

## 论外国中央银行资产的国家豁免 与其他国家的没收和集体反措施

李庆明

**内容提要:**集体反措施(第三方反措施)是否构成没收外国中央银行资产的理由,涉及三个小问题,即外国中央银行资产享有何种程度的国家豁免、非受害国之外的第三方对责任国采取集体反措施是否已成为习惯国际法规则、没收外国中央银行资产是否符合国际法尤其是其中的反措施规则。按照习惯国际法,外国中央银行资产享有国家豁免的保护,即免于其他国家的管辖、冻结、没收和各种形式的强制措施。一国不能没收外国中央银行资产,除非两国之间处于战争或武装冲突状态,而且仅限于迫切军事必要。《国家责任条款草案》并未规定受害国以外的国家采取集体反措施的权利。集体反措施几乎没有国家实践,采取制裁措施的国家或组织也并不将其制裁措施视为集体反措施,故主张集体反措施构成习惯国际法规则没有依据。禁止非法使用武力属于普遍义务,但责任国向受害国支付赔偿的义务并非普遍义务。以所谓的集体反措施为由主张没收外国中央银行资产,没有国际法依据,违反国家豁免原则,不符合国际责任法就反措施所施加的“临时性”和“可逆性”限制,破坏了国际法治。

**关键词:**中央银行 国家豁免 制裁 反措施 习惯国际法

李庆明,中国社会科学院国际法研究所涉外法治研究基地研究员。

外国中央银行享有国家豁免长期得到公认,但目前一些国家奉行所谓的“基于规则的国际秩序”,开始讨论以集体反措施(collective countermeasures)或第三方反措施(third-party countermeasures)作为冻结、没收外国中央银行资产(含其孳息)的理由。<sup>[1]</sup> 所谓的

[1] See Amanda Bills, The Relationship between Third-Party Countermeasures and the Security Council's Chapter VII Powers: Enforcing Obligations *erga omnes* in International Law, 89 *Nordic Journal of International Law* 117, 117-141 (2020). 联合国安全理事会有权依据《联合国宪章》(Charter of the United Nations)第七章而采取各种措施,包括集体自卫、集体制裁,故本文不讨论基于联合国安全理事会决议而采取的措施。

集体反措施、第三方反措施,也有学者称为“团结措施”(solidarity measures)、“公益反措施”(general-interest countermeasures 或 countermeasures of general interest),并无权威定义,大体上是指受害国以外的第三方对责任国采取的反措施。<sup>[2]</sup> 根据这种理论,只要责任国违反国际法上的普遍义务(erga omnes obligations),<sup>[3]</sup> 第三方就有权对该国采取集体反措施,该国中央银行资产就不再享有国家豁免的保护,且其他国家没收该国中央银行资产即使违反了国家豁免原则、侵犯了该国享有的豁免权,也由于符合习惯国际法上的集体反措施制度而消除了不法性。

国内已有学者研究外国中央银行豁免,<sup>[4]</sup> 也有学者专门研究受害国以外的国家采取反措施问题,<sup>[5]</sup> 但并未研究外国中央银行是否享有非司法强制措施豁免,更未注意到外国中央银行豁免与反措施之间的关系问题。这个问题可以细分为如下问题:第一,外国中央银行资产是否仅享有司法强制措施豁免,不享有非司法强制措施豁免;第二,集体反措施是否已成为习惯国际法,允许第三方自行决定对责任国采取集体反措施;第三,没收外国中央银行资产,是否符合反措施规则。本文结合《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property,下称“《联合国豁免公约》”)、《国家对国际不法行为的责任条款草案》(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,下称“《国家责任条款草案》”)及国家实践,主张外国中央银行资产不但享有司法强制措施豁免,而且也享有非司法强制措施豁免,并认为国家实践和法律确信均不足以证明集体反措施已成为习惯国际法,没收外国中央银行资产没有国际法依据、违反国家豁免原则和反措施规则。

## 一 外国中央银行资产享有的国家豁免保护

《联合国豁免公约》以及各国国家豁免立法、司法实践均承认,外国国家尤其是外

[2] 第三方主要是第三国,但不等于第三国,而是包括第三国或国家集团、区域性国际组织等非国家实体。See Martti Koskenniemi, Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?, 72 *British Yearbook of International Law* 337, 343-344 (2001); Marco Gestri, Sanctions, Collective Countermeasures and the EU, 32 *Italian Yearbook of International Law* 67, 67-92 (2022); Avidan Cover, Sanctions and Consequences: Third-State Impacts and the Development of International Law in the Shadow of Unilateral Sanctions on Russia, 100 *University of Detroit Mercy Law Review* 441, 457-458 (2023); Menno T. Kamminga, Confiscating Russia's Frozen Central Bank Assets: A Permissible Third-Party Countermeasure?, 70 *Netherlands International Law Review* 1, 7 (2023).

[3] 考虑到各国政府就国家责任向联合国国际法委员会提出的评论和意见中都使用“普遍义务”一词,以及该词相对简洁,本文并未采用王铁崖等使用的“对一切义务”的翻译,也未采用“对国际社会整体的义务”以及“对世义务”的用法。参见《国际法委员会年鉴》(2001年,第二卷第一部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 1),第14-98页;[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷第一分册),王铁崖、陈公绰、汤宗舜、周仁译,王铁崖校,中国大百科全书出版社1995年版,第1页;王秀梅著:《国家对国际社会整体的义务》,法律出版社2009年版,第4-5页。该词自国际法院1970年在比利时诉西班牙判决中提出已有50多年,但其内涵和外延并不确定。See *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I. C. J. Reports 1970, para. 33.

[4] 参见郝敏:《美国冻结和处分俄罗斯主权资产的法律路径与挑战》,《当代美国评论》2024年第1期,第67-89页;王蕾凡:《中央银行及其财产管辖豁免:国际法与国家实践》,《环球法律评论》2021年第5期,第164-176页;郭华春:《我国央行财产豁免制度的完善:以利益平衡为视角》,《上海财经大学学报》2014年第2期,第90-97页。

[5] 参见李永胜著:《论受害国以外的国家采取反措施问题》,法律出版社2012年版。

国中央银行资产享有司法上的管辖豁免和强制措施豁免,<sup>[6]</sup>但并未规定外国国家及其财产在立法和行政措施上享有豁免。那么,是否可以限制性解释已有的外国中央银行享有司法强制措施豁免的规定,主张外国中央银行不享有非司法强制措施豁免?答案是否定的。

