到国内管辖权原则的保护。

(二) 程序性条件

355. 鉴于委员会于 1999 年已达成并已总结的结论，⁶⁹⁴ 对第 48 条的讨论必须从本条款草案将不在反措施与解决争端的任何具体方法之间建立有机联系的基础上来进行。至少目前，委员会的作用是拟订关于反措施的规定，所依据的是(a)作为编纂和逐渐发展的事项，谋求表示一般国际法上关于反措施的适当规定，和(b)根据国际法，国家有权(以及有义务)以自己选择的和平手段解决争端。但这并不意味着本条款草案不须提及在某一情况下可适用于当事方的解决争端方式。

356. 第 48 条的规定及其所引起的激烈讨论已经述及。⁶⁹⁵ 所提出的三个明显问题是：

⁶⁹³ 《友好关系宣言》(大会 1970 年 10 月 24 日第 2625 (XXV) 号决议) 在处理不干涉原则时规定：

“任何国家均无权以任何理由直接或间接干涉任何其他国家之内政或事务……每一国均有选择其政治、经济、社会及文化制度下之不可移让之权利，不受他国任何形式之干涉。”(着重号是附加的)

大量的决议、条约和其他文本内也载有类似的申明。

⁶⁹⁴ 见上文第 265 段。

⁶⁹⁵ 见上文第 298 至 305 段。

- (a) 争端通知的初步规定；
- (b) 采取反措施与谈判的规定(和“临时性保护办法”的折衷规定)的关系；
- (c) 当争端已善意地提交第三方解决时暂停反措施的规定。

357. 关于第一个问题，显然，因某一违反国际法行为而受害并考虑对此采取反措施的国家，应首先吁请责任国遵守其停止和赔偿的义务。⁶⁹⁶ 不论对援引责任的正式规定所采取的立场为何，⁶⁹⁷ 在未让责任国有机会回应其控诉之前，受害国不得采取反措施。一读通过的第 47 条第 1 款中的确很简略地阐明了这一点，即参照对受害国的要求的反应来评估是否必须采取反措施。但却没有提及这些要求应该如何措辞。法国在其重新草拟的第 48 条中提议受害国应“向”责任国“提出合理要求”吁请其遵守，向它通知拟议的反措施并同意进行谈判。但同时(从通知之日起)，认可“执行为维护其权利可能必要的临时性反措施”。⁶⁹⁸ 实际上，这以新的，更具体的(和特别报告员认为，已改进的)文字将一读通过的第 48 条第 1 款内的两个要素结合起来。但不论对临时性措施的第二个要素所采取的立场为何，看来最好具体规定在采取反措施之前，必须先吁请责任国遵守其义务而且请自己无法遵守或拒绝遵守。当有必要或可能有必要采取反措施时，可对反应设定相当短的时限；不过，由于许多各种可能的情况，在第 48 条之内看来不适合设定任何具体时限。

358. 关于第二点，普遍同意的是，可能涉及反措施的争端的当事方应该遵守对它们具有约束力的任何解决争端程序。现有的第 48 条第 2 款如此规定，因此应该予以保留。但问题是，就争端进行谈判的义务应该是采取任何形式或任何非临时性的反措施的先决条件。在这方面，可以提出以下几点意见：

(a) 不论是否明文采用反措施“可撤销性”的准则，反措施的基本要点是它们是促进性的，而不是惩罚性的，当责任国遵守其国际义务时，它们就必须终止。在这个意义上，它们总是具有临时性；

(b) 一读第 48 条第 1 款内所用的“临时性保护办法”的措辞是不明确的，会与国际法院和国际法庭所指的或所裁定的临时性措施相互混淆。⁶⁹⁹ 对这种措施的非常简略地加以“定义”也是令人不满意的；

(c) 即使第 48 条第 1 款内拟订得不很好，但在针对一项违法行为立即和临时采取的措施(例如暂时吊销执照，暂时冻结资产)同虽然仍可终止，但却有更

⁶⁹⁶ 国际法院认为，一般国际法对此已有规定；见上文第 535 段。

⁶⁹⁷ 见上文第 234 至 238 段。

⁶⁹⁸ 见上文第 566 段内法国提案的全文。

⁶⁹⁹ 见例如《国际法院规约》第四十一条；《联合国海洋法公约》1982 年，第 290 条。

明确效果的措施(例如撤销执照一然而仍可重新签发之;将资产置于某种管理或监管之下—然而仍可予以释放)之间仍有明显的区别。本条款草案应鼓励更加慎重的措施,并应鼓励如果可以进行亦而不致最后伤害受害国的权利的谈判机会;

