



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.521
25 July 1995
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第四十七届会议
1995年5月2日至7月21日

国家责任

条款草案第二部分第13和第14条的评注草案

第 13 条

相 称

受害国采取的任何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。

评 注

(1) 相称性在反措施制度中的重要性为理论和判例所普遍接受。相称的概念在十七世纪、十八世纪和十九世纪的理论中就已经或多或少明确存在了。¹ 二十世纪的作者虽然不是全部²，也多半认为：诉诸反措施的某一国家应该坚持相称原则。³

¹ GROTIUS, VATTEL AND PHILLIMORE 等人所采取的学说立场明显地意味着这一概念：在报复行为中扣押的物品可由受害的君主依法没收，“这是因为有必要抵偿不法行为所造成的原先债务和报复行为所引起的费用；富余部份应该归还作为报复对象的臣民的政府”。ROBERT PHILLIMORE 爵士，《国际法评注》，VOL. III, (LONDON, 1885), P. 32, 《ADDE》：HUGO GROTIUS, 《DE JURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES》，第三册，第二章 S., VIII 3, 国际法经典，国际和平，国际法司，J. B. SCOTT 编，(WASHINGTON, 1925), P. 629；和 E. DE VATTEL, 《国际法：或适用于国家和君主的行为和事务的自然律原则》，第二册，第十八章 342, J. CHITTY 编，(LONDON, 1834), P. 283。

² ANZILOTTI 认为相称规则只是一个道德标准。D. ANZILOTTI, 《CORSO DI DIRITTO INTERNAZIONALE》，VOL. I, (ROME, 1928), P. 167。STRUPP 认为不存在规定报复时必须遵守的相称性规则。K. STRUPP, DAS VOLKERRECHTLICHE DELIKT, IN STIER-SOMLO, 《国际法手册》，VOL. III, (STUTT GART, 1920), BIBLIOTHECA VISSERIANA, TOMUS SECUNDUS, (LEYDEN, 1924), PP. 568-569。

³ 在这方面，OPPENHEIM 采取的立场是：“无论是积极的或消极的报复，都必须同不法行为的程度和获取赔偿所必要的强制量相称”。L. OPPENHEIM, 《国际法》，VOL. II, LONDON 1952, P. 141。GUGGENHEIM 认为“(D)AS MODERNE VOLKERRECHT WEIST SODANN EINE VERPFLICHTUNG ZUR PROPORTIONALITAET DER REPRESSALIE AUF”。P. GUGGENHEIM, 《国际法论文》，VOL. II, (GENEVE, 1954), P. 585。

(2) 因此,现行的理论观点承认相称原则,认为这是反措施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。它考虑到政治力量、经济力量等方面不平等的情况,而在确定所要采取的反措施的类型和强烈程度时,这些情况可能是有关的。不相称的反措施可能引起使用反措施国家的责任,就此而言,相称原则提供了一种有效的保证。

(3) 本世纪第一次世界大战以后,相称原则有了更加精确的内容,这一发展与谴责使用武力相适应。但是,与原则的拟定、原则的严格程度或灵活程度以及据以评量是否相称的标准有关的实践或学说并不统一。

‘持这一观点的著名作者包括:M. BOURQUIN, “和平法律的一般规则”, 《HAGUE REC.》, VOL. 35, 1931 I, P. 223; HANS KELSEN, 《国际法原则》, 第二版, NEW YORK, 1966, P. 21; G. MORELLI, 《国际法概念》, PADOVA, 1967, P. 262; W. WENGLER, 《国际法》, I, BERLIN-GOETT.-HEID., 1964, P. 21; O. SCHACHTER, “国际法的理论与实践, 国际公法中概论”, 《HAGUE REC.》, VOL. 178, 1982 V, PP. 9-396, P. 178; P. REUTER, 《国际公法》, PARIS, 1983, P. 463; I. BROWNLIE, 《国际法和国家对武力的使用》, OXFORD, 1983, P. 219; CH. TOMUSCHAT, 《报复和回报》, ZU EINIGEN ASPEKTEN IHRER INNERSTAATLICHEN DURCHFUEHRUNG, ZAOERV, VOL. 33, 1973, PP. 179-222, P. 192; K. J. SKUBISZEWSKI, IN M. SORENSEN, 《国际法手册》, LONDON 1968, PP. 753-4; B. GRAEFRATH UND P. STEINIGER, KODIFICATION DER VOELKERRECHTLICHEN VERANTWORTLICHKEIT, 《NEUE JUSTIZ》, VOL. 27, 1973, PP. 225-28, ARTICLE 9(2), P. 228; D. BOWETT, “国家的经济强制和报复”, 载于《维吉尼亚国际法学报》, 1972, VOL. 13 (1), P. 10。

(4) 第13条确立了相称规则，规定反措施与有关标准“不应不成比例”。它采用了诸如NAULILAA案和航空服务案之裁决中所使用的“消极”的措词方式。⁵案文没有载明相称的程度或反措施可能不相称的范围。由于对某一反措施相称性的评量必然要考虑到具体情况下的一切有关因素，使用诸如“明显地不相称”一类的措词可能产生在原则的拟定和适用上引入不确定性和主观性的结果。⁶只要是不相称的反措施，无论程度如何，都必须予以禁止，以避免为受害国留下会导致滥用的过多余地。

(5) 委员会作出的选择是对相称性原则给予灵活的解释。在国家实践中，作出反应的国家或作为措施对象的国家通常都不提到狭义上的相等或相称。⁷在一定程度上，由于需要权衡合法措施与不法行为之间的关系，对反措施相称性和对应的不法行为的评量工作是错综复杂的。灵活的相称性概念似乎出自对航空服务案的裁决，根据裁决，“一般认为，一切反措施首先必须在一定程度上同指称的侵犯行为相当”，而且“通常认为，判定反措施的‘相称性’并不好办，顶多只能够约略为之”。⁸根据这一灵活的概念，仲裁员们总结认为“同法国所采取的措施相比，美国所采取的措施似乎并不明显地不相称”。⁹

⁵ 根据对NAULILAA案的裁决，“即使人们认为人的权利不要求报复行为大约与侵犯行为相称，也肯定会认为同引起报复行为的行为完全不相称的报复行为是过份的，因而是违法的”，UNRIAA, VOL. II, P. 1028。在航空服务案裁决中，仲裁员认为美国的措施符合相称原则，因为，与法国所采取的措施相比，它们“似乎并不是明显地不相称”（1946年3月27日关于航空服务协定的案件，《国际法报道》，VOL. 54, 1979, P. 338）。这种消极的措词方式也见于《LAW THIRD 注释汇编》905(1)(b)节，根据这里的说法，受害国“可以采取本来可能不合法的反措施，如果这种措施... (b)与侵犯行为和所受到的损害相比不是不相称”（美国法律学会，《法律注释汇编-美国对外关系法》，ST. PAUL, MINN., 1987, VOL. 2, P. 381。）根据W. 里普哈根提议的第9条第2款草案，“受害国(报复权利的行使)其效果不应与该国际不法行为的严重性明显地不相称。”《关于国家责任的第六次报告》，第9条第2款草案。

⁶ 在对 NAULILAA 案的裁决中所使用的“完全不相称”和在对航空服务案的裁决中所使用的“明确显地不相称”词语也是这样。

⁷ ARANGIO-RUIZ,《关于国家责任的第四次报告》，第A/CN.4/444/Add.1号文件，第54段。

⁸ 《国际法报道》，VOL. 54, P. 338 FF。

⁹ 《国际法报道》，VOL. 54, P. 319 FF。

(6) 关于有关的标准，考虑到需要确保反措施的采取不会产生任何不公平的结果，应该衡量相称性，不仅考虑到所造成的损害的完全“数量的”因素，也考虑到被破坏的规则所保护的利益的重要性的和破坏的严重性等“质量”因素。因此，在决定所要采取的反措施的类型和强度时应该考虑到不法行为严重程度¹⁰和影响¹¹。这两项标准符合1934年国际法学会就报复问题所作决议的立场。¹²

(7) 第13条中所载述的相称性规则规定：某一具体的反措施首先应与不法行为的严重程度相称，其次应与该不法行为对受害国的影响相称。在第一项标准中的“程度”这一用语的使用表明该案文适用于具有不同严重程度的不法行为。但是，把对相称性的测定限制在反措施和受害国所受到的损害之间的简单比较是不够的，因为不法行为对受害国的影响并不一定会同不法行为的严重程度相称。