### (一) 冻结外国中央银行资产与国家豁免原则

传统意义上的国家豁免包括管辖豁免和司法强制措施豁免,前者要求一国法院不得管辖外国国家及其财产,后者要求一国法院不得对外国国家及其财产采取包括司法冻结、没收在内的强制措施。<sup>[7]</sup>《联合国豁免公约》和各国立法与司法实践均区别对待管辖豁免和司法强制措施豁免,在司法强制措施豁免问题上更为慎重,尽量不对外国国家财产尤其是外国中央银行资产采取司法强制措施。国际法和各国在立法、实践中之所以给予外国国家财产司法强制措施豁免,主要目的在于基于主权平等原则,保护外国国家正常履行职能,避免外国采取对等反制、对国际经济和金融秩序造成不利影响,也避免引起国际争端和外交对抗。

《联合国豁免公约》第18条规定免于判决前强制措施的国家豁免,第19条规定免于判决后强制措施的国家豁免,第21条专门规定外国中央银行资产享有更特别的保护。该公约第19条规定,不得在另一国法院的诉讼中针对一国财产采取判决后的强制措施,例如查封、扣押和执行措施,除非已经证明该财产被该国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的。第21条第1款(c)项还特别规定,一国中央银行或其他货币当局的财产尤其不应被视为第19条(c)项所指被一国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外目的的财产。第21条第1款(c)项保护的是中央银行或其他货币当局的财产,是一个基于所有权(或控制权)的类别,除(c)项之外的其他各项保护的是外国国家财产中基于职能、使用而非所有权或控制而享有的豁免。也即外国中央银行资产无论其功能和用途是什么,均获得特别保护,享有接近于绝对豁免的地位。已有的国家豁免立法也均规定,除非经过外国国家或其中央银行同意等极少数特殊情形,外国中央银行资产不得被视为用于商业目的,而且免于扣押、执行。<sup>[8]</sup>依据2005年《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第1条、2023年《外国国家豁免法》第15条第3项,外国中央银行资产在中国享有司

[6] See Ingrid Brunk, Immunity from Execution of Central Bank Assets, in Tom Ruys, Nicolas Angelet & Luca Ferro eds., *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 266-284.

[7] “司法强制措施豁免”,也称为“执行豁免”。中外学术界均认为,应区别对待管辖豁免和司法强制措施豁免。参见龚刃韧著:《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》(第2版),北京大学出版社2005年版,第268-304页;Hazel Fox & Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, p. 23.

[8] 例如,1976年美国《外国主权豁免法》(《美国法典》第28编第1611节第2条)、1978年英国《国家豁免法》第14条第4款、1979年新加坡《外国国家豁免法》第16条第4款、1981年巴基斯坦《国家豁免条例》第15条第4款、1981年南非《外国国家豁免法》第15条第3款、1984年马拉维《特权与豁免法》第16条第4款、1985年加拿大《国家豁免法》第12条第4款、1985年澳大利亚《外国国家豁免法》第35条第1款、2008年以色列《外国国家豁免法》第18条、2009年日本《对外国国家民事管辖法》第19条、2015年《西班牙有关外国政府等享有的特权与豁免的组织法》第20条第1款、2019年俄罗斯《关于外国国家和财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》第16条第1款。参见徐宏主编:《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》,知识产权出版社2019年版,第18、25、37、44、51、58、71、84、95、101、114、130页。

法强制措施豁免。德国、法国、意大利等国家虽未制定专门的国家豁免立法,但在实践中也认可外国中央银行资产享有司法强制措施豁免。<sup>[9]</sup>

有学者认为,《联合国豁免公约》和国家豁免立法与实践规范的是司法程序,而冻结外国中央银行资产的制裁措施涉及与司法程序无关的行政行为,并不触发或违反国家豁免规则。<sup>[10]</sup> 这种解释没有依据,也不符合现实。

中央银行资产尤其是外汇储备,是外国国家财产中非常重要的一部分。外国中央银行是外国国家行使主权的重要载体和工具,外国中央银行资产也是外国国家行使主权的资源保障。<sup>[11]</sup> 美国国会审议 1976 年《外国主权豁免法》(*Foreign Sovereign Immunities Act*)时表示,如果外国中央银行在美国的财产容易被扣押或执行,那么外国中央银行在美国的储备存款将受到阻碍,执行外国中央银行储备可能造成重大外交关系问题。<sup>[12]</sup> 美联储官员曾多次通过公开撰文和演讲指出,由于中央银行职能非常广泛,外国中央银行资产根据美国 1976 年《外国主权豁免法》在美国享有广泛的司法强制措施豁免。<sup>[13]</sup> 中央银行持有和控制资产及从事各种活动,是外国行使主权的具体形式和表现,应得到尊重。

美国政府和联邦法院在实践中也都认可外国中央银行享有特别保护,甚至美国政府还会在个案中提交法庭之友意见书(*amicus curiae* brief)及利益声明(*statement of interest*),为外国中央银行主张豁免,反对对外国中央银行资产采取司法强制措施。<sup>[14]</sup> 在一起要求扣押阿根廷中央银行资产的案件中,美国联邦第二巡回上诉法院援引美国政府的法庭之友意见书,认为削弱外国中央银行传统上享有的诉讼或扣押豁免可能导致外国中央银行从美国撤回其储备并将其存放在其他国家,可能对美国经济和全球金融体系产生直接和不利的影晌。<sup>[15]</sup> 实际上,正如阿根廷中央银行官员所述,美国法院 1999 年曾经发出过要求扣押阿根廷中央银行资产的临时扣押令,虽然后来撤销了该扣押令,但也会对阿根廷货币、政治、经济和社会稳定造成严重影响,故阿根廷中央银行将超过 200 亿美元的储备从美国转移到国际清算银行。<sup>[16]</sup>

对外国国家财产尤其是外国中央银行资产采取司法强制措施会阻碍外国处置其财产、管理公共事务、履行公共职责、实现公共目的,尤其对外国的外汇和货币管理职能造成不利影晌。既然对外国中央银行资产采取司法强制措施会妨碍外国行使主权权力,那么同样没有理由主张非司法部门采取的非司法强制措施不会对外国处置财产、行使主权造

[9] 参见李庆明:《论中国〈外国国家豁免法〉的限制豁免制度》,《国际法研究》2023 年第 5 期,第 52-53 页;刘元元著:《国家财产执行豁免问题研究》,厦门大学出版社 2015 年版,第 72-78 页。

[10] See Ingrid Brunk, *Central Bank Immunity, Sanctions, and Sovereign Wealth Funds*, 91 *George Washington Law Review* 1616, 1628 (2023).

[11] See Hazel Fox & Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, p. 481.

[12] 参见李庆明著:《美国的外国主权豁免理论与实践》,人民日报出版社 2021 年版,第 269-270 页。

[13] See Ernest T. Patrikis, *Foreign Central Bank Property: Immunity from Attachment in the United States*, 1982 *University of Illinois Law Review* 265, 274 (1982); Thomas C. Baxter Jr., *Recent Developments in Key Legal Issues of International Reserves Investments*, <https://www.newyorkfed.org/newsevents/speeches/2010/bax101119>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[14] 参见李庆明著:《美国的外国主权豁免理论与实践》,人民日报出版社 2021 年版,第 270-271 页。

[15] See *EM Ltd. v. Banco Central de la República Argentina*, 800 F.3d 78, 98 (2d Cir. 2015).