(d) 虽然它在一读对第 48 条辩论时获得了一些支持,但如规定应推迟一切反措施直至谈判完结或最后破裂,显然是不会令人满意的。⁷⁰⁰ 反而,这将是拖延和搪塞的方法。

即使在文字上有这些缺点,基于上述原因,特别报告员认为,第 48 条在一方面的通知和谈判与另一方面的受害国采取临时性措施保护其权利的能力之间保持了基本的均衡,这是适当的。而且,前文已提及的法国政府的提案在两者之间保持了很漂亮的均衡。特别报告员提议的条文大体依照其文字。⁷⁰¹

359. 第三点涉及一旦已经诉诸争端解决程序和法院或法庭有权力命令或指示临时性保护措施时,反措施的可能撤销性。在这种情况下一和只要争端解决程序正在善意地执行时—看来单方面行动是站不住脚的。将这一原则纳入的第 48 条第 3、4 款并不纯然是委员会的发明。这是从法庭在“航空服务”案的评论所得到的灵感。⁷⁰² 此外,这基本上也曾被对第 48 条提出评论的国家所接受。⁷⁰³ 特别报告员认为,这一点应该予以保留。

360. 总结对上文指出的三个问题的结论,现提议本条款草案应规定:

(a) 在采取反措施之前,必须已吁请责国遵守义务而且它已无法遵守或拒绝遵守义务;

(b) 在谈判期间,不应禁止反措施;相反,一读通过的在“临时性”和其他措施之间的区别应该予以保留,但应以较明确的文字来拟订;

(c) 当争端已善意地提交第三方解决时,应该终止反措施,但以不法行为不是持续行为为条件。

(d) 反措施的终止

361. 上文已经指出,法国提议一项关于终止反措施的规定,其大意是一旦证明采取反措施有理的条件已不复存在时,即“一旦违反的义务已履行和受害国已获

⁷⁰⁰ 这一看法被法庭在航空服务仲裁案中否决为一般国际法问题,《联合国国际仲裁裁决汇编》,第 18 卷,第 417 页(1978 年)和第 445 页(第 91 段)。

⁷⁰¹ 见下文第 367 段内的提议的案文;也见脚注 717 内的备选案文,它在“临时性”和其他措施之间不加区别。

⁷⁰² 《联合国国际仲裁裁决汇编》,第 18 卷,第 417 页(1978 年)和第 445 至 446 页(第 94 至 96 段)。

⁷⁰³ 见上文第 305 段。法国提案(上文脚注 566)以几乎同样的文字将同一原则纳入。

得充分赔偿时”，反措施必须终止。⁷⁰⁴ 现有的条文明确隐含这一点，但极可以明文予以表明。⁷⁰⁵ 特别报告员建议的单独一条涉及撤销和终止反措施，其中也纳入了一读通过的 48 条中关于撤销反措施的规定。⁷⁰⁶

(e) 第 30 条的拟订

362. 剩下的问题是第一部分中第 30 条的拟订。假设关于反措施的具体条款已载入了第二部分之二，则第 30 条可以是非常简单的。现建议其规定：

“一国不符合该国的国际义务的行为，如果该行为构成第[47]至第[50 之二]条规定的合法反措施，则该行为的不法性即不成立。”⁷⁰⁷

4. 反措施和不履行的例外情况

363. 特别报告员在其第二次报告中曾建议应确认狭义解释上的不履行的例外情况为不法性不成立的一种情况。⁷⁰⁸ 对这一提议的反应不一，大家商定应参照重新审议反措施条款的情况再加以审议。⁷⁰⁹ 同样，正如 1999 年在第六委员会上所表示的，各国政府对该提议也是意见不一。⁷¹⁰