¹⁰ 在对NAULILAA案的裁决中，相称性概念同“引起报复的行为”联系在一起，UNRIAA, VOL. II, P. 1028。在理论上，支持这一立场的有：P.GUGGENHEIM, 同前, PP. 585-586; H. KELSEN, 《国际法原则》，同前, P.21; 和 S.K.KAPOOR, 《国际法课本》，ALLAHABAD, 1985, P. 625; 和 SERENI, 《国际法》，VOL. III, P. 1559。

¹¹ 与所受损害之间的相称性有关的参考资料有：J.C.VENEZIA, “国际公法上的报复概念”，载于RGDIP, VOL. 64, 1960, P. 476; A. DE GUTTRY, 《LA RAPPRESAGLIE NON COMPORTANTI LA COERCIZIONE MILITARE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE》，MILANO, 1985, P. 263; ELAGAB, 《国际法上非强迫性反措施的合法性》，OXFORD, 1988, P. 94; L. FISLER DAMROSCH, “反击或仲裁 - 或双管齐下？1978年美法航空争端”，载于《美国国际法学报》，1980, P.796; K. ZAMANEK, 单方面履行国际义务，载于ZAOERV, VOL. 47, 1987, P. 87; 和特别报告员以前的两份报告，AGO(载于《国际法委员会年鉴》，1979, VOL. II(PART ONE), 第82段)和里普哈根(见第9条第2款及其评注)。

¹² 国际法学会的立场似乎规定措施应与触犯行为的严重性和所受损害成正比。根据国际法学会的决议，行为国必须使“所使用的强制措施同不法行为的严重性和所受损害的程度相称”(第6条第2款，载于《国际法年鉴》，VOL.38, 1934, P. 709)。见最近对航空服务案的裁决，仲裁员认为，“在国家间的争端中，不仅必须考虑到有关公司所受到的损害，也要考虑到由指称的破坏行为所引起的原则问题的重要性”(《国际法报道》，VOL. 54, 1979, P.338)。参看前任特别报告员的提议(第9条第2款)，同前；和《RESTATEMENT OF THE LAW THIRD》，同前，SECTION 905 (1) (b)。

(8) 关于反措施也应该同不法行为对受害国的影响相称的规定不应严格地解释为：不对侵犯其国民之人权的某一国家采取反措施，因为这种侵犯不曾对受害国造成物质损害。这样解释可能对人权法律的拟订和执行产生不利的影响，并且不符合委员会在第5条中所制定的伤害的广义概念。

(9) 最后一个词语“ON THE INJURED STATE(对受害国的)”的用意并不是要缩小本条的适用范围和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，同物质上受害的国家相比，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。

(10) 相称性涉及据称的不法行为和反措施之间的关系。因此，它不是根据为达到特定目标而采取的对策的容易程度来加以衡量的。反措施的目的是要促使不法行为国遵守依第6条至第10条之二所负的义务，在决定是否要采取反措施和决定反措施的合法限度时应该考虑到它。但是，这个问题有别于相称性问题，在第11条中谈到了它。

第 14 条

禁止采取的反措施

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) 旨在危害犯有国际不法行为之国家的领土完整或政治独立的极端的经济或政治强制；
- (c) 侵犯外交或领事人员、房舍、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。

评 注

(1) 如同第14条起首语中所指明的，受害国不得以反措施诉诸某几类行为。禁止采取的反措施的概念是虽有受害国同违法国之间关系的特殊性质，对于国家的若干一般性限制还是有效的结果。(a)至(e)项规定了不允许以反措施不遵守可适用规范的大致方面，并且对受害国在这些方面的每一方面可以采取的措施规定了限制。虽然(a)至(d)项所载述的一些禁止采取的反措施属于(e)项中所提到的强制性规范的范围，一般认为，鉴于它们在当代国际社会中特别受到重视，最好以禁止使用武力和保护人权予以分别处理。

(2) (a)项 禁止以反措施诉诸武力威胁或使用武力。一般认为，在《国际联盟盟约》和《白里安--凯洛格条约》之前就已经出现的倾向于限制诉诸武装报复的趋势，随着这两份“反战”条约的生效而成为惯例法。尽管有关规则--特别是在《盟约》中--有一些模糊之处，但可以合理地将两项条约解释为：前者限制¹、后者则

¹ 虽然该《盟约》并未明确提到次于战争的措施，却具体地谴责在下列情况下诉诸战争：(a) 在尝试《盟约》设想的和平手段中之一种之前；(b) 在仲裁裁决或国际常设法院判决或国联理事会报告(第12条)之后三个月内；(c) 对遵守仲裁或法院判决的成员国(第13条)；(d) 对遵守理事会一致通过的报告或大会法定多数通过的报告的任何国家(第15条)。许多权威人士认为，上述情形中的禁止战争包括禁止“次于战争”的军事措施。参看，J. BRIERLY, “和平法律的一般规则”，《HAGUEREC.》，1936-IV, P. 124, 关于各种意见的概述，见I. BROWNLIE, 《国际法和武力》，OXFORD 1963, P. 220 FF。国联在Janina (Tellini)案之后咨询了法学家委员会的意见，上述立场在引证的该委员会意见中显然得到部分支持，在该委员会意见中，次于战争的强制措施是否可以接受以理事会的决定为条件(根据《盟约》第13-15条)。

禁止² 在用尽和平补救手段之前诉诸“次于战争的强制措施”。这种把禁止使用武力和设法和平解决的两项条约规定的综合效果结合起来的办法,在两次世界大战的间隔期间得到国家实践的确认。³

(3) 第二次世界大战终了时, 联合国宪章第二条第四款明确禁止使用武力, 从而使限制诉诸武力的趋势达到最高点。这一禁止受害国为伸张其权利而使用武力的适当性符合宪章建构者的意图。⁴ 由于宪章第二条第四款的影响而禁止武装报复或反措施的规定载于《友好关系宣言》中, 联合国大会在其中一致宣告“各国有关

² 白里安-凯洛格条约在第1条和第2条中谴责战争, 并规定用和平手段解决争端(《国际联盟条约汇编》, 第94卷, (1929年), 第59-64页)。

³ 同前一段时期不同, 采取武力措施的各国宣称: 它们是在自卫。见 I. BROWNLIE, 《国际法和使用武力》, 同前, PP. 19 FF.; P. LAMBERTI ZANARDI, 《国际法上的正当防卫》, MILAN 1972, PP. 39 FF., 和 P. 87。此外, 在美洲半球, 即使是“强制干涉”诉诸武力也遭到谴责, 例如1933年的“SAAVEDRA LAMAS”条约。虽然该条约第1条规定“它们之间可能出现的任何类型的争端或争议的解决, 均只应以国际法认可的和平手段实现”, 第3条具体规定“在任何情况下, (缔约国) 均不得诉诸干涉, 无论是外交干涉或武装干涉”。(《联合国关于和平解决国际争端条约的系统概览》, 1928-1948, P. 1039)。在利马举行的第八次美洲国家会议发表的《宣言》(1938) 也很明确地重申一切使用武力行为的非法性。它“再度”指出: “任何国际性的争论均应以和平手段解决”, 而且宣布“禁止使用武力作为国家或国际政策的工具”(载于《美国国际法学报》, VOL. 34, 1940, SUPP., PP. 197-201)。关于把这些事态发展与欧洲反战趋势相提并论作法(略作修正), 见 G. ARANGIO-RUIZ, “大会的规范作用和《友好关系宣言》”, 《HAGUE REC.》, VOL. 137, 1972-III, PP. 547 FF。

⁴ 宪章的建构者的用意是谴责使用武力即使是为了伸张自己的权利而使用武力, 这种观点见于旧金山会议的记录。见 P. LAMBERTI ZANARDI, 《正当防卫》, 同前, P. 143 FF., 和 R. TAOKA, 《国际法上的自卫权利》, (OSAKA, 1978), P. 105 FF。

务避免采取涉及使用武力的报复行动”。⁵此外，禁止武装报复或反措施也在大会有关侵略定义的决议中得到默示的承认，其中载明“不得以任何性质的理由，无论是政治性、经济性、军事性或其它性质的考虑为侵略辩护”⁶因此，即使是诸如同伸张或保护自己权利有关的合法理由，也不能据以采取所引决议第3条中提及的其中一项行动。⁷

(4) 该等武装报复被确认为应予禁止由于下列事实而得到证明：诉诸武力的国家都试图通过把自己的行为定性为自卫而不是报复来证明它具有合法性。但是，由于这种自卫的诉求涉及与据称使用武力严重破坏国际法之行为（即按照本草案第19条应该定性为罪行的行为）的关系，委员会将避免在这方面进一步审议本问题，将在稍后考虑国际罪行的后果时再度予以审议。