[16] See *NML Capital, Ltd. v. Banco Central de la República Argentina*, 652 F.3d 172, 177-178 (2d Cir. 2011).

成不利影响。资产冻结的制裁是国家立法或行政命令的产物,与司法强制措施一样,均妨碍财产所有人处置其财产。一国通过制裁措施而冻结外国中央银行资产,导致外国国家不能按其国家意志处置其国家财产,不能正常行使主权,这不符合国家主权平等原则,也侵犯了外国国家享有的豁免权。

《联合国豁免公约》和关于司法强制措施豁免的各国立法与实践不得解释为剥夺外国中央银行享有的非司法强制措施豁免。该公约弁言中明确载明,“国家及其财产的管辖豁免为一项普遍接受的习惯国际法原则”“申明习惯国际法的规则仍然适用于本公约没有规定的事项”。在德国诉意大利国家豁免案中,国际法院指出,国家豁免规则在国际法和国际关系中占据重要地位,其源于各国主权平等原则,各国主权平等原则已明确载于《联合国宪章》第2条第1款,是国际法律秩序的基本原则之一。<sup>[17]</sup> 虽然国家豁免原则的基础是国家主权平等与独立,但不能据此推断制裁领域与国家豁免原则无关,否则既不符合目前的国家实践,又与主权平等的另一层面的国家同意相违背。<sup>[18]</sup> 因此,在《联合国豁免公约》和各国立法与实践未明确非司法强制措施豁免规则时,不能径直认为外国国家及其财产享有的习惯国际法的保护已被剥夺,不能解释为可以通过非司法强制措施侵犯外国国家及其财产享有的豁免。

欧洲委员会(Council of Europe)指出,《国家豁免欧洲公约》(*European Convention on State Immunity*)仅适用于缔约国法院的管辖权,不涉及其他缔约国行政当局对缔约国的待遇。<sup>[19]</sup> 所以,有学者据此主张按照习惯国际法,强制措施应作广义理解,包括司法、立法和行政措施,非司法措施可能妨碍外国国家对其财产的管理,原则上应为关于司法强制措施豁免的习惯国际法所涵盖。<sup>[20]</sup> 也有学者认为司法强制措施豁免不但包括判决后的强制行为,而且包括立法或行政措施,冻结资产违反了国家豁免原则,但由于其他国家对责任国采取反措施而影响责任国享有的豁免权是正当的。<sup>[21]</sup> 根据这种说法,外国中央银行资产享有非司法强制措施豁免,但这种豁免可因第三方采取反措施而被限制或剥夺。

学术界普遍认为,一国通过中央银行持有的外汇储备享有绝对保护。<sup>[22]</sup> 外国中央银

[17] See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, para. 57.

[18] See Ingrid Brunk, *Central Bank Immunity, Sanctions, and Sovereign Wealth Funds*, 91 *George Washington University Law Review* 1616, 1637-1638 (2023).

[19] Council of Europe, *Explanatory Report to the European Convention on State Immunity*, European Treaty Series - No. 74, 16 May 1972, para. 8.

[20] See Jean-Marc Thouvenin & Victor Grandaubert, *The Material Scope of State Immunity from Execution*, in Tom Ruys, Nicolas Angelet & Luca Ferro eds., *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, pp. 245-247, 250-251.

[21] See Natalino Ronzitti, *Sanctions as Instruments of Coercive Diplomacy: An International Law Perspective*, in Natalino Ronzitti ed., *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill Nijhoff, 2016, pp. 21-22.

[22] See Ingrid (Wuerth) Brunk, *Immunity from Execution of Central Bank Assets*, in Tom Ruys, Nicolas Angelet & Luca Ferro eds., *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 278; Anne van Aaken, *Blurring Boundaries between Sovereign Acts and Commercial Activities: A Functional View on Regulatory Immunity and Immunity from Execution*, in Anne Peters, Evelyne Lagrange, Stefan Oeter & Christian Tomuschat eds., *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff, 2015, p. 163.

行资产旨在维护外国主权与独立,享有强制措施豁免。冻结外国中央银行资产阻碍了外国行使主权利力,不符合“平等者之间无管辖权”原则基础上的国家豁免原则。<sup>[23]</sup> 根据反措施规则,如果有必要且适当地促使不法行为国遵守其国际义务,受害国可以暂时中止保护国家资产免遭执行的豁免规则,违反国家豁免所采取的冻结外国中央银行资产措施的不法性可以被排除。<sup>[24]</sup> 即使如此,也不能否认外国中央银行资产不但享有司法强制措施豁免,也享有非司法强制措施豁免,不能以所谓的制裁为由而否认外国中央银行资产享有的国家豁免保护,更不能进一步推断出没收外国中央银行资产符合国际法和国家豁免原则。

## (二) 没收外国中央银行资产与国家豁免原则

外国中央银行资产享有国际法的特别保护。在德国诉意大利国家豁免案中,国际法院认为,依据习惯国际法,一国享有的豁免不能因被指控为违反国际人道法或国际武装冲突法而被剥夺,意大利法院剥夺德国依据习惯国际法享有的豁免违反了意大利对德国应承担的义务。<sup>[25]</sup> 国际法院还认为,即使外国国家并不能主张管辖豁免,也不能推导出可以在法院地国或第三国对外国国家财产采取强制措施。<sup>[26]</sup> 外国中央银行资产是该国管理外汇储备、制定与实施货币政策以及监管金融体系等主权职能所必需的,享有习惯国际法上的豁免保护。<sup>[27]</sup>

并非直接参与交战或武装冲突的国家,也无权援引战争法没收外国中央银行资产。平时国际法不同于战时国际法。两国处于战争或武装冲突状态时,一国有权不遵守国家豁免原则,直接冻结、没收敌对交战国及其国民的资产,但也仅限于“迫切军事必要”。<sup>[28]</sup> 如果两国在和平状态中,不存在“迫切军事必要”,则均应遵守国家豁免原则,无权没收外国中央银行资产。

如前所述,非司法冻结措施不能成为违反国家豁免、冻结外国中央银行资产的借口,而通过非司法措施没收外国中央银行资产比冻结措施更为严重,更违反国家豁免原则。此外,不通过司法程序没收外国国家财产也不符合正当程序原则。正当程序原则不断得到各国家和国际组织接受,已成为法治原则的基本要素;同时,该原则由于得到国际社会

[23] See Ron van der Horst, *Illegal, Unless: Freezing the Assets of Russia's Central Bank*, 34 *European Journal of International Law* 1021, 1027-1031 (2023). 该学者认为,冻结外国中央银行资产虽然不符合国家豁免原则,但可以作为对责任国的反措施,也就消除了不法性。

[24] See Daniel Franchini, *Ukraine Symposium - Seizure of Russian State Assets: State Immunity and Countermeasures* (8 March 2023), <https://lieber.westpoint.edu/seizure-russian-state-assets-state-immunity-countermeasures/>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[25] See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, paras. 91, 107.

