



论受害国以外的国家 采取反措施问题

On Countermeasures Taken by
a State other than an Injured State

李永胜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



论受害国以外的国家 采取反措施问题

On Countermeasures Taken by
a State other than an Injured State

李永胜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论受害国以外的国家采取反措施问题 / 李永胜著.
—北京:法律出版社,2012.10
ISBN 978-7-5118-4152-0

I. ①论… II. ①李… III. ①国际法—研究 IV.
①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 247179 号

论受害国以外的国家采取
反措施问题

李永胜 著

责任编辑 张瑞珍
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.375 字数 263 千

版本 2012 年 11 月第 1 版

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4152-0

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

您即将阅读或者放弃阅读的本书,改编自我的一篇篇幅不长的国际法论文。在这本书中,我试图对国际法上一个不是很大但却很重要的问题发表一些个人的见解。当今世界种种违反国际法或者打着国际法的幌子践踏国际法治的行径,让很多人对国际法渐失信心。然而我还是相信,国际秩序和法治是人类追求的目标。国际法也不仅仅是“格致”之学,它对“平天下”具有积极意义。对这门学问进行真诚的研究,是必要和有益的。对此,不能被历史上一时的偏差所蒙蔽,需要采取理性态度和本着科学精神加以看待。正是在这种想法的引导下,我逐渐对国际法产生兴趣并着手对本论题进行研究。

实践是理论的“无尽藏”,国际法是随着实践不断发展的。“凡操千曲而后晓声,观千剑而后识器”。对国际法的探索是没有止境的,我在这方面才刚刚开始。相应地,本书主要是对我前期学习国际法和从事国际法实践的一个阶段性小结,如果它能对相关问题的研究起到一点促进作用,那将是对我的额外褒奖。

作为一个实务部门工作者,我努力按照严谨学术

的要求,做到材料和论证扎实可靠。但由于学识和资料所限,对论题驾驭起来却感到相当难度,对不少问题的认识流于表面,看法难免有不全面、偏颇甚至舛误之处。对一些问题如自然法传统对国际法和本论题的意义等,论述得不够。在面对涉及国际法发展史、法理学或政治哲学问题的时候,更感学力单薄。对出于种种原因翻开本书的读者,我在感谢之余,不奢望您通读全书。对少数通过阅读本书与我进行交流的读者,我诚挚希望能得到您的批评和指正。

本书主要是集中在大约半年时间内写作完成的,但从立意、收集材料到成篇却历经多年,它见证了我人生的一段难忘的时光。是我的导师、班主任和我的多位良师、前辈和挚友,给我指导、鼓励和切实的帮助,才使我不得以坚持下来。在此不想列举出他们的名字,但每一位都清清楚楚印在我脑海里,我对他们心存感激。

我还要对法律出版社独立策划部张瑞珍主任、编辑王莹女士为出版本书所做的精心策划和编辑表示衷心感谢。此外,本书中引用了许多前辈今人的论述和成果,我在文中都逐一注明,并在书后主要参考文献中列出。对这些著作者,我也要表达我的谢意。当然,对本书中所提出的任何观点的责任,均当由我个人承担。

最后,我要感谢我的家人——我的父母,我的岳父母,我的妻子和女儿,没有他/她们的养育、全力的支持、持续的关心、督促和宽容,以及营造的和谐温馨的家庭氛围,这本书是不可能顺利问世的。

谨以本书作为一份小小的礼物献给我的女儿。愿本书的写作过程和问世能传递给她些许有意义的东西,助她健康成长。

李永胜

2012年10月于北京

目 录

导 言 001

第一章 反措施制度的起源和演进 012

第一节 概说 012

第二节 反措施制度的产生和发展 031

第三节 反措施属于习惯国际法 035

第四节 对反措施的编纂和逐渐发展 042

第五节 反措施的目的和条件 047

本章小结 061

第二章 受害国以外的国家采取反措施问题的 相关学说 063

第一节 西方经典作家观点 064

第二节 现当代学者观点 070

第三节 国际法学术团体的立场 080

本章小结 083

第三章 国际法委员会对该问题立场的演变 084

第一节 处理援引责任问题方法的演变 085

第二节 受害国概念的演变 093

第三节	受害国以外的国家采取反措施问题的演变	101
第四节	国际组织的责任专题下对受害国或受害国际组织以外的 国家或国际组织采取反措施问题的处理	108
	本章小结	110