⁵ 大会1970年10月24日第2625(XXV)号决议第一原则第6段。R. ROSENSTOCK, “关于友好关系的国际法原则宣言：考察”，载于《美国国际法学报》，VOL. 65, 1971, P. 713 FF., P. 726。国际法院在尼加拉瓜和反对尼加拉瓜的军事和警备活动中确切指出宣言中谴责使用武力条款的惯常性质时，间接地谴责武装报复（《国际法院判例汇编》，1986年，第188, 190, 191段，PP. 89-91）。1975年8月1日《赫尔辛基最后文件》也载有对强制措施之谴责。该《最后文件》第一“篮子”中所载《原则宣言》原则二的一部份内容是：“同样，它们（参加国）”也将避免在相互关系中采取任何武力报复行为”（载于L. SOHN编，《国际组织和一体化》，II, D, 1. a. i, HAGUE/BOSTON/LONDON, 1983, P. 3）。

⁶ 侵略定义第5.1条（大会1974年12月14日第3314(XXIX)号决议）。这一立场在大会较近的《加强在国际关系中不使用武力或进行武力威胁原则的效力宣言》中得到重申：“任何性质的考虑都不能作为违反宪章进行武力威胁或使用武力的理由”（大会1987年11月18日第42/22号决议，附件，第一节，NO.3）。

⁷ 侵略定义第3条载述的侵略的形式，即：一个国家的武装部队侵入或攻击另一国家的领土、轰炸、封锁港口或海岸、攻击另一国家的军事力量、某一国家未经另一国同意在其领土上使用自己的武装部队、一个国家以其领土供另一国家使用让该国用来对第三国进行侵略行为、一个国家以其名义派遣武装小队、武装团体或非正规军或雇佣军对另一国进行侵略行为，其严重性相当于上述所列各项行为，或该国实际卷入这些行为。

(5) 由于宪章第二条第四款而禁止实行武装报复或采取反措施也符合起主导作用的理论观点⁸——虽然不是全部,⁹以及国际司法机关¹⁰和政治机关¹¹的权威表述。

⁸ 当代理论在把禁止武装报复定性为具有国际法上一般规则或习惯规则的地位方面几乎是一致的。见I. BROWNLIE,《国际法和各国的武力使用》(OXFORD, 1963), PP. 110 FF. 和 PP. 281-282; P. REUTER,《国际公法》(PARIS, 1983), PP. 510 FF. 尤其是PP. 517-518; A. CASSESE,《当代世界中的国际法》(BOLOGNA, 1984), P. 160; H. THIERRY, J. COMBACAU, S. SUR, CH. VALLE' E,《国际公法》(PARIS, 1986), PP. 192, 493 FF., 尤其是 P. 508; B. CONFORTI,《国际法》(NAPOLI, 1987), P. 356; CH. DOMINICE,“对国际不法行为受害国的权利的看法”,载于《国际法2》(PARIS, 1981-1982), P. 62; F. LATTANZI,《一般国际法上的人权保证》(MILAN, 1983), PP. 273-279; J. C. VENEZIA,“国际公法上的报复概念”,载于《RGDIP》, VOL. 64, 1960, PP. 465 FF. P. 494; J. SALMON,“排除不法性的情况”,载于《国际责任》, PARIS, 1987-1988, P. 186; W. RIPUHAGEN,关于国家责任的第四次报告,《国际法年鉴》, VOL. II, (第一部份)1983, P. 15, 第81段)。对禁止使用武力的惯常性质表示怀疑的少数作者也坚决确认对于《友好关系宣言》中重申的、《宪章》第二条第四款中所载述的武装报复的一致谴责。参看 J. KUNZ,“国际法中的制裁”,载于《美国国际法学报》, VOL. 54, 1960, PP. 325 FF; G. MORELLI,《国际法概念》, PADOVA, 1967, PP. 352和361 FF; G. ARANGIO-RUIZ,“联合国大会的规范作用和《友好关系宣言》”,载于《HAGUE REC.》, VOL. 137, 1972-III, P. 536)。同样重要的是,最近研究报复专题的作者多半明确限于与使用武力无关的措施。参见, DEGUTTRY,《报复不包括国际法中的军事强制》, MILANO, 1985; E. ZOLLER,《和平时期的单方面补救:反措施的分析》, DOBBS FERRY, NEW YORK, 1984; 和O. Y. ELAGAB,《国际法上非强制性反措施的合法性》, OXFORD, 1988。这些作者显然认定:“禁止诉诸武力报复已经取得一般国际法规则的同级地位”(A. DE GUTTRY, 同前, p. 11)。参看《美国对外关系法第三注释汇编》,第 905节,其中载述:“对破坏国际法行为进行武力威胁或使用武力不得违反《联合国宪章》中对武力威胁或使用武力的禁止,并且不得违反第(1)小节”。该小节具体载明:“由于另一国破坏国际义务而受害的国家可以采取本来可能不合法的反措施,如果这些措施(a)为终止破坏或预防进一步的破坏,或予以补救而有其必要;(b)不是与该破坏行为和受到的损害不相称”(美国法律学会,法律注释汇编(3):美国对外关系法, ST. PAUL, MINN. 1987, VOL. 2, P. 380)。

按照符合国际判例文献的普遍观点看来,这一禁止已经取得国际法一般或习惯规则的地位。

(6) 禁止以反措施进行武力威胁或使用武力的规定载于(a)项。这一禁止的规定方式是总的提到《联合国宪章》。委员会认为,具体地提到第二条第四款不能精确地反映禁止武力威胁或使用武力的范围,因为《联合国宪章》容许在得到联合国授权和行使个人或集体自卫权利的情形下使用武力。虽然上述例外情况只适用于列为草案第一部份第19条下罪行的犯罪行为因而可能与目前的论点无关,一般普遍认为,光是提到《联合国宪章》第二条第四款会不正确地反映《宪章》中关于禁止威

⁹ 持不同意见的作者认为,单方面诉诸武力的某些形式不受第二条第四款的一律禁止的限制,只要它们不是用于侵犯任何国家的领土完整或政治独立或违反联合国的宗旨而是要恢复受害国的权利;或者基于持续国家实践实况的武装报复或由于自卫概念或由于联合国宪章所规定的集体安全体系未能如设想的那样在实践中发生作用,它们已成为可加以辩护的对策。E. S. COLBERT,《国际法的报复还击》,NEW YORK,1948; J. STONE,《侵略和世界秩序。联合国侵略理论评述》,LONDON,1958,尤其是 PP.92 FF; R.A. FALK,“贝鲁特侵袭事件和还击的国际法”,《美国国际法学报》,VOL. 63,1969,PP. 415-443; D.W. BOWETT,“进行武力报复”,载于《美国国际法学报》,VOL. 66,1972,PP. 1-36; R.W. TUCKER,“报复和自卫:习惯法律”,《美国国际法学报》,VOL. 66,1972,PP.586-596; R. LILLICH,“国际法下的强制自助”,载于62 美国战争学院-国际研究报告书(1980),《国际法读物-摘自美国海军战争学院评论,1947-1977》(R.LILLICH 和MOORE编),VOL.II: 使用武力、人权和一般国际法问题; D.LEVENFELD,“以色列在黎巴嫩对付FEDAYEEN的策略:现代国际法下的自卫和报复”,《哥伦比亚跨国法律学报》,VOL. 21,1982,P. 148; Y. DINSTEIN,《战争、侵略和自卫》,CAMBRIDGE 1988,PP. 202 FF。批评文献见R.BARSOTTI,“武装报复”,载于A. CASSESE编,《有关使用武力的现行法规》,DORDRECHT, BOSTON, LANCASTER, 1986, PP. 81 FF。

¹⁰ 国际法院在科孚海峡案中就英国海军从科孚海峡取回矿山一事发表的意见支持谴责武装报复和把禁止使用武力的规定并入一般规则的做法(“零星行动”) (《国际法院判例汇编》1949,p.35,参看《国际法年鉴》,1979,VOL. II (PARTONE), PARA. 89) 和国际法院晚近就尼加拉瓜和反对尼加拉瓜的军事和警备活动一案所作的判决(《国际法院判例汇编》1986, PARA. 248-249, P. 127)。

¹¹ 参看安全理事会第3538(1956)、第5111(1962)和第188(1964)号决议。

力威胁或使用威力的内容。此外,委员会的选择是总的提到《宪章》,认为它是有关禁止事项的一个来源,但不是独一无二来源,它是一般国际法的一部份,并且已经被国际法院定性为习惯国际法的规范。