[26] See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, para. 113.

[27] 参见王蕾凡:《中央银行及其财产管辖豁免:国际法与国家实践》,《环球法律评论》2021年第5期,第164-176页。

[28] 参见[比]让-马里·亨克茨、[英]路易斯·多斯瓦尔德-贝克主编:《习惯国际人道法:规则》,红十字国际委员会组织编译,法律出版社2007年版,第166页。

公认,已成为所有法律体系所共有的一般原则,也就成了一项国际法规则。《国际法院规约》(*Statute of the International Court of Justice*)第38条明确要求国际法院依国际法裁判争端时应适用条约、习惯及“一般法律原则为文明各国所承认者”。

在法治社会,没收外国国家及其国民资产,都面临合法性和正当程序问题。<sup>[29]</sup>即使是依据联合国安理会制裁决议而采取的没收资产措施,都可能要经过司法审查,何况一国行政部门直接采取的没收资产措施。欧洲人权法院曾指出,瑞士依据联合国安理会制裁决议而作出没收申请人资产的决定,虽然并未执行,但实际上已限制了申请人的权利,却不允许申请人对没收措施提出质疑,这一事实不符合法治。<sup>[30]</sup>加拿大2022年修订的《特别经济措施法》(*Special Economic Measures Act*)第4(1)(b)条和第5.4(1)条规定,如果发生了严重破坏国际和平与安全的事件等情形,加拿大法院有权根据加拿大政府的申请而没收外国国家在加拿大的财产。<sup>[31]</sup>然而,加拿大政府并未申请加拿大法院没收外国中央银行在加拿大的资产,因为无法绕开加拿大《国家豁免法》(*State Immunity Act*)第12条第4款授予的外国中央银行资产强制措施豁免。

制定没收外国中央银行资产的立法也可能违反国际法。在马里波萨发展公司案中,巴拿马—美国总求偿委员会指出,颁布没收立法(*confiscatory legislation*)虽然可能立刻引起国际求偿,但求偿只应在事后实际没收时才发生。对此,有学者认为,国内立法行为无疑构成国家的行为,如国内法实际上违反国际法而非仅仅是国内法使某一其他国家机关能够违反国际法,则不法行为存在并产生于国内法规的颁布。<sup>[32]</sup>因此,一国颁布立法允许没收外国中央银行资产本身就可能违反国际法,如该国行政部门不经过司法程序而直接没收外国中央银行资产,更是显然违反国际法。

美国参议员保罗(Rand Paul)也认为,美国要没收外国中央银行资产,只是给世人留下这样一个印象:尽管美国要求其他人遵守规则,但美国却很乐意在自认为合适的时候打破规则。<sup>[33]</sup>欧洲中央银行行长拉加德(Christine Lagarde)在接受美国外交关系协会(Council on Foreign Relations,又译对外关系委员会、外交协会、外交理事会)会长弗罗曼(Michael Froman)采访时指出,如果欧美国家没收外国中央银行资产,这实际上就是开始破坏欧美国家想要保护的、希望其他国家尊重的国际法律秩序和金融稳定。<sup>[34]</sup>

[29] See Paul B. Stephan, *Seizing Russian Assets*, 17 *Capital Markets Law Journal* 276, 277 (2022).

[30] See *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (no. 5809/08), Judgment (Merits and Just Satisfaction), European Court of Human Rights, 21 June 2016, para. 152. 在该案判决中,欧洲人权法院还援引了英国、加拿大等国家在为被制裁人提供救济上的实践。

[31] See *Special Economic Measures Act*, S. C. 1992, c. 17, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/s-14.5/20220623/P1TT3xt3.html>, 最近访问时间[2024-09-02]。

[32] See (1933) *Hunt's Report*, p. 533, at p. 577, 转引自[英]郑斌著:《国际法院与法庭适用的一般法律原则》,韩秀丽、蔡从燕译,法律出版社2012年版,第180-181页。

[33] See Rand Paul, *Seizing Russian Assets: A Feel Good Bill That Will Absolutely Boomerang* (15 February 2024), <https://responsibletatecraft.org/russian-frozen-assets-ukraine/>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[34] See Michael Froman, *A Conversation with Christine Lagarde* (17 April 2024), <https://www.cfr.org/event/conversation-christine-lagarde-0>, 最近访问时间[2024-08-23]。

站在实在国际法立场上的学者均承认,外国中央银行资产享有豁免,没收外国中央银行资产违反习惯国际法上的国家豁免原则。<sup>[35]</sup> 剩下的两个问题就是:第一,集体反措施是否已成为习惯国际法,如构成习惯国际法,则第三方自然可以援引集体反措施规则采取一定的反措施;第二,即使集体反措施已构成习惯国际法,能否以集体反措施作为没收外国中央银行资产的理由,也即没收外国中央银行资产本来侵犯了外国中央银行享有的豁免保护、侵犯了外国国家的主权,但因为该侵权行为是实施集体反措施的行为,故而阻却了违法性。从现有国家实践和各国内心的法律确信而言,前述两个问题的答案均是否定的。

## 二 集体反措施并未成为习惯国际法

已有个别国家立法,援引反措施作为没收外国中央银行资产的理由,而且美欧国家很多学者主张集体反措施(第三方反措施)已成为习惯国际法,非交战国没收外国中央银行资产属于国际法上的集体反措施。<sup>[36]</sup> 反措施指不涉及使用武力的报复,即受到国际不法行为损害的国家可以通过和平手段对实施不法行为的国家采取本来是非法的行动,以促使该国遵守其法律义务。<sup>[37]</sup> 《国家责任条款草案》只规定了反措施的基本制度,并未规定集体反措施制度,故我们需要从国家实践是否已成为“一般惯例”、是否具有法律确信两个要素方面展开,讨论集体反措施是否已成为习惯国际法。

### (一) 关于集体反措施的国家实践

有学者认为,鉴于已有多起第三方反措施的国家实践,<sup>[38]</sup> 第三方反措施已是习惯国际法的一部分,逐渐无须讨论第三方反措施的合法性问题。<sup>[39]</sup> 然而,考察国家实践可发现,前述判断为时尚早、依据不足。

《国家责任条款草案》二读期间,特别报告员克劳福德(James Crawford)原本草拟了集体反措施规则,但遭到著名国际法学家、联合国国际法委员会委员布朗利(Ian Brownlie)等人以及很多国家的反对。布朗利认为,“集体”反措施指的是其自身所具备的、纯属臆造的一种类别,用普通反措施的逻辑来处理集体反措施是非常有害的。<sup>[40]</sup> 各国一直都对

[35] See Ingrid Brunk, Central Bank Immunity, Sanctions, and Sovereign Wealth Funds, 91 *George Washington University Law Review* 1616, 1617 (2023); Philippa Webb, Legal Options for Confiscation of Russian State Assets to Support the Reconstruction of Ukraine (15 February 2024), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document/EPRS\\_STU\(2024\)759602](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document/EPRS_STU(2024)759602), pp. 5-9, 最近访问时间[2024-08-23]。

[36] See Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 242. 该学者希望将第三方反措施系统化、合法化,但经过考察各国实践、联合国国际法委员会实践、国际法院实践后,也承认第三方反措施还处于争议之中。

[37] 参见李永胜著:《论受害国以外的国家采取反措施问题》,法律出版社 2012 年版,第 35 页。

[38] See Elena Katselli Proukaki, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, Routledge, 2011, pp. 90-208.