364. 问题首先是不履行的例外情况是否是某种形式的反措施。显然，例外情况仅适用于对双方具有约束力的义务，即一方的履行与另一方的履行有关并以它为条件。通常，这涉及同一或密切有关的义务的履行。但特别报告员认为，显然不应将不履行的例外情况指为第 47 条意义内的反措施。当例外情况适用时，甲国有权不履行的理由仅是，在乙国未履行相关义务时，甲国履行的时机未到而已。的确，甲国可不履行以便促使乙国履行。但这并不是例外理由，因为这是反措施的理由。甲国的动机是不相干的；它可能仅是如果乙国不履行则它也不想履行。而且，也不需要通知或不需要试图以外交或其他手段解决争端，作为继续适用例外情况的条件。情况并不复杂，即在例如对战俘交换或对某些项目的合资经营达成协议之后，甲国没有义务释放战俘给乙国或提供资金，除非乙国同样愿意履行其义务。因此，不履行的例外情况应该视为解除对某一种类的(对双方具有约束

⁷⁰⁴ 见上文第 319 段。

⁷⁰⁵ 见下文第 367 段内的提议的条款。

⁷⁰⁶ 关于所提议的条文，见下文第 367 段。

⁷⁰⁷ 见特别报告员的第二次报告，A/CN.4/498/Add.4, 第 392 段。

⁷⁰⁸ 同上，第 314 至第 329 段。所建议的案文（即第 30 条之二，同上第 356 段）是依据常设法院在 Chorow 工厂（管辖权）案中的意见，常设国际法院，A 辑，第 9 号（1927 年），第 31 页，根据该意见，“一方不能利用另一方未履行某些义务……如果前者以某种非法行为阻止另一方履行该义务”。

⁷⁰⁹ 见《1999 年国际法院案例汇编》，第 334 至第 347 段的辩论摘要。

⁷¹⁰ 见专题摘要……（A/CH.4/504），第 52 段，其中摘要说明各种意见。

力的)义务的不法性的情况或应限于某些条约所暗指的条件。反过来说,当不法行为和不履行之间的关系与相称性问题有关时,在反措施的法律中,对此项关系没有也不应该有具体的规定。⁷¹¹

365. 但即使在法理上与反措施有区别和甚至不少国际权威和意见也加以确认,⁷¹² 不履行的例外情况并没有理由作为不法性不成立的情况而列入本条款草案。根本的问题在于例外情况是否在国际法上要将其视为限于传统的义务或条约上的义务,即就解释上而言,从条约内所订义务的交换予以推论,或是否它具有更广泛的法律基础。⁷¹³ 如果是前者,就可将其适当归类为一项主要规则,而无须列入本条款草案。

366. 看来没有太多疑问的是,在更广泛的形式下,不履行的例外情况应该视为依据条约或合同解释,履行同一或相关义务是被视为有条件的。⁷¹⁴ 但对国际法院在 Chorzow 工厂(管辖权)案中承认的较狭义的原则的立场是不同的。在这个案件中,其关系并不在于对双方具有约束力的义务之间者,而是在于双方的行为之间者;一方的不法行为“阻止”了另一方无法履行该义务。这只是一般原则的适用,即不应该允许一方依赖其本身不法行为的后果。特别报告员认为,这一原则能够在国家责任领域产生新的后果,一读通过的第 38 条将会保持这些后果。⁷¹⁵ 是否应该将这项一般性原则的任何具体方面纳入本条款草案是个判断上的问题。不过,如果保持第 38 条,那么委员会就可认为已充分照顾到 Chorzow 工厂案中的原则。⁷¹⁶ 因此,以及鉴于对它的意见不明确,特别报告员并未极力主张应采纳他提议的第 30 条之二。

⁷¹¹ 见上文,第 327 段至第 329 段。

⁷¹² 除第二次报告第 314 至 329 段内所引述的权威意见之外,也见 Klockner Industrie-Anlagen GmbH 诉喀麦隆共和国案(1984 年)《投资争端解决中心案例汇编》,第二卷,第 95 页和第 156 至 159 页;P.D.O'Neill 和 N.Salam,“债务应同时履行的抗辩是不是新的商事法的一部分?”,载于 E.Gaillard 编辑的“国际商业仲裁的跨国规则”(国际商会,巴黎,1993 年),第 152 页。