(7) (b)项限制受害国可以反措施诉诸经济或政治强制的程度。多种经济或政治措施常常得到采用,它们被视为可用以对付国际不法行为的反措施。¹²但是,它们被允许的程度并不是完全不受限制,因为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。

(8) 在决定经济强制或政治强制作为反措施的一种形式的合法性上,按照宪章第二条第四款谴责使用武力是否恰当,有关文献载有不同的意见。根据最广泛得到接受的解释,禁止使用的武力限于军事力量,因此,引起反对的经济强制或政治强制只能按照禁止干涉的规则或它的特定形式予以谴责。¹³ 注意到没有任何其它宪章

¹² 委员会在本草案第一部份第30条的评注中确认了容许采取经济反措施的程度,指出:“现代国际法通常不在若干因应国际不法行为采取的行动上设置原则性的障碍(例如经济报复)”。(《国际法委员会年鉴》,1979,VOL. II (PART TWO), P. 116, PARA. 5)。

¹³ 根据这种解释,第二条第四款中所载列的禁止规定应该予以合理的理解以便“也包括其施行范围和强度相当于武装侵略的、带有经济或政治压力的措施,或在没有上述极端的任何情况下推行受害国的意志,并为行为国取得不正当的利益”。G. ARANGIO-RUIZ, “赫尔辛基最后文件中的人权和不干涉”,载于《HAGUE REC.》, VOL. 157, 1977-IV, P. 267。同样的立场见于A. CASSE, 《国际法》, 同前, P. 163。参看H. WALDOCK, “国际法中个别国家使用武力的规章”, 《HAGUE REC.》, VOL. 81, 1952-II, PP. 493-4; L. OPPENHEIN, 《国际法》, VOL. II, LONDON 1952, P. 153; D. W. BOWETT, “各国的经济胁迫和报复”, 《维吉尼亚国际法学报》, VOL. 13, 1972, P. 1; R. LILLICH, “国际法下经济强制的地位:联合国规范”,载于R. MERSKY编,《关于跨国抵制和强制的会议,1976年2月19-20日》,德克萨斯大学法学院, VOL. I, PP. 116-17; A. BEIRLAEN, “经济强制和有理由采取这种情况”, 《RBDI》, VOL. 18, 1984-5, P. 67; M. VIRALLY, “宪章第二条第四款评注”,载于J. P. COT, A. PELLET等人编著,《联合国宪章》, PARIS BRUXELLES, 1985, PP. 120-21; C. LEBEN, “国家间反措施和对国际社会不法行为的对策”,载于AFDI, VOL. 28, 1982, PP. 63-69; P. MALANCZUK, “作为排除国际法委员会关于国家责任的条款草案中不法性质之情况的反措施和自卫”,载于ZAOERV, VOL. 43, 1983, P. 737; O. Y. ELAGAB, 同前, P. 201; I. SEIDL-HOHENVELDERN, “国际经济法”, 《HAGUE REC.》, VOL. 198, 1986-III, PP. 200-1, 《法律注释汇编》(3), 同前, P. 383; L. A. SICILIANOS, 同前, PP. 248-253。

规定谴责个别的强制措施,有些作者坚持认为,第二条第四款不仅适用于武装报复,也适用于经济强制措施。¹⁴他们认为,这种措施在目标或结果上与诉诸武力无异,这些措施的后果实际上是对目标国的经济“扼杀”。

(9) 鉴于理论观点人言言殊,有关国家实践的考虑特别重要。在旧金山会议期间,拉丁美洲国家提出一项建议:把宪章第二条第四款中对使用武力的谴责扩及于对经济或政治力量的使用。¹⁵这项建议之所以无法通过可能是由于经济或政治力量定义广泛,而不是由于绝对反对禁止任何此类行动。晚近,要在《友好关系宣言》和关于侵略定义的决议中把对经济或政治强制的谴责同武力威胁或使用武力联系起来的企图都没能成功。¹⁶

¹⁴ 参见J. ZOUREK,“联合国宪章禁止诉诸一般力量或只禁止诉诸武力?”,载于MELANGES ROLIN,PARIS,1964,PP. 530 FF.;和M. OBRADOVIC,“禁止武力威胁或使用武力?”,载于M. SAHOVIC编,《关于友好关系与合作的国际法原则》,BELGRADE, NEW YORK,1972,PP. 76 FF。1973年阿拉伯石油禁运以后,这一立场也得到一些西方作者的支持。在这方面,见J. J. PAUST, A. P. BLAUSTEIN,“阿拉伯石油武器-对国际和平的威胁”,载于《美国国际法学报》,VOL. 68,1974,PP. 420 FF。

¹⁵ 见《联合国国际组织会议文件,旧金山,1945年》,LONDON-NEW YORK 1945, VOL. 6, P. 559 巴西提议的修正案案文,和PP. 339-340 1945年6月5日第一委员会第1次会议讨论情况。

¹⁶ 大会第 3314 (XXIX) (1974) 号决议。在就侵略定义进行长期谈判时,一些国家意图建立这一联系。见玻利维亚提出的建议,根据这项建议,“凡是使一国丧失其得自国际贸易正当行为的经济资源的单方面行动,或危害其基本经济以致影响其安全而无法采取自己的国防行动或在集体维护和平行动中合作的单方面行动”应被视为一种侵略形式(DOC. A/AC.66/L.9(1953))。在这一点上,西方国家之所以反对就经济强制作出明文规定主要是由于该提议的措词方式极为灵活。FITZMAURICE的发言,载于GAOR,第7次会议,附件,议程项目 54, p. 74。参看萨尔瓦多稍后的发言,它对提议的案文表示不满意,因为该案文未能包括间接的经济侵略。《第十九届大会正式纪录,全体会议》,第一卷,第2239次会议,第157段。定义问题特别委员会宣布,在这个意义上的条款会妨碍以一致意见通过决议。

(10) 虽然国家实践似乎不支持这样的结论：若干形式的经济或政治强制相当于武装侵略，这种实践显示限制各国可能采取的经济或政治措施的独特趋势。¹⁷大会在《不容干涉各国内政和保护各国独立和主权的宣言》中不仅明确谴责武装干涉，也谴责“一切其它形式的干涉或对一国国格或该国政治、经济和文化要素进行蓄意的威胁”。¹⁸该《宣言》还规定“各国不得使用或鼓励使用经济、政治或任何形式的措施强制另一国家在主权的行使上接受附属地位或要求它给予任何形式的利益”。此外，《友好关系宣言》也宣布：“任何国家均不得使用或鼓励使用经济、政治或任何其它形式的措施强制另一国家，要求它在主权的行使上接受附属地位和要求从它取得任何形式的利益”。¹⁹

(11) 区域一级上的国家实践也支持对极端经济或政治强制手段的禁止。建立美洲国家组织的1948年《波哥大宪章》对不干涉原则采取广义的措词方式²⁰，明文禁止“使用具有经济或政治性质的强制措施以胁迫另一国家的主权意志，并从它得到任何种类的利益。”²¹同样的禁止条款载于另一个虽然不具约束力却很重要的区域文书《1975年赫尔辛基最后文件》的不干涉这一特定标题之下。²²

¹⁷ 见G. ARANGIO-RUIZ, “《赫尔辛基最后文件》中的人权和不干涉”, 载于《HAGUE REC.》, VOL. 157, 1977-IV, P. 267; D.W. BOWETT, 同前, 载于《维吉尼亚国际法学报》, VOL. 13, 1972, PP. 2-3; Y. BLUM, “国际法中的经济抵制”, 载于《跨国经济抵制问题会议》, 同前, P. 96; P. MALANCZUK, 同前, P. 737; A. BIERLAEN, 同前, P. 67; I. SEIDL-HOHENVELDERN, “联合国经济强制”, 载于《RBDI》, VOL. 18, 1984-5, P. 11; 和 J. SALMON, 同前, P. 186. 参看 L. BOISSON DE CHAZOURNES, 《国际经济关系中的反措施》, 提交日内瓦大学的论文, 1990, 第三章, PART A. SECTION 3, PARA. 3.2, PP. 149-151.

¹⁸ 大会1965年12月21日以109票赞成、1票弃权获得通过的 2131 (XX) 号决议, 该决议的有关规定后来被并入《友好关系宣言》。

¹⁹ 大会1970年10月24日第2625 (XXV) 号决议。

²⁰ 根据第15条中所载述的不干涉原则, 没有“基于任何理由直接或间接干涉任何国家内部或外部事务的权利”。它进一步指出, 这一原则“不仅禁止武力, 也禁止任何其它形式的干涉或对一国国格或该国政治、经济和文化要素进行蓄意的威胁。”关于美洲的不干涉原则的书目, 见CH, ROUSSEAU, 《国际公法》, VOL. IV, PARIS, 1980, P. 53 FF.