第四章 国家立场和实践的考察 113

第一节	国家立场	114
第二节	国家实践	119
第三节	中国的立场和实践	132
第四节	对国家实践的评价	136
	本章小结	139

第五章 “法律利益”说的有限意义 140

第一节	国际法院的司法实践与法律利益	142
第二节	多边条约义务与法律利益	167
第三节	国家责任条款草案对国际法院判决和条约法规定的 借鉴、编纂与发展	190
	本章小结	194

第六章 一般国际法不予管制的效果 196

第一节	一般国际法规则的局限	197
第二节	一般国际法对该问题不予管制的效果	198
第三节	若干相关条约制度安排	203
	本章小结	213

结论 215

主要参考文献 224**附 录 242**

- 一、国际法委员会二读通过的国家责任条款草案(2001 年,中英文) 242
- 二、国际法委员会的起草委员会二读暂时通过的国家责任条款草案
(2000 年,英文) 270
- 三、国际法委员会一读通过的国家责任条款草案(1996 年,英文) 288
- 四、特别报告员的有关建议案文(英文) 314
- 五、国际法学会两个相关决议(英文) 318

导 言

一、论题的意义和研究目的

自从国际法作为一门科学产生的那天起,学者们就被国际法究竟是不是法的问题所困扰。霍布斯、普芬道夫、奥斯丁等对国际法是法持反对立场。奥斯丁从实在法角度出发认为,法律应当是主权者的命令。由于国际法不是出自于任何主权者的命令,因而不是法。这实际上是拿国内法来衡量国际法后得出的结论。^①在《法律的概念》中,哈特归纳了以国内法衡量国际法后对国际法的法律属性提出的质疑。他说:“由于缺少国际立法机关,有强制管辖权的法院和集中组织起来的制裁等因素,它已经在法学家们的心中引起了疑惑。缺乏这些制度性意味着国家之间的规则类似于仅由第一性的义务规则所构成的那种简单社会

^① Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts ed., *Oppenheim's International Law*, Longman Group UK Limited and Mrs Tomoko Hudson, 1992, 9th ed., Vol. 1, *Peace, Introduction and part 1*, pp. 8-9; D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 5th edition, London Sweet & Maxwell, 1998, p. 6.

结构形式,国际法不仅缺乏设置立法机构和法院的第二性的改变规则与审判规则,而且缺乏统一的明示法律的‘渊源’并提供识别法律规则之一般标准的承认规则。”^①

但在哈特看来,国际法仍然是具有法律属性的。原因是,国际法是以一种不同于国内法的形式发展起来的,在国际法中既不存在同样的制裁的必要性,也不存在安全而有效地使用制裁的同样背景。但是以某些规则对国际关系加以调整是值得的,这些规则所提出的要求仍然可以被认为和被说成是强制性的。同时也存在遵守这些规则的普遍压力,而且它们还构成了主张利益和认可利益的根据,对它们的违反不仅可以用于证成赔偿的要求,也可以用于证成报复行为和反对措施。当这些规则遭到漠视时,其根据也不是因为它们没有约束力,相反地,是竭力去掩盖事实真相。^②

汉斯·凯尔森从其纯粹法学说出发,认为国际法是真正意义上的法律。他把制裁视为法律的重要特征,认为国际法存在制裁,但这是一种分散的(decentralized)制裁,法律的执行是由社会的个体成员依据自助原则采取制裁行为。制裁包括报复和战争。凯尔森说,没有什么东西妨碍我们把报复称为国际法的制裁。报复是对破坏国际法,即对国际不法行为的反应。一般国际法给每个国家以法律权力,以便在其利益受到另一国侵犯时实施报复,即采取对该另一国的利益加以有限干预的强制行动。可以把实施报复的国家视为已获得国际法的授权以国际共同体的一个机关的资格去行事。因此,这种强制行动就可以被视为这个共同体的行动。战争是一般国际法的最后制裁,在其未被包括使用武力的有组织的集体强制行动所代替以前,是不应废除的。

① [英]哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译,中国大百科全书出版社1996年版,第209页。

② [英]哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译,中国大百科全书出版社1996年版,第214~215页。

自卫权作为使用武力反抗非法使用武力的权利,是包含在自助原则之中的。^①

《奥本海国际法》从几个方面肯定国际法的法律属性。它认为国际法的法律属性基于以下因素:一是存在由共同利益凝聚在一起并进行广泛交往的由世界各国构成的整体;二是规范国家行为的规则已存在数百年;三是各国对通过外部力量执行国际法存在共识,尽管缺乏中央权威来执行法律,而且国家有时仍不得不通过自助或干涉把法律掌握在自己手中。^②