⁷¹³ 对于条约法内的关于情况根本改变的理论是否依据条约的某一隐含条款还是它是一项独立的法律规则的辩论是有明确的类比的。《维也纳条约法公约》,第 62 条已将它视为一项法律规则,而这是目前公认的看法;见渔业管辖权案,《1973 年国际法院案例汇编》,第 63 页(第 36 段)。

⁷¹⁴ 例如见 D.Ruzie,“国际公法”第十三版,Dalloz,巴黎,1997 年)第 48 页;D.W.Greig,对应性、相称性和条约法(1994 年)《弗吉尼亚大学国际法学报》,第 34 卷,第 295 页和 399-400 页。

⁷¹⁵ 见上文第 63 段。

⁷¹⁶ 此外,在案文方面也有问题。当甲国的违背行为彻底阻止乙国的履行例如,当甲国阻止乙国为履行其义务不得不进入其信封或获得资源时)乙国将能够以不可抗力来抗辩。不过,在技术上,乙国如果仍然可以履行(例如,使用本身的资源,而不是甲国应该提供的资源),就不能说甲国实际阻止其履行:乙国的理由在于平等,而不是不可能。这进而意味着在适用“Chorzow 工厂案原则时必须灵活,而如果要保留第 38 条,那就更加有必要将这一点纳入该条约内。

5. 关于受害国采取反措施的结论

367. 基于上述理由，特别报告员建议应将关于受害国采取反措施的下列规定纳入第二部分之二的第二章：

第二部分之二

国家责任的执行

第二章

反措施

第 47 条

反措施的目的与内容

1. 除须遵照下列条款规定外，受害国可向应对国际不法行为负责的国家采取反措施，以促使该国遵守第二部分规定的义务，但须该责任国尚未遵守这些义务并须鉴于该责任国对此项要求的反应而有此必要。
2. 反措施限于暂不履行对责任国采取措施的国家的一项或多项国际义务。

第 47 条之二

不受反措施约束的义务

下列义务不得通过反措施予以撤销：

- (a) 关于《联合国宪章》内载的武力威胁或使用武力方面的义务；
- (b) 关于外交或领事人员、房地、档案或文件不可侵犯性的义务；
- (c) 关于第三方解决争端的义务；
- (d) 人道主义性质的义务，但不包括对因此受保护的人采取任何形式的报复，或
- (e) 一般国际法强制性规范规定的任何其他义务。

第 48 条

与采取反措施有关的条件

1. 在采取反措施以前，受害国应：
 - (a) 向责任国提出合理要求，吁请它履行其义务；
 - (b) 通知该国它打算采取的反措施；
 - (c) 同意本着诚意与该国谈判。

2. 受害国可从通知之日起，暂时执行为维护本章规定的它的权利可能必要的反措施。
3. 如谈判未在合理期限内达成解决争端的办法，则按照本章规定行事的受害国可采取该反措施。⁷¹⁷
4. 采取反措施的国家应该履行按照对它和责任国有效的任何解决争端程序以解决争端的义务。

第 49 条

相称

反措施必须与国际不法行为的严重性及其对受害国的伤害后果成比例。

第 50 条

禁止采取的反措施

反措施不应：

- (a) 危害责任国的领土完整或等于干预该国的国内管辖权；
- (b) 减损第三方的权利，特别是基本人权。

第 50 条之二

暂停和终止反措施

1. 反措施必须暂停，如果：
 - (a) 国际不法行为已经停止，并且
 - (b) 争端已提交有权发布命令或作出对当事国具有约束力的裁定的法庭或其他机构。
2. 尽管有第 1 款规定，如责任国没有履行要求或法庭或机构发布的指令，或以其他方式本着诚意实行争端解决程序，则可恢复采取本章规定的反措施。
3. 一旦责任国已遵守第二部分规定的关于国际不法行为的义务，则应终止反措施。

⁷¹⁷ 如果委员会决定不对“临时性”和其他措施之间作任何区别，则下列条款可取代第 1 至第 3 款：

“1. 采取反措施以前，必须已吁请责任国遵守第 46 条之三所规定的义务而它却无法或拒绝遵守该义务。”