²¹ 第16条(联合国条约汇编, VOL. 119, P. 3)。

²² 根据第六条原则, 所有国家“在一切情况下不得采取任何其它旨在使另一参加国对主权权利的行使屈从于它们自己的利益从而取得任何种类的利益的军事、或政治、经济或其它强制行为”。见G. ARANGIO-RUIZ, 人权和不干涉, 同前, PP. 274 FF.

(12) 这一切的国际文书和区域文书都谴责侵害不干涉原则的经济或政治强制手段。因此,看来似乎存在着不同的制度,一方面禁止使用武力,另一方面禁止以反措施方式采取极端经济或政治强制手段。²³同全面禁止在任何情况下采取武装反措施的做法相反,禁止经济或政治强制手段只限于旨在达成不能接受的目标的那些措施,例如:使目标国对主权的行使处于屈从的地位或从它取得任何利益。因此,对强制措施的谴责同对武力威胁或使用武力的谴责不同,它只触及会对有关国家造成即使不是灾难性的后果也会是很严重的后果的、具有经济或政治性质的任何措施。²⁴

(13) 在决定禁止的性质时应该考虑到非强迫性强制措施的潜在影响的严重性,这一点从国家实践的其它要素中得到确认。在采取了经济措施的许多案例中,被当做目标的国家提出申诉的根据首先是造成的“经济扼杀”或其它灾难性后果,其次才是行为本身的性质。这是玻利维亚针对苏联于1958年向海洋倾倒锡²⁵时和古巴于1960年美国急剧削减糖进口量²⁶时所采取的立场,但是这些案例都没有涉及严格意义上的反措施。²⁷阿根廷²⁸等拉丁美洲国家在安全理事会指控说,西方国家

²³ 这符合国际法院的判例,在尼加拉瓜和反对尼加拉瓜的军事活动和警备活动一案中,它基于不干涉原则确认经济措施的非合法性(《国际法院判例汇编》,1986, P. 108 FF., PARA. 126)。

²⁴ 这些后果不一定有别于非法使用武力所引起的后果。有些作者因而质疑这两个禁止事项在含义和实际意义上的区别。同《友好关系宣言》有关的这一问题的讨论情况,见G. ARANGIO-RUIZ,大会的规范作用,同前,PP. 528-530。

²⁵ 见MCDUGAL-FELICIANO,《法律和起码的世界公共秩序--国际强制行为的法律规章》,NEW HAVEN AND LONDON,1961,P. 194,NOTE 165。

²⁶ 古巴把这个行动定性为“基于政治目的不断侵害古巴经济的基本利益”。《美国国际法学报》,VOL. 55,1961,PP. 822 FF。

²⁷ 采取这种措施的国家是否针对先前的某一不法行为采取对应措施并不清楚。但是,即使不存在先前的不法行为,所提到的陈述似乎是适切的,因为它们突出地表明了据以认定经济力量的使用是不法行为的条件。人们必须牢记:在经济事项中,反击和报复之间的界线并不总是明确的,因为权利和义务通常是依从俗例的,而对权利和义务的解释则往往引起辩论。

²⁸ 阿根廷认为,欧洲经济共同体所采取的这些措施是公然违反国际法原则和联合国法律的经济侵略。见A. DE GUTTRY,LE CONTROMISURE ADOTTATE NEI CONFRONTI DALL'ARGENTINA DA PARTE DELLA COMUNITA EUROPEE A DEI TERZI STATI ED IL PROBLEMA DELLA LORO LICEITA INTERNAZIONALE,载于N. RONZITTI编辑的LA QUESTIONE DELLE FALKLAND-MALVINAS NEL DIRITTO INTERNAZIONALE, MILAN,1984,P. 357。

在福克兰/马尔维纳斯危机发生后所采取的贸易制裁是“所进行的公然违反国际法的经济侵略”行为。²⁹ 针对1981-1982年发生波兰危机后采取的措施,苏联指控美国“使用贸易作为反对我国的武器”。³⁰ 在这个情况下,历来反对广义解释第二条第四款的美国坚持认为它不是为了“以经济手段迫使苏联屈膝”³¹ 并且在加强在国际关系上不使用武力或进行武力威胁原则的效力特别委员会举行辩论时进一步指出,苏联向波兰施加压力使得波兰宣布实行戒严法,这等于是以非法手段诉诸武力。³² 一些国家也把南非对故意为非洲人大会议成员提供住所的邻国采取的措施定性为用于影响另一国行为的非法经济强制措施。³³

(14) (b)项所载的禁止以反措施实行经济或政治强制的依据是极端性质,而这种性质是由措施可能造成的、危及有关国家领土完整或政治独立的严重性决定的。委员会从《宪章》第二条第四款撷取这一用语的做法是确认强制和非强制的措施都可能造成严重后果,同时避免引起是否应该把宪章条款解释为只指使用武力或解释为包括其它形式的非法强制这一有争议的问题。委员会意识到,如果订得太宽泛,(b)项会迹近于禁止反措施。因此,它把案文的范围缩小,首先把禁止的行为限于“极端的经济或政治强制”,接着使用“旨在”一语,它含有敌对或惩罚的意图但不包括能够远远地和不经意地危及目标国领土完整或政治独立的行为。

(15) (c)项限制受害国可以反措施方式采取违反外交法律或领事法律的行为的范围。固然受害国可以采取影响它与违法国外交关系的反措施,包括宣布不受欢迎人物、终止或暂时停止外交关系和召回大使,并不是一切形式的、有关外交法和影响外交关系的反措施都被视为非法措施。

²⁹ 委内瑞拉的发言,载于S/PV. 2362, 22 MAY 1982, PP. 23-25; 参看萨尔瓦多的发言,载于S/PV. 2363, 23 MAY 1982, P. 47; 尼加拉瓜的发言,同上; 厄瓜多尔的发言,载于S/PV. 2360, 21 MAY 1982, P. 71。

³⁰ 苏联外交部长的发言,载于《金融时报》,1982年11月17日, P. 1。

³¹ 副助理国务卿THOMAS N. T. NILES在第97届国会第二届会议众议院外交委员会欧洲和中东小组委员会上的发言,1982年8月10日,华盛顿,1982, P. 8。

³² 第A/37/41号文件,第50段。

³³ 见南斯拉夫、马达加斯加和泰国的发言,载于S/PV. 2660, 1986年2月12日, P. 13 FF., 28 FF., 38 FF。

(16) 禁止采取的反措施的范围扩大到一些外交法律的规则，而这些规则的目的在于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。³⁴这一最低限度的对保护的保障，对于危机时期和正常状况下的国家间通讯和交往来说是必要的。在涉及非法行为的情况——顾名思义这是具有冲突性质的情况——下，特别需要一方面维护外交渠道，另一方面保护处于极其不利境地的人员和房地使其不致由于反措施而受害。

(17) 在限制受害国的能力，使它不能以反措施减损有关外交特使待遇的义务方面，虽然国家实践比较稀少，³⁵但限制对享受外交法律保护的人员施加报复或采取反措施的理论却得到广泛的支持。³⁶有些作者认为，这种限制源自有关保护外交特

³⁴ 参看《维也纳外交关系法公约》第22、24、29、44和第45条（《联合国条约汇编》，VOL.500,P.95）。DE GUTTRY认为，对外交特使施加报复的非法性主要包括针对外交官人身的措施，这种措施主要但不完全是侵犯人身不可侵犯性规则。他认为，这种限制的存在理由是在任何情况下施行保护的必要性，鉴于外交特使履行的特殊工作保留给他们的特别保护（同前，P.282-283）。

³⁵ 例如，加纳于1966年逮捕了几内亚出席非统组织会议代表团成员，包括外交部长。加纳政府认为在阿克拉过境的美洲航空公司飞机上进行这次逮捕是为了就几内亚犯下的一些不法行为——包括袭击科纲克里的加纳大使馆和逮捕大使及其夫人的行为——取得赔偿（KEESING'S,同前。PP.21738-40）。另一个事例是象牙海岸（科特迪瓦）当局于1967年迫降前往几内亚的飞机以逮捕其外交部长。象牙海岸外交部长说：“这次逮捕是几内亚共和国任意拘留若干象牙海岸国民引起的，象牙海岸对于不得不在象牙海岸土地上拘捕一群几内亚人直到象牙海岸国民得到释放为止...深深感到遗憾”。SCOR,第22年,1967年七-八和九月补编,附件四,P.176。