尽管学理上对国际法是不是法的问题的争论仍在继续,但这并未影响当代国际法在国际关系中日益发挥重要作用。从上述学者对国际法的看法可大体看出,国际法学界对下述观点是有基本共识的,即在分散的无政府状态的国际社会中,作为国家自助权的具体体现,反措施(大体相当于传统国际法上的“报复”)是执行国际法的重要手段。在当代国际法禁止使用武力和没有强制性的争端解决机制的情况下,尽管联合国集体安全制度以及某些国际组织的机制具有一定程度上的执行国际法的效果,^③但是反措施对于国家维护自身权利、援引国际不法

① [奥]凯尔森:《国际法原理》,王铁崖译,华夏出版社1989年版,第20~21页、第37页、第51页;[英]赫德利·布尔:《无政府社会:世界政治秩序研究》(第2版),张小明译,世界知识出版社2003年版,第104~105页。

② Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts ed., *Oppenheim's International Law*, Longman Group UK Limited and Mrs Tomoko Hudson, 1992, 9th ed., Vol. 1, *Peace, Introduction and part 1*, pp. 9~10. 该观点部分地与菲德罗斯的观点相近。参见[奥]阿尔弗雷德·菲德罗斯、斯特凡·菲罗斯塔、卡尔·策马内克:《国际法》(上册),李浩培译,商务印书馆1981年版,第10~19页。

③ 根据《联合国宪章》,以安理会为核心的联合国集体安全制度主要任务是维持国际和平与安全,并不直接涉及执行国际法。但其在维持国际和平与安全的限度内,至少在事实上涉及对相关国际法的维护。此外,根据《联合国宪章》第94条第2款,安理会负有执行国际法院生效判决的一定责任。相关讨论参见 Mary Ellen O'Connell, *The Power and Purpose of International Law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement*, Oxford University Press, 2011, p. 166。

行为国的责任以及国际法的执行的重要性仍不容忽视。正如沙赫特所言,“每一条国际法规则,都先验地被装备上了一个法律上的制裁:如果受到一国的侵犯,受害国原则上被赋予权利,暂停履行任何对侵权国所负担的义务。这是一条没有疑问的一般性原则”。“几乎可以肯定,非暴力的自助和反措施仍将是国际法的一个重要特征,甚至可能随着国际法领域和义务范围的扩展而更加重要”。^① 不论如何回答国际法的法律属性问题,不可回避的是,反措施仍然是援引责任和执行国际法的重要手段。

反措施是与国家责任问题密切相关的国际法制度。从某种程度上讲,国家责任问题是在更广泛意义上的国际法的执行制度。2001年,联合国国际法委员会完成了《国家对国际不法行为的责任》条款草案,这是一套关于国家如何在分散的国际社会中援引国家责任和执行国际法的制度。很自然,这套制度必然要以反措施为重要内容,否则它就缺乏了在分散的国际社会中执行国际法的“牙齿”,使条款草案失去灵魂,特别是在条款草案中未规定争端解决内容的情况下更是如此。^② 因而,条款草案在关于“一国国际责任的履行”的第三部分,用一章的篇幅共6个条款对反措施制度作出了专门规定。这是迄今为止政府间学术机构对反措施制度所做的最新的和最完整的编纂和发展。根据条

^① Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 184, 185.

^② 日本质疑反措施作为国家责任法组成部分的合理性,认为反措施与自卫类似,条款草案第二部分没有规定自卫,因为诉诸自卫的内容和条件是由初级规则决定的,因而在国家责任法范围之外。这同样适用于反措施。参见 *State responsibility: Comments and observations received from Governments*, 19 March 2001, UN General Assembly, A/CN.4/515, pp. 74-75。对日本观点可作如下简单回应:一是条款草案是不涉及使用武力问题的,因而不涉及以自卫作为援引责任的手段(草案仅在第五章第21条把自卫作为一种解除行为不法性的情况);二是说反措施的条件和限制是初级规则的内容是值得商榷的,国际法对包括自卫在内的使用武力的管制与对反措施的管制是不同的,把二者简单类比是不妥当的。