[39] See Tom Ruys, Sanctions, Retorsions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework, in Larissa Van den Herik ed., *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*, Edward Elgar Publishing 2017, p. 47.

[40] 参见《国际法委员会年鉴》(2001 年,第一卷),A/CN.4/SER.A/2001,第 38 页,第 5 段。

反措施的滥用,尤其对强国基于政治目的采取反措施而心存疑虑。<sup>[41]</sup> 在联合国大会第六委员会讨论时,各国代表所作的不同陈述反映了国家实践和法律确信,认为关于存在集体反措施的习惯权利的主张没有依据。<sup>[42]</sup>

在《国家责任条款草案》征求各国政府意见阶段,所谓的集体反措施遭到激烈反对。中国认为,草案允许受害国以外的任何国家在受害国提出要求时以其名义采取反措施,引进了类似于“集体制裁”或“集体干涉”的因素,形成了所谓的“集体反措施”,可能为在国际关系中推行强权政治增加新的借口,也不符合相称性原则,故应将条款草案订正案文第 49 条和第 54 条全部删去。<sup>[43]</sup> 与中国一样,发展中国家普遍反对有关条款,英国、日本等发达国家也提出反对意见。<sup>[44]</sup>

反措施是强国手中的有用工具,如扩大“受害国”的范围,强国可以选择性反应,国际责任法很快就与强国政策不可分。<sup>[45]</sup> 反措施的使用范围本来限于极其有限的情形,如果轻易地允许非受害国采取所谓的集体反措施,则反措施将成为任何自认为有权采取措施的国家的开放式自助手段,严重损害国际法上的责任制度和国际法律秩序。为此,《国家责任条款草案》二读版本删掉了集体反措施的案文,让第 54 条成为一个保留条款,留待国家实践供未来发展。<sup>[46]</sup> 联合国国际法委员会就《国家责任条款草案》准备的评注指出,有关为普遍或集体利益采取反措施的国际法的现状尚不确定,国家实践很少见。<sup>[47]</sup>

《国家责任条款草案》二读通过后,很多国家在后续的意见中,也仍然反对第 54 条的规定,更不必说集体反措施制度。例如,2007 年 10 月 23 日,联合国大会第六委员会讨论国家对国际不法行为的责任时,中国代表马新民主张,由非受害国各自决定援引国家责任和采取合法措施问题,不符合整个国际社会的利益,也容易被滥用。<sup>[48]</sup> 2022 年 10 月 13 日,中国代表刘洋主张,希望解决好各国仍有不同理解和重大关切的“受害国以外的国家采取措施”等问题。<sup>[49]</sup>

主张集体反措施得到很多国家支持的观点实际上没有国家实践依据。特别报告员克劳福德指出,必须坦然承认,集体反措施实践主要是由一个特定国家集团(即西方国家)主宰,非洲或亚洲国家采取集体反措施的情形实属凤毛麟角;实践是选择性的;在集体义

[41] See Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 292–294.

[42] See Rana Moustafa Essawy, *The UN General Assembly Resolution on Reparations for Aggression against Ukraine: A Victory for the International Rule of Law?* (17 January 2023), <https://opiniojuris.org/2023/01/17/the-un-general-assembly-resolution-on-reparations-for-aggression-against-ukraine-a-victory-for-the-international-rule-of-law/>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[43] 参见《国际法委员会年鉴》(2001 年,第二卷第一部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 1),第 82 页。

[44] 参见《国际法委员会年鉴》(2001 年,第二卷第一部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 1),第 76–77 页。

[45] See Martti Koskenniemi, *Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?*, 72 *British Yearbook of International Law* 337, 343–344 (2001).

[46] 参见《国际法委员会年鉴》(2001 年,第二卷第二部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2),第 159 页,第 6 段。

[47] 参见《国际法委员会年鉴》(2001 年,第二卷第二部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2),第 145 页,第 8 段。

[48] 参见联合国文件:《联合国大会第六十二届会议正式记录》,A/C.6/62/SR.12,2008 年 1 月 23 日,第 87 段。

[49] 参见中华人民共和国常驻联合国代表团:《中国代表刘洋在第 77 届联大六委关于“国家对国际不法行为的责任”议题的发言》, [http://un.china-mission.gov.cn/chn/zgylhg/flyty/ldlwjh/202210/t20221014\\_10783209.htm](http://un.china-mission.gov.cn/chn/zgylhg/flyty/ldlwjh/202210/t20221014_10783209.htm), 最近访问时间[2024-08-23]。

务受到违背的大多数情形中,除了口头谴责之外,其他国家根本没有采取任何行动与措施;即便采取了胁迫性措施,也不总是把此类措施称为反措施。<sup>[50]</sup> 联合国 2023 年在其公开出版物上未改变之前的观点,仍然认为集体反措施的国家“实践十分有限,而且尚未成熟”。<sup>[51]</sup> 因此,集体反措施的国家实践即使存在,也非常有限,不满足确定习惯国际法规则的国家实践很普遍、已成为“一般惯例”的要求。

## (二) 关于集体反措施的法律确信

习惯国际法规则得以形成并得到遵守,是因为各国相信其具有拘束力,内心确信其为一项规则。从目前各国的表态可以看出,各国并不认为集体反措施已是一项习惯国际法规则,也即“法律确信”的证据不足。

《国家责任条款草案》第 54 条规定采取“合法措施”而不是“反措施”,目的是不妨碍有关下述措施的任何立场:受害国以外国家实施为了应对违反保护集体利益的义务或对整个国际社会的义务的行为而采取的措施。<sup>[52]</sup> 2001 年当选为联合国国际法委员会委员的薛捍勤认为,委员会有意没有采用“反措施”,主要是因为只有受害国才可行使反措施,非直接受害国不应有权采取反措施。<sup>[53]</sup> 如果不是为了促使侵害国停止侵害,反措施本身是非法的,而第 54 条规定采取“合法措施”,故显然不能以第 54 条作为集体反措施的法律依据。

现有的集体反措施实践不符合法律确信的的要求。<sup>[54]</sup> 例如,在网络空间领域,学术界和各国政府主流意见均反对集体反措施,认为只有受害国才有权采取反措施。<sup>[55]</sup> 加拿大主张,在国际法上,集体网络反措施并未有充分的国家实践,或者存在法律确信。<sup>[56]</sup> 法国也认为,根据国际法,网络空间领域的反措施必须由法国作为受害者采取,集体反措施未被授权,这排除了法国针对侵犯他国权利而采取此类措施的可能性。<sup>[57]</sup> 意大利不支持网络空间领域的集体反措施,认为对国际不法网络行动的集体反措施不应被视为

[50] 参见《国际法委员会年鉴》(2000 年,第二卷第一部分),A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 1),第 117-118 页,第 396 段。

[51] 参见《国际法委员会年鉴》(2001 年,第二卷第二部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2),第 157 页,第 3 段。See United Nations, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2nd edition, United Nations, 2023, p. 527.