³⁶ 例如,OPPENHEIM说,“国家元首和外交特使等在国外享有域外特权的个人不得成为被报复的对象,虽然在实际上常常发生这种事情”。L. OPPENHEIM,《国际法》,VOL,II,7TH EDITION,同前,P.140。HUGO GROTIUS表示了这种意见,《DE JURE BELLI AC PACIS LIBRI II》,国际法经典,J. B. SCOTT 编,华盛顿,1925,第18章,S.iii,S.viii。TWISS认为,外交人员“的人身或财产都不应该是接受他们为特使的国家施行报复的对象(LEGATI),因为他们把自己的人身和财产都诚心地委托该国保护了”(T. TWISS,被视为独立政治共同体的国家法律,LONDON AND OXFORD,1963,P.39)。见参看PH. CAHIER,《当代外交法律》,日内瓦,1962,P.22;CH. TOMUSCHAT,“ZU EINIGE ASPEKTEN IHRERINNERSTAATLICHENDURCHFUEHRUNG”,ZAOERV,VOL.33,1973,P.179 FF,P.187;和CH. DOMINICE,“报复与外交法”,载于《RECHT ALS PROZESS UNDGEFUEGE.FESTSTSCHRIFT FUER HANSHUBER ZUM 80 GEBURTSTAG》,BERN,1981,P.547。

使的、他们将之定性为强制性规范的基本规则，³⁷ 另一些作者则认为它的依据在于“自含制度”这一外交法律的具体性质³⁸，这是国际法院在人质案中所确认的。³⁹ 但是，有些作者怀疑是否存在谴责本来不合法的、针对外交特使采取的强制行为的一般国际法规则。⁴⁰

³⁷ ROELLING 在讨论国际法院《关于美国驻德黑兰外交和领事人员(美国诉伊朗)案》的裁决(《国际法院判例汇编》，1980,P.3)中的适当标准时，指出：“这会是一件好事，如果法院已有机会或已藉机说明如下事实：根据不成文法和成文法，涉及的人是在任何情况下都不许成为报复对象的人员，即使国家希望对其作出反应的不法行为是扣押该国的外交人员。由于《公约》条款的措词方式，‘实际的报复’也是不允许的。这种法律情况是否明智人们可以辩论，但是支持目前法律的论点——由于不受妨碍的国际联系具有很大的重要性而给予外交官彻底豁免的论点——得到了伸张”。(B. V. A. ROELLING, “关于美国驻德黑兰外交和领事人员案件的一些问题”，载于《荷兰国际法年鉴》，1980年,P. 147)。DOMINICE也持同样的看法，他质疑说，“无论是真是假，如果该国声称是某一不法行为的受害国，就可非法监禁某一外交人员或强调报复理论而侵入使团房地，那么究竟外交关系会变成什么样子呢？”(CH. DOMINICE, “关于.....的看法”，同前,P.63)。L. A. SICILIANOS, 同前,P. 351,指出：“肯定有强制性外交权利的不可减损的核心——外交人员的不可侵犯性、房地和档案的不可侵犯性——这是不许诉诸反措施的一些行为。相反，还有另一些义务，看来不是在所有假设情形下都为人接受；当然，只要小心谨慎，它们会成为相称的反措施的对象”。

³⁸ LATANZI, 《.....的保证》，同前,PP. 317-318；O. Y. ELAGAB,同前,PP. 116 FF。

³⁹ 在这一点上，法院表示了下列看法：“总之，外交法律规则构成自含的制度，它一方面规定了接受国应该给予外交使团以便利、特权和豁免的义务，另一方面，又预见到使团成员可能予以滥用，因而规定了接受国对付这种滥用的方法”。《国际法院判例汇编》，1980,P. 3 AT P. 40,PARA. 86。

⁴⁰ 见D. ANZILOTTI,《国际公法课程》，VOL. III,ROME 1915,P. 167,和较晚近的B. CONFORTI,《国际法》，NAPLES 1987,PP. 360-1。

(18) 外交法律规则在受害国能够采取的反措施领域以外，这些规则载于(c)项。禁止以反措施方式采取若干行为的规定体现在受保护的人员、房地和财产的不可侵犯性上。它的范围扩及于领事人员、房地、档案和文件 - 这些也都是国家间紧张局势中的主要目标--只要这些人员、房地和财产依规制领事关系的法律制度享有不可侵犯地位。“因此，(c)项不影响基本规范或规制外交和领事关系的个别的条约制度。

(19) 明确提到多边外交被认为没有必要，因为提到外交人员即已包括派驻国际组织的代表。至于国际组织的官员，东道国对他们采取的、损害到他们的任何报复措施都不能定性为反措施，因为它所不遵守的义务不是对于违法国的义务，而是对于第三方即有关国际组织的义务。

(20) (d)项禁止以反措施的方式诉诸减损基本人权的的行为。这种禁止是基于基本人道主义的考虑，最初是在战争法律的背景之下研拟出来的，因为这些考虑因素由于战时存在的特殊情况最常被牺牲。⁴¹早在1880年，国际法协会即试图在它编写的《陆地战争法律手册》中规制报复，其中规定：这些措施“必须在一切情况下遵守人道主义和道德法律”。⁴²由于人类在第一次世界大战期间因报复所受到痛苦，在1929年日内瓦公约中制定了禁止对战犯进行报复的规则。⁴³第二次世界大战以来，

⁴¹ 参见《维也纳领事关系公约》第31、33和41条，《联合国条约汇编》，VOL. 596, P. 261。

⁴² 对采取报复之权利施加人道主义限制的情况详见F. LATTANZI,《...的保证》，同前, PP. 295-302。

⁴³ 见国际法协会决议, 1880年牛津届会, 陆地战争法律, 第85和第86条。

⁴⁴ 同战俘待遇有关的公约第2条, 日内瓦, 1929年7月27日, 国际联盟条约汇编, VOL. 118, PP. 343-411。1929年关于受伤和生病者的公约中并没有同样的条款。但是, 人们历来认为, 这种不作为是由于失察所致, 无论如何, 公约默示禁止报复, 它的第25条要求“在任何情况下”尊重公约。“这项禁止没有也列入1929年伤病公约--不是明示载列--的事实只能是由于失察造成的, 因为从含义看来它依循着他们有权受到尊重的原则。公众基于良知不对战俘施行报复, 这种不许报复的态度更加适用于失去防卫能力因而需要保护的伤病军事人员。” J. PICTET, 关于改善战场武装部队伤病人员境况的《日内瓦第一公约》评注, 日内瓦 1952, P. 344。

对受到保护的人员和财产的报复也已经在1949年日内瓦四公约⁴⁵及其1947年附加议定书中以一致意见禁止。⁴⁶此外,《维也纳条约法公约》表明了这种禁止的绝对性质,它明文规定由于重大违约情事导致条约的终止和停止施行,不适用于“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的人员采取任何方式报复的规定”⁴⁷。

(21) 除了禁止交战中的报复以外,国际人道主义法律也有了重大的发展。它承认存在国际法给予个人的不可剥夺和不可侵犯的权利。⁴⁸基于尊重人格原则⁴⁹制

⁴⁵ 关于改善战场武装部队伤病人员境况的日内瓦第一公约,联合国条约汇编,VOL. 75,P. 31;关于改善海上武装部队伤病人员和触礁船舶成员境况的《日内瓦第二公约》第47条,联合国条约汇编,VOL. 75,P. 85;关于战俘待遇的日内瓦第三公约第13条第3款,联合国条约汇编,VOL. 75,P. 135;关于战时保护平民的日内瓦第四公约第33条第3款,联合国条约汇编,VOL. 75,P. 287。

⁴⁶ 1977年6月8日对1949年8月12日日内瓦四公约的第一号附加议定书第20条,《ILM》,VOL. 16,1977,P. 1391。

⁴⁷ 第60条第5款(联合国条约汇编,VOL. 1155,P. 331)。这一理论表明:这种限制适用于关于人道主义法律和人权法律的各项文书。关于违反人权条约义务情况中对对等原则的不可适用性,参看F. LATTANZI,《...的保证》,同前,P. 302 FF.; L. S. SILIANOS,同前,PP. 352-358。SCHACHTER认为,“本款所载列的各项条约明确包括关于保护战争受害者的日内瓦四公约、各项人权条约、和关于难民地位、种族灭绝和奴役的各项公约”(O. SCHACHTER,“国际法的理论与实践。国际公法一般课程”,《HAGUE REC.》,VOL. 178,1982-V,P.181)。不得采取报复的这些规则的不可侵犯性也见于K. ZEMANEK,“国家责任:一般原则”,载于《国际公法百科全书》,VOL. 10,1987,P. 371。