款草案相关规定,反措施是指国际不法行为的受害国,为促使国际不法行为的责任国履行其义务,所采取的暂不履行对责任国所承担的国际义务的做法。

由于相关实践的缺乏和模糊,反措施作为国际法上的制度一直存在含混不清之处,对采取反措施的目的和限制、条件与争端解决的关系等问题一直颇有争议,各国也广泛存在对其被滥用的担心。随着国际法委员会对国家责任条款草案审议的深入,围绕反措施问题的另一个争议问题逐渐浮出水面,那就是关于采取反措施的主体的问题。受害国毫无疑问有权采取反措施,这是国际法赋予其自助的一项重要权利。但是,受害国以外的国家是否也有权在一定情况下采取反措施?也就是说,在分散的国际社会里,国家的自助权是否可以部分地让渡给并未受到国际不法行为侵害的国家?国际法是否允许某个或某些国家以类似“世界警察”的资格去加以执行?这不仅关乎国际法的执行,也关系到国际法自身的发展和其所维护的国际秩序稳定的问题。加之在国家责任专题审议过程中,一些学者表现出来的支持赋予受害国以外的国家采取反措施权利的明显的学术和政治倾向,使得对这个问题的研究与围绕反措施其他问题的研究相比具有了更加突出重要性和紧迫性。有鉴于此,本书拟对受害国以外的国家采取反措施问题进行探讨,以期澄清该问题产生和发展的基本脉络,国际法在该问题上的现状,包括是否赋予了这类国家以采取反措施的权利,以及是否对这类国家采取反措施予以明确禁止,以回答受害国以外的国家采取反措施的法律属性问题,即国际法对该问题采取怎样的态度。本书也回答了其是否是援引责任和执行国际法的合法的手段,对该问题在国际法中的地位以及今后的发展趋势进行了分析,并就如何应对该问题提出了若干建议。

本书认为,对受害国以外的国家采取反措施问题,一般国际法的态度是既不肯定也不否认,体现为“无权利无禁止说”,意味着一方面这类国家无权采取反措施,另一方面其采取这类措施也不为一般国际法

所禁止。这表明该问题尚缺乏一般国际法的管制,受害国以外的国家采取反措施不是合法的援引责任和执行国际法的手段。但同时,国家可通过缔结条约来建立特别法制度,对该问题予以管制,当代国际法中也存在若干与该问题相关的特别法制度。一些学者鼓吹受害国以外的国家有权采取反措施,无非是为干涉主义提供国际法理论的支撑。有必要对这种利用“无法可依”的空子行干涉之实的倾向予以警惕,尽早把受害国以外的国家采取反措施问题纳入国际法管制范围内。

二、学界对该问题的研究现状

对受害国以外的国家采取反措施问题的研究,无论从国外还是国内看,与对国际法其他问题的研究相比,都相对较少。^① 西方国际法经典著作通常会结合战争等问题对该问题有所涉及,本书第二章对此作了介绍。1970年《英国国际法年刊》发表阿库斯特的《第三国的报复》一文,这是当代论及该问题的较早的文章,该文对涉及受害国以外的国家采取反措施问题的国际实践进行了考察。20世纪90年代中期,海牙国际法学院演讲集出版弗罗文的《非直接受影响的国家对违反国际公法的反应》和希马的《从国际法上的双边主义到共同体利益》,对该问题的研究起到推动作用。2005年剑桥大学出版社出版塔姆斯所著《国际法上对一切义务的履行》,2007年海牙国际法学院演讲集出版克劳福德的《国际法上的多边权利与义务》,都是近年涉及该问题的研究著作。20世纪90年代以来的这几篇论文主要从国际法上的多边主义出发,出于维护集体利益,把受害国以外的国家采取反措施视为维护集体利益和执行对一切义务(*obligations erga omnes*)的重要手段,对其持赞同或支持立场。此外,2002年,美国国际法学会和欧洲国际法学会分别组织学者就2001年通过的国家责任条款草案进行研讨,其中一些

^① 相关书目见本书后附主要参考文献。

文章也从维护集体利益等角度涉及该问题。

对该问题研究比较深入并具有广泛影响的还要数联合国国际法委员会。在审议国家责任专题过程中,特别是1996年对国家责任条款草案的二读开始后,委员会对该问题进行了深入讨论。以特别报告员克劳福德为代表的一些学者,支持在条款草案中写入“集体反措施”。该问题在委员会内部以及国家层面引起激烈辩论,一直持续到2001年条款草案最终通过前夕。在严重分歧面前,国际法委员会不得不通过规定保留条款(saving clause),使争议双方立场都不受影响,把该问题留待国际法的发展去解决。

在我国国内有若干学者对国家责任法、反措施进行了研究,但总体上相关论文数量有限,对受害国以外的国家采取反措施问题进行研究的文章则更少。

三、本书的研究方法和思路

本书主要通过考察国家立场和实践、国际司法实践、条约法以及学说对受害国以外的国家采取反措施问题进行研究,特别注意把研究根植于实践基础上。对实践的横向范围的考察尽量全面,在时间上尽量加大跨度,并把最新国际事件选入。在立足实践进行研究的同时,本书对国际法学界围绕该问题的论述也进行了广泛的考察。同时,本书也使用了演绎和归纳等逻辑方法,努力对实践进行比较深入系统的整理和分析,以得出中肯的结论。