[52] 参见《国际法委员会年鉴》(2001 年,第二卷第二部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2),第 159 页,第 7 段。

[53] 参见薛捍勤:《国家责任与“对国际社会整体的义务”》,载中国国际法学会主办《中国国际法年刊(2004)》,法律出版社 2005 年版,第 33 页。

[54] See Miles Jackson & Federica Paddeu, *The Countermeasures of Others: When Can States Collaborate in the Taking of Countermeasures*, 118 *American Journal of International Law* 231, 231-274 (2024).

[55] See Michael N. Schmitt ed., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, pp. 111, 130.

[56] See *International Law Applicable in Cyberspace* (22 April 2022), [https://www.international.gc.ca/world-monde/issues\\_development-enjeux\\_developpement/peace\\_security-paix\\_securite/cyberspace\\_law-cyberespace\\_droit.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng), para. 37, 最近访问时间[2024-08-23]。

[57] See *International Law Applied to Operations in Cyberspace: Paper Shared by France with the Open-ended Working Group Established by Resolution 75/240*, <https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2021/12/French-position-on-international-law-applied-to-cyberspace.pdf>, 最近访问时间[2024-08-23]。

合法。<sup>[58]</sup>

学者们列举了不少第三方反措施国家实践,甚至认为有些制裁措施虽然并未对外表示是第三方反措施,但可以推断是第三方反措施,否则不容易解释其合法性。<sup>[59]</sup> 这一主张也没有依据。第一,有关国家和组织自身并未承认采取的制裁措施是第三方反措施。<sup>[60]</sup> 第二,这一主张也不符合联合国国际法委员会第七十届会议二读通过的《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》(*Text of the Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*)结论 2 和结论 3。结论 2 强调习惯国际法的识别的两个构成要素:“要确定一项习惯国际法规则的存在及内容,必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。”结论 3 规定两个构成要素的评估。<sup>[61]</sup>

无论是“一般惯例”还是“法律确信”,均需要有证据支持,并非仅仅是推断即可。正如联合国国际法委员会的评注所指出的,虽然习惯国际法表现在伴有法律确信的的行为的具体实例上,但构成有关惯例的行动本身并不是被接受为法律的证据。此外,被接受为法律(法律确信)不仅涉及惯例的参与方,还涉及有能力对惯例予以反应的各方。<sup>[62]</sup> 既然制裁国并不打算依靠第三方反措施来证明其措施的合法性,那么相应的制裁就不应被视为创造了第三方反措施规则。<sup>[63]</sup> 虽然已有一些国家和组织发布制裁命令,冻结了个别国家的中央银行资产,但均未主张第三方反措施,也不愿在法律上证明这些制裁措施的合法性。这种“法律确信”的缺乏表明,采取这些措施的国家更愿意继续将集体制裁作为外交政策的工具,而非国际法上的第三方反措施,更不能说明第三方反措施已成为习惯国际法规则。<sup>[64]</sup> 在尼加拉瓜诉美国案中,国际法院认定,依据现有国际法,如果一国对另一国的行为违反了不干涉原则但不构成“武装攻击”,那么第三国对不构成“武装攻击”的行为没有“集体”武装反应的权利,不能以所谓的反措施而采取行动。<sup>[65]</sup> 国际法院还认定,美国只是在政治上表示“意识形态干涉”,但并未在国际法院的诉讼程序中提出一个基于所谓意识形态干涉的“法律观点”,故国际法院无权将一国未提出的法律观点认为属于该国的

[58] See International Law and Cyberspace, Report of the Study Group Co-organised by the University of Bologna, University of Milan and University of Westminster, February 2021, pp. 126–127, [https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2021/12/UNIBO\\_Applicazione-dei-principi-della-Carta-delle-Nazioni-Unite-nello-spazio-cibernetico.pdf](https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2021/12/UNIBO_Applicazione-dei-principi-della-Carta-delle-Nazioni-Unite-nello-spazio-cibernetico.pdf), 最近访问时间[2024-09-02]。

[59] See Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 235, 252–254.

[60] See Mika Hayashi & Akihiro Yamaguchi, Economic Sanctions against Russia: Questions of Legality and Legitimacy, 26 *International Community Law Review* 69, 69–98 (2024).

[61] 参见联合国大会 2018 年 12 月 20 日第 73/203 号决议:《习惯国际法的识别》,A/RES/73/203,2019 年 1 月 11 日。

[62] 参见联合国文件:《联合国大会第七十三届会议正式记录,补编第 10 号》,A/73/10,2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日和 7 月 2 日至 8 月 10 日,第 133 页,第 7 段。

[63] See Takuhei Yamada, Sanctions on Russia: What Impact Do They Have on the Question of “Third-Party Countermeasures”?, in Shuichi Furuya, Hitomi Takemura & Kuniko Ozaki eds., *Global Impact of the Ukraine Conflict: Perspectives from International Law*, Springer, 2023, p. 113.

[64] See Alexandra Hofer, The “Curiouser and Curiouser” Legal Nature of Non-UN Sanctions: The Case of the US Sanctions against Russia, 23 *Journal of Conflict & Security Law* 75, 98 (2018).

[65] See Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, paras. 210–211.