⁴⁸ 见J. PICTET,日内瓦第一公约评注,同前,第7条评注,P. 82,内容如下:“在国际法的发展上,日内瓦公约占有突出的地位。除了还笼罩着浓厚政治色彩的维也纳大会有关奴隶贩卖的条款这个例外,第一次有了一套不再符合国家利益、而只是专门保护个人的国际规章。1864年和以后的公约的倡议者希望保护人身的尊严,他们深信:即使在高度对峙的情况下,不可剥夺的和不可侵犯的权利也附属于这一尊严(引文从略)。”

⁴⁹ “尊重人格原则是日内瓦四公约的根本,而不是其结果。这项原则比四公约还古老,而且不以这些公约为转移。”(J. PICTET,日内瓦第一公约评注,同前,P. 39)。

定的人道待遇的适用范围以1949年日内瓦四公约共同的第3条及其1977年附加议定书扩及于国内的武装冲突。⁶⁰ 根据第一日内瓦公约的评注,这一共同条款“极其明确地规定公约的目标完全是人道主义目标....只是为了确保尊重所有文明国家认为在一切地方和一切情况下都正当的、不受战争本身影响一些基本规则。”⁶¹ 因此,共同的第3条禁止在非国际武装冲突中就受到明文禁止的行为⁶² 进行任何报复,也禁止进行同人道待遇的绝对要求不相容的任何其它报复。⁶³ 非武装冲突中的人道待遇要求一律适用于所有受保护的人员,包括外国国民,尽管没有在共同的第3条第1款的不歧视规定中具体指明国籍。⁶⁴

⁶⁰ 1949年8月12日日内瓦四公约附加议定书,和关于保护非国际武装冲突受害者的议定书(第二议定书),《ILM》,VOL. 16,1977,P. 1442。

⁶¹ J. PICTET,日内瓦第一公约评注,同前,P. 60。

⁶² 共同的第3条第1款规定如下:

“在缔约方领土上发生非国际性武装冲突时,冲突的每一方起码应遵守下列规定:

- (1) 没有积极参加作战的人员,包括武装部队中已经放下武器的人员、由于伤病、被拘留、或任何其它原因而没有参加作战的人员,应该在一切情况下得到人道待遇,不得因其种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财富,或其它类似的标准而受到歧视。

为此目的,在目前、乃至将来,无论在什么时候、什么地方,针对上述人员采取的行为都应该受到禁止:

- (a) 对生命和人身使用暴力,尤其是各种谋杀、断肢、残酷待遇和酷刑;
- (b) 劫人为质;
- (c) 伤害人的尊严,尤其是凌辱和有辱人格的待遇;
- (d) 没有经过正式建立的法院在给予文明人所不可或缺的一切司法保证的前提下先行判决就作出判决和执行死刑。”

⁶³ 参看J. PICTET,日内瓦第一公约评注,同前,P. 55,内容如下:

“报复...在这种情况下不在禁止之列。这是不是说,虽然依第46条,报复应该受到禁止,但是在非国际性冲突中则作为第3条载述的唯一情况得到准许呢?如同我们所看到的,(a)项到(d)项所指行为都是绝对和永远受到禁止的,不容许有任何例外和借口。因此,导致这些行为之一的任何报复是受到禁止的,总的来说,凡是与第(1)分款第一条款所规定的、应该无条件遵守的“人道待遇”不相符合的任何报复都受到禁止。”

⁶⁴ 见P. PICTET,日内瓦第一公约评注,同前,P. 56,内容如下:

“在内战中以不符合人道主义要求的方式对待外侨,或认为由于国籍标准被忽略了,也就有理由让他们死于饥饿或对他们施加酷刑,这是对于日内瓦公约的彻底否定。”

(22) 由于承认了导致禁止在国际或国内武装冲突期间进行报复的基本人道规则和不可侵犯的权利，从而导致了和对平时期的报复施加类似的限制。⁵⁵ 对报复行为所施加的人道主义限制的一般性质在 NAULILAA 案的裁决中得到确认，其中指出：合法的报复必须受到“人道主义要求和适用于国家间关系的诚意规则的限制”。⁵⁶ 同样，国际法协会在其1934年的决议中说：一国在进行报复时必须“力戒采取违反人道主义法律和公众良心之要求的严厉措施”。⁵⁷ 更加具体地说，国际联盟大会在对于执行盟约第16条问题进行的辩论中着重指出在受到侵略情况下适用的经济措施不应危害人道主义关系。⁵⁸

(23) 报复的不人道后果可能是一国在其领土上对外国国民采取的措施⁵⁹ 的直接结果或对违法国采取的措施的间接结果。可以认为下列情况是对在行为国领土上采取的、为外国国民带来直接后果的措施施加人道主义限制的例子。早在1888年，在美国违反1880年关于安置中国国民的条约（“排华法案”）以后，中国虽然停止履行对美国的条约义务，却决定基于人道理由尊重在中国管辖下的美国国民的权利。⁶⁰ 晚近，在福克兰-马尔维纳斯危机期间，联合王国冻结阿根廷在英国的资产，但为阿根廷共和国在联合王国的住民的生活、医疗、和类似费用所必需的一些资金和阿根廷住民离开联合王国所需旅行开支的付款是特定的例外。⁶¹

⁵⁵ 见F. LATTANZI,《...的保证》，同前, PP. 293-302; A. DE GUTTRY,同前, PP. 268-271。在解释了诉诸哪一个可能的强制措施应该取决于国家所作的选择以后，ANZILOTTI指出：国家并不是能够完全自由作出选择。他开列了被战争法律谴责的一些行为——虽然同战事本身相比是“轻微的”，并且认为这些行为在和平时期尤其应该受到谴责。（《国际公法课程》，VOL. III, ROME, 1915, PP. 166-167）。

⁵⁶ UNRIAA, VOL. II, P. 1026。

⁵⁷ 第6条第4款, ANN. IDI, VOL. 38, 1934, P. 709。

⁵⁸ 国际联盟,关于《盟约》第16条的报告书和决议,1927年6月13日, P. 11 ff。

⁵⁹ 在这方面,《外交关系法律注释汇编(3)》第905条认为,“对违法国采取的自助措施不得包括针对该国国民采取的、违反人权原则和外侨待遇原则的措施”(《注释汇编》,同前, P. 381)。

⁶⁰ 《美国对外关系法》,1889年, P. 132。

⁶¹ 英国银行1982年4月3日分发的通知,载于《英国国际法年鉴》,VOL. 53, 1982, P. 509 FF., AT 511。

(24) 关于对会给目标国国民带来间接后果的措施施加人道主义限制的情况有以下一些例子。法国于中非共和国统治者博卡萨的私人警卫队于1979年5月15日在班吉杀害85个年青人以后,作为报复,停止了与该国的一项财务合作协定⁶²,但不停止教育、粮食和医疗领域内的财政援助措施。⁶³ 美国于1986年宣布以反措施方式全面封锁与利比亚的贸易关系时禁止从美国向利比亚出口任何货物、技术(包括技术数据或其它资料)或服务,但不包括出版物和旨在缓解人类痛苦的赠送物品,例如粮食、衣物、医药和完全用于医疗目的的医疗用品。⁶⁴ 意大利议会外交委员会于一位意大利研究员在索马里被谋杀以后,在1990年8月1日停止在索马里的、“不会直接停止人道主义援助的”任何活动。⁶⁵

(25) 各国即使在施行纯粹是反击性质的措施时,鉴于它们认为被侵害的利益没有得到法律上的保护,也都顾到人道主义考虑因素,这样的事实使得基于人道主义理由的限制显得比光是报复还重要。⁶⁶ 这种限制是普遍适用的,因为反措施就其性质而言主要是有关国家之间的问题,并且因为有必要确保这种措施对私人当事方

⁶² 有些作者认为,人道主义考虑使受害国无法终止或停止关于向违法国提供经济援助以改善某一部份人民生活境况的条约的任何部份。见A. CASSESE,《国际法》,同前,P. 271; 和L. BOISSON DE CHAZOURNES,同前,第三章,A部份,第3节,第3.3段,P.153。并见O. Y. ELAGAB,同前,P. 194,认为:应该考虑“依赖和依靠因素”,为此要察看措施是否针对对国家的福利至关重要的一些商品或服务而采取,如果是,又到底达到什么程度。在针对发展中国家采取措施的情况下,这一考虑因素特别重要。但是,并不是所有的作者都赞成对反措施的人道主义限制作广义的解释。参看B. CONFORTI,同前,P. 360。