本书共六章和一个结论。第一章概述国际法上的反措施制度,涉及反措施的概念、其在国际法中的地位、作为国际法制度的起源和历史发展、习惯国际法地位的确立、对反措施的编纂和逐渐发展、采取反措施的目的、限制和条件等内容,旨在为下文的论述做一铺垫。第二章对学界对该问题的主要观点作了归纳整理,认为学界历来在该问题上存在截然相反的两派意见,因而不能对受害国以外的国家采取反措施问题给出倾向性的学说支持。第三章对国际法委员会对受害国以外的国

家采取反措施问题的研究做一梳理,主要是由于国际法委员会在审议国家责任专题过程中对该问题进行了比较系统的研究,甚至一度拟订了允许受害国以外的国家采取反措施的相关条款草案。了解国际法委员会对该问题的研究脉络,有助于比较全面地对该问题进行把握。第四章考察与该问题相关的国家立场和实践。认为在一般意义上不存在对受害国以外的国家采取反措施的实践支持,不存在赋予受害国以外的国家采取反措施权利的一般国际法规则。该章还对中国的相关立场和实践进行了归纳和分析。第五章从法律利益角度,对受害国以外的国家援引责任的法律依据进行了系统的探讨。通过考察国际法院相关判例和相关条约法制度认为,如果受害国以外的国家对被违背的多边义务的履行拥有法律利益,那么该国是有权援引违反该项多边义务的责任国的责任的。但是,不论国际法院判例还是条约法都没有对援引责任的方式做出明确的指引,更未明确在受害国以外的国家对被违背的多边义务的履行拥有法律利益的情况下,该国有权采取反措施。因此从对相关国际法院判例和条约法的考察,不能得出受害国以外的国家有权采取反措施的结论。第六章认为对受害国以外的国家采取反措施问题,存在“无权利无禁止说”,表明一般国际法对该问题不予管制。该章探讨了这种不予管制的效果,认为国家可通过缔结条约建立特别法制度对该问题予以管制,该章也探讨了若干相关特别法制度安排。最后是全书结论,对受害国以外的国家采取反措施问题的理论背景及一般国际法对该问题不予管制的危害进行了分析,并提出作者的应对建议。

四、术语的选择

国际法委员会以及学者在论及受害国以外的国家采取反措施问题时,“第三国”、“非直接受害国”等提法都采用过。例如国际法委员会在其报告中关于国家责任条款草案的内容曾提到,“通过赋予‘第三国’(third State)在涉及违反人权义务时采取反措施的权利,它隐蔽地

建立了‘非直接受害国’(not directly injured State)的反措施制度”。^①“在反措施和援引责任情况下,第三国反应应当属于次级层面,这样的第三国可以要求停止(不法行为),但一旦已停止,争端就首先应由受害国去解决”。^②在学者论著中,弗罗文曾使用“非直接受影响国家”(not directly affected States),他认为“使用‘非直接受影响国家’以体现违法者的行为并非针对其领土、居民或其他权利和利益的那些国家”。^③巴黎第二大学教授阿朗认为,“非直接受影响的国家”比“第三国”要更好。^④

本书采用“受害国以外的国家”这一表述。主要考虑是:第一,国际法委员会在最终通过的国家责任条款草案中使用了该表述,已使其拥有特定含义并具有一定规范的意义,从逻辑学角度看,与其他表述相比,该表述也更加清晰和少有歧义。“第三国”、“非直接受害国”、“非直接受影响国家”都没有被广泛使用并出现在条款草案中,这些表述也有含义不清之处。第二,“非直接受害国”仍带有其属于“受害国”范围的含义,区别仅在直接与间接问题,与受害国概念不易区分。第三,“第三国”可在国际法的多种语境中使用,如条约的第三国。第三国既可能是受害国,也可能是受害国以外的国家,如缔约国违反为第三国设定权利的条约就直接侵害第三国权利,此时的第三国属于国家责任法中的受害国而非受害国以外的国家。第四,“非直接受影响国家”表述似较

① Report of the International Law Commission, 52nd session, 2000, Official Records of the General Assembly, A/55/10, p. 31.

② Report of the International Law Commission, 52nd session, 2000, Official Records of the General Assembly, A/55/10, p. 57.

③ Jochen A. Frowein, *Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, in *Recueil Des Cours - Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1994 IV, Tome 248 de la collection, 1995, Martinus Nijhoff Publishers, p. 354.

④ Denis Alland, *Countermeasures of General Interest*, 13 *European Journal of International Law (EJIL)*, 2002, p. 1228.