观点。<sup>[66]</sup> 国际法院的这些认定也同样适用于集体反措施领域。既然采取措施的第三方均未表明采取的是集体反措施,那自然不能证明已创造了第三方反措施规则。

美国和欧盟将单方面强制措施视为对基本规范的合法执行,而包括中国在内的广大发展中国家则反对这种制裁。<sup>[67]</sup> 就很多国际事件及单方强制措施,即使很多国家继续沉默、尚未表态,也并不表示其认可所谓的集体反措施,而只是可能表明了其偏好,认为所谓的集体反措施制裁“仍然是外交政策的工具,因此不受国际法监管”,<sup>[68]</sup> 不足以证明集体反措施已是习惯国际法规则。

实际上没有普遍、一贯的国家实践,<sup>[69]</sup> 也没有充分的“法律确信”,<sup>[70]</sup> 来证明集体反措施是一项习惯国际法规则。中国有学者指出,鼓吹受害国以外的国家有权采取反措施,无非是利用“无法可依”的空子行干涉之实。<sup>[71]</sup>

### 三 没收外国中央银行资产不符合反措施规则

一国是否承担国际责任、是否有义务向受害国赔偿,与该国中央银行资产享有的国家豁免保护是否应被限制、被剥夺并非同一个问题。<sup>[72]</sup> 反措施旨在作为改变侵害国行为的手段,而不是惩罚,<sup>[73]</sup> 故所采取的措施应符合临时性、可逆性要求。第三方以责任国有义务向受害国承担赔偿责任为由对责任国采取第三方反措施,没收责任国中央银行资产、拒绝给予责任国中央银行资产享有的国家豁免,不符合国际法。

#### (一) 赔偿义务与反措施

禁止非法使用武力是国际法上的普遍义务,但《国家责任条款草案》第 31 条第 1 款规定的赔偿义务不是普遍义务,不能支持第三方就赔偿义务问题采取反措施的权利。外国中央银行资产享有国际法上的国家豁免原则的保护,第三方以集体反措施为由没收外国中央银行资产没有国家实践的先例。第三方为强制执行责任国对受害国的赔偿义务而采取集体反措施,合法性不足。

[66] See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, para. 266.

[67] See Alexandra Hofer, *The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?*, 16 *Chinese Journal of International Law* 175, 204, 208-214 (2017).

[68] See Avidan Cover, *Sanctions and Consequences: Third-State Impacts and the Development of International Law in the Shadow of Unilateral Sanctions on Russia*, 100 *University of Detroit Mercy Law Review* 441, 458 (2023).

[69] See Federica Paddeu, *Book Review: Third-Party Countermeasures in International Law*, 77 *Cambridge Law Journal* 427, 428 (2018).

[70] See Vladyslav Lanovoy, *Book Reviews: Third-Party Countermeasures in International Law*, 113 *American Journal of International Law* 200, 203 (2019).

[71] 参见李永胜著:《论受害国以外的国家采取反措施问题》,法律出版社 2012 年版,第 6 页。

[72] See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, Paras. 100, 108; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, para. 60; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 2008, para. 196.

[73] 参见贺其治著:《国家责任法及案例浅析》,法律出版社 2003 年版,第 308 页。

从各国实践来看,采用第三方反措施以确保不法行为的停止的实践不多,采用第三方反措施以施压责任国向受害国赔偿的就更少,仅有的例外可能是苏联击落韩国航空公司 KAL007 航班事件。<sup>[74]</sup> 即使在前述实践中,也没有任何国家没收苏联的国家财产或对苏联采取单边经济制裁措施。即使责任国对受害国负有赔偿义务,其他国家没收责任国中央银行资产仍然违反国际法。如责任国违反国际法而未承担赔偿责任,其他国家固然可能出于良好动机要求责任国承担赔偿责任,但不能采取违法手段,否则就容易导致违反国际法的行为不断升级。美国也有学者承认,不应通过违反国际法的方式没收外国中央银行资产以支持受害国获得赔偿,而是应通过联合国等制度化机制解决赔偿问题。<sup>[75]</sup>

## (二) 拒绝国家豁免与反措施

有学者主张,各国很少(如果有的话)通过第三方反措施要求责任国向受害国赔偿,这并不一定意味着它们无权这样做。<sup>[76]</sup> 这种主张也是对现行国际法的误解。反措施是一种非常态行为,故《国家责任条款草案》从使用条件、通知程序、相称性等各方面予以限制。从理论上而言,一国有权拒绝外国国家及其中央银行享有的国家豁免保护,只要这种拒绝构成国际法上的反措施。例如,甲国先制裁、冻结乙国国家财产,则乙国有权拒绝甲国享有的国家豁免,制裁、冻结甲国国家财产,乙国的行为构成反措施。然而,制裁、冻结与没收存在本质差别。美国政府也曾明确表示,冻结伊朗、古巴等国的国家财产是一个强有力的外交政策工具,以促进重要的外交政策目标,并非为了没收这些财产;美国法院执行这些财产不符合美国外交政策和整体国家利益,损害了美国总统更好地利用资产冻结这一工具促进国家利益的能力。<sup>[77]</sup> 集体反措施本身就受到普遍反对,再以此为理由采取拒绝责任国国家豁免、没收该国中央银行资产以支持受害国获得赔偿的措施,显然已超出第三方合法行使权力和反措施的范围。

以外国不履行本国生效判决为由而拒绝外国国家享有的国家豁免,将执行外国中央银行资产作为反措施,还只是美国和少数学者的主张,<sup>[78]</sup> 并未得到其他国家和国际法院的支持,<sup>[79]</sup> 不能作为一国采取反措施拒绝外国国家豁免、没收外国中央银行资产的先例。伊朗于 2016 向国际法院起诉美国,主张美国侵犯伊朗国家豁免,美国提出的抗辩之一是美国法院对伊朗中央银行采取的强制执行措施虽然限制、剥夺了伊朗中央银行的国家豁免保护,但这是针对伊朗支持恐怖主义而采取的反制,属于国际法上的反措施。国际法院

[74] See Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 299.

[75] See Oona Hathaway, Maggie Mills & Thomas Poston, War Reparations: The Case for Countermeasures, 76 *Stanford Law Review* 971, 1049 (2024).

[76] See Martin Dawidowicz, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 300.

[77] See Testimony of U. S. Department of State Legal Adviser William H. Taft IV on S. 1275, Benefits for Victims of International Terrorism Act, Before the Senate Committee on Foreign Relations (July 17, 2003), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-108shrg90764/html/CHRG-108shrg90764.htm>, 最近访问时间[2024-09-02]。

[78] See Daniel Franchini, State Immunity as a Tool of Foreign Policy: The Unanswered Question of Certain Iranian Assets, 60 *Virginia Journal of International Law* 433, 433-486 (2020); Marco Longobardo, State Immunity and Judicial Countermeasures, 32 *European Journal of International Law* 457, 457-484 (2021).

[79] See Patricia Tarre Moser, Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case, 4 *Goettingen Journal of International Law* 809, 827 (2012).

2019 年认定对于伊朗提出的美国侵犯伊朗中央银行豁免权问题没有管辖权,<sup>[80]</sup>理由是伊朗中央银行并非 1955 年《美国与伊朗友好、经济关系和领事权利条约》(*The Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the United States and Iran*)所规定的“公司”,进而在 2023 年的实体判决中认定无须讨论国家豁免法,但认定美国对伊朗非国家实体采取的措施不符合国际法。<sup>[81]</sup>也就是说,由于国际法院未讨论美国关于反措施的抗辩,目前没有明确认定拒绝国家豁免与反措施二者关系的裁判规则。现行国际法规则仍应得到遵守,各国均有义务尊重关于国家豁免的国际法,不能以集体反措施作为借口限制、剥夺外国国家及其中央银行享有的豁免,没收外国国家尤其是外国中央银行资产。

由于国际法院并未解决拒绝国家豁免的恐怖主义例外的合法性问题,伊朗 2023 年 6 月 27 日向国际法院起诉加拿大,主张加拿大制定了国家豁免的恐怖主义例外条款,剥夺伊朗享有的国家豁免,违反了国际法。<sup>[82]</sup>国际法院后续如何判决,值得关注。不过,无论国际法院如何判决,解决的也只是加拿大与伊朗之间国家豁免的恐怖主义例外等问题,并不涉及第三方反措施问题。

在实践中,各国试图从确定国家豁免具体例外的角度来争辩是否违反豁免法,而不是依靠反措施理论为违反豁免法辩护。这很可能反映了各国的一种法律确信,其认为豁免和不可侵犯性(*inviolability*)规则是一个封闭系统,不适合采取反措施,只适合讨论具体例外是否具有合法性和正当性。<sup>[83]</sup>既然如此,就更不适合采取集体反措施以拒绝外国国家豁免。以所谓的第三方反措施作为剥夺外国国家豁免、没收外国中央银行资产的理由,没有国际法依据。<sup>[84]</sup>

### (三) 没收外国中央银行资产与反措施的临时性、可逆性

在匈牙利诉斯洛伐克案中,国际法院认为,合法的反措施需要符合相称性原则、目的是促使侵害国遵守其国际法义务,所采取的措施是可逆的。<sup>[85]</sup>国际法院的前述意见被联合国国际法委员会采纳,成为《国家责任条款草案》第 49 条第 2 款和第 3 款以及第 53 条的一部分。反措施规则需要做好两方面的平衡,一方面授权国家采取措施维护自身权益,另一方面又要防止被滥用,尤其要防止被强国滥用。在国际关系中,强国在国际法的适用上采取“双重标准”、滥用反措施的风险非常高。联合国国际法委员会的评注指出,该草

[80] See *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2019, para. 80.

[81] See *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, 30 March 2023, para. 48.

[82] See *Alleged Violations of State Immunities (Islamic Republic of Iran v. Canada)*, <https://www.icj-cij.org/case/189>, 最近访问时间[2024-08-23]。关于美国与伊朗在国家豁免及其恐怖主义例外事项上的实践,参见李庆明著:《美国的外国主权豁免理论与实践》,人民日报出版社 2021 年版,第 254-258、292-298 页。

[83] See Tom Ruys, *Immunity, Inviolability and Countermeasures - A Closer Look at Non-UN Targeted Sanctions*, in Tom Ruys, Nicolas Angelet & Luca Ferro eds., *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 707.

[84] See Rana Moustafa Essawy, *The UN General Assembly Resolution on Reparations for Aggression against Ukraine: A Victory for the International Rule of Law?* (17 January 2023), <https://opiniojuris.org/2023/01/17/the-un-general-assembly-resolution-on-reparations-for-aggression-against-ukraine-a-victory-for-the-international-rule-of-law/>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[85] See *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I. C. J. Reports 1997, para. 87.

案第 49 条第 2 款中的“暂时”一语表示反措施具有临时或暂时性,第 49 条第 3 款中的“尽可能”一语表示,受害国应选择能使因反措施而中断的义务履行得到恢复的反措施。<sup>[86]</sup>

使用反措施以确保受害国获得赔偿涉及一系列复杂的问题,具体实践还很少。<sup>[87]</sup>即使有所谓的国家实践,也未得到大多数国家认可。<sup>[88]</sup>第二次世界大战以来,也不存在将没收非交战国家财产作为反措施的国家实践。非受害国以外的国家即使有权采取反措施,要求责任国向受害国支付赔偿金,所采取的反措施也还应符合临时性、可逆性要求。<sup>[89]</sup>

没收外国中央银行资产并转交给其他国家,改变了资产所有权,是永久、不可逆的措施,不符合国家责任法中反措施规则的临时性、可逆性要求。<sup>[90]</sup>特别报告员克劳福德曾经在联合国国际法委员会的发言中明确承认,没收财产由于其不可逆性,所以根本不在反措施之列。<sup>[91]</sup>反措施是希望避免惩罚性行动,防止自我判断和自助行为中固有的滥用行为,并限制争端的加剧。<sup>[92]</sup>没收外国中央银行资产,显然不符合前述情形。以所谓的集体反措施主张没收外国中央银行资产,完全是为违反国际法寻找借口。

## 四 结 论

关于外国中央银行资产只享有司法强制措施豁免,不享有非司法强制措施豁免的主张,不符合现行国际法与各国实践。主张集体反措施已成为习惯国际法,并没有国家实践和法律确信的支持。反措施一般不适用于国家豁免规则。<sup>[93]</sup>即使其他国家有权采取所谓的集体反措施实施制裁,如果制裁国决定没收外国中央银行资产,这种没收行为也不能作为集体反措施,仍然违反国际法,侵犯外国中央银行享有的国家豁免。<sup>[94]</sup>

主张集体反措施的合法性的努力是一个“自证预言”(self-fulfilling prophecy):我们越

[86] 参见《国际法委员会年鉴》(2001年,第二卷第二部分),A/CN.4/SER.A/2001/Add.1(Part 2),第149-150页,第7-9段。

[87] See Christian J. Tams, *Enforcing Obligations erga omnes in International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 11-12.

[88] See United Nations International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission* (2018, Volume II Part Two), A/CN.4/SER.A/2018/Add.1(Part 2), p. 26.

[89] See Christian Dominicé, *The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations*, 10 *European Journal of International Law* 353, 363 (1999).

[90] See Scott R. Anderson & Chimène Keitner, *The Legal Challenges Presented by Seizing Frozen Russian Assets*, <https://www.lawfaremedia.org/article/legal-challenges-presented-seizing-frozen-russian-assets> (26 May 2022), 最近访问时间[2024-08-23]。《国家责任条款草案》第51条(相称)规定:“反措施必须和所遭受的损害相称,并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。”

[91] 参见《国际法委员会年鉴》(2000年,第一卷),A/CN.4/SER.A/2000,第277页,第82段。此前,也已有学者指出,任何形式的没收性征用(confiscatory expropriation)都不可作为反措施。See Omer Yousif Elegab, *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*, Oxford University Press, 1988, p. 111.

[92] See Federica Paddeu, *Transferring Russian Assets to Compensate Ukraine: Some Reflections on Countermeasures* (1 March 2024), <https://www.justsecurity.org/92816/transferring-russian-assets-to-compensate-ukraine-some-reflections-on-countermeasures/>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[93] See Marco Longobardo, *State Immunity and Judicial Countermeasures*, 32 *European Journal of International Law* 457, 457-484 (2021).

[94] See Ron van