⁶³ ROUSSEAU,《纪事》,《RGDIP》,1980,P. 364。

⁶⁴ 《美国国际法学报》,VOL. 80,1986,P.630。在伊拉克入侵科威特以后对伊拉克采取措施的第12722号行政命令中载列了一条很类似的规定(案文载于《美国国际法学报》,VOL. 84,1990,P. 903,尤其是第2(b)节)。

⁶⁵ 《共和国》,1990年8月2日,P. 14。

⁶⁶ 日内瓦四公约中所载禁止在战时进行报复的规定不一定扩大适用于反击措施。参看日内瓦第一公约第46条评注,同前,P. 347,它在确认显然需要禁止这种措施以后,在P.342指出:

“但是,至关重要是,不应该发生任何侵犯公约规则的情事,即:不得干涉被视为受保护人的最起码的权利。超过这一最低限度的利益,人们承认交战国不应该同意给予,除非互惠。如果坚持认为在任何情况下这些利益都不得遭受反击措施,就可能不鼓励给予这些利益的危险。因此,谨慎的结论似乎是,第46条仅适用于本条评注开始所界定的报复。”

产生最低限度的影响,以便避免集体惩罚。⁶⁷

(26) 对受害国诉诸反措施之能力所施加的人道主义限制基本上是由人道待遇的基本要求决定的。由于近年来的空前发展,人权法律规定了人道待遇的最低限度标准,确定了即使在战时或其它公共紧急状态也不容停止或减损的一些不可侵犯的人权。⁶⁸ 在这一点上,《公民权利和政治权利国际盟约》承认了一些权利的不可侵犯性,在适用一项授权缔约国在“威胁到国家生活的公共紧急状态下”减损其依盟约应有之义务的权利主张时,也不得包括这些权利。⁶⁹ 盟约规定不得减损以下各条所规定的权利:关于生命权利的第6条、关于不受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的第7条、关于不得使为奴隶的权利的第8条、关于不得仅仅由于无力履行约定义务而被监禁的权利的第11条、关于从法无明文不为罪、法无明文不罚原则产生出的权利的第15条、关于被承认在法律前的人格的权利的第16条、关于思想、良心和宗教自由的第18条。美洲人权公约⁷⁰和欧洲人权公约⁷¹等区域人权文书以及

⁶⁷ 日内瓦第一公约共同的第3条间接讨论到受到禁止的报复的集体惩罚方面,同前,P.54,内容如下:“劫人为质,同往往接着发生的报复一样,违反了现代司法观念,因为它的基础是对罪行进行集体负责的原则。两者打击的人都没有犯下它所要预防或惩罚的罪行。”

⁶⁸ 参见 G. MORELLI,《...的概念》,同前,P. 362; P. REUTER,同前,P. 463; W. RIPHAGEN,第四次报告,同前,P. 17,第 88-89段; CH. DOMINICE,同前, P.62; E. ZOLLER,“对于国际公法上反措施的意见”,载于《ETUDESCOLLIARD》,PARIS,1984, P. 376; O. SCHACHTER,“国际法上的自助:美国在伊朗人质危机中的行动”,载于《国际事务学报》,VOL.37,1983-1984,PP.231-233; A. DE GUTTRY,同前,P. 271。

⁶⁹ 《公民权利和政治权利国际盟约》第4条,《联合国条约汇编》,VOL.999,P. 171。

⁷⁰ 《美洲人权公约》第27条即使在战时或公共紧急状态也禁止停止若干权利,即法人地位的权利(第3条)、生命权(第4条)、人道待遇权(第5条)、不被奴役的自由(第6条)、不受法律追溯的权利(第9条)、信仰和宗教自由(第12条)、家庭权利(第17条)、儿童权利(第19条)、国籍权利(第20条)、参加政府的权利(第23条)、“或为了保护上述权利所必需的其它司法保证”(ILM,VOL. 9,1970,P. 101)。

⁷¹ 《欧洲人权公约》第15条即使在战时或其它公共紧急状态下也禁止减损关于生命权的第2条、关于不受酷刑其它不人道或有辱人格待遇的权利的第3条、或关于不受奴役或劳役的第4条第1款、或关于法无明文不为罪、法无明文不罚原则的第7条(联合国条约汇编,VOL. 213,P.221)。

理论⁷²为不许减损的基本或主要人权概念提供了进一步的支持,虽然所列举的这些权利有所不同。

(27) (d)项禁止减损基本人权的行爲。“基本人权”一语将案文范围限于不可以反措施方式或其它方式减损的人权的“核心”。委员会倾向于采纳“BASIC HUMAN RIGHTS(基本人权)”这一国际法院在巴塞罗纳电车案中选用的词语,⁷³而不是联合国宪章第一条第三款中的“FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS(根本人权)”,对这个词语的解释可能受到它在目前情况下用法的影响,而这是不可取的。此外,委员会使用了“DEROGATE FROM(减损)”而不是“NOT IN CONFORMITY WITH(不遵守)”以避免重复作为第14条要素的禁止概念。

(28) (e)项载述对于受害国诉诸反措施之权利的一般限制,这是因为在法律上它必须遵守国际法强制性规范。委员会在草案第一部份中默示地确认这种限制,首先,它在排除违法性的情况中增列了下列情况:“作为国际不法行为的后果...这种行为构成国际法下的合法措施”(第30条);⁷⁴其次,它强调即使国家同意有该被违反了的义务存在,强制性规范也是不可侵犯的(第29条第2款);再次,必要状态(第33条第2款a项)。这符合确认强制性规范的独特性质为“国际社会各国接受和承认的

⁷² 作为约定法事项讨论不减损权利的情况见F. LATTANZI,《...的保证》,同前,PP. 15 FF. BUERGENTHAL 认为,“关于核心权利的国际协商一致意见载于‘严重违反人权概念’和其下所包含的各项权利。这就是说,目前存在着这样的一致意见:种族灭绝、酷刑、大批杀害和大规模任意剥夺自由是严重违反的情况”(TH. BUERGENTHAL,“国际人权的编纂和执行”,载于《人类尊严。人权的国际化》,L. HENKEN编,阿斯本人道主义研究所,纽约,1979,P. 17)。EL KOUHENE认为,有一个“人类人权的绝对最低限度”,其中至少包括生命权、不受酷刑或有辱人格的待遇的权利以及不受奴役或劳役的权利。(EL KOUHENE,《人道主义权利中的人和人权的基本保证》,DORDRECHT-BOSTON-LANCASTER, 1986,P. 109)。MEDINA-QUIROGA也认为,有些人权称得上是“核心权利”(C. MEDINA QUIROGA,《人权的斗争。大规模、有系统地侵犯情况和美洲间体系》,DORDRECHT-BOSTON-LONDON,P. 13)。MERON不排除分辨各类人权的可能性,虽然他警告说“...除非在一些情况下(例如生命权或不受酷刑的自由),要选择确定哪些权利比其它权利更为重要是极其困难的”(T. MERON,“国际人权的等级”,《美国国际法学报》,VOL.80,1986,P. 4)。最重要的人权可能是习惯国际法所要促进和遵守的那些人权。

⁷³ 《国际法院判例汇编》,1970,P. 22。

⁷⁴ G. GAJA,“维也纳公约以外的强制法”,《HAGUE REC.》,VOL.172,1981-III, P. 297。

不容减损的规范”的《维也纳条约法公约》。而且,对于受害国诉诸反措施的强制性规范限制在二战以后的当代学说中得到了广泛的确认。⁷⁶

(29) (e)项措词和结构有意表明它并不是列举无遗的且要避免作出不合乎需要的相反解释。因此,“任何其它行为”一语是为了表明(a)到(d)项所包括的某些行为--尤其是武力威胁或使用武力行为违背强制性规范,但并没有指明是否这几类行为都违背这种规范。委员会意识到,(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,委员会认为,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。

XX XX XX XX XX

⁷⁶ F. LATTANZI,《...的保证》,同前,P. 306 FF; P. REUTER,同前,P.463; K. ZEMANEK,“国家对国际不法行为和国际合法行为的责任”,载于《国际责任》,PARIS,1987-1988,P. 84; G. GAJA,“维也纳公约以外的强制法”,《HAGUE REC.》,VOL. 172,1981-III,P. 297; D. ALLAND,“国际责任和制裁:国际法委员会有关国际责任规则编纂工作中的自卫和反措施”,载于M.SPINEDI,B. SIMMA,编,《联合国国家责任编纂工作》,NEW YORK,LONDON,ROME,1987,P. 185; O.Y. ELAGAB,同前,P. 99; 和L.A. SICILIANOS,同前,PP. 340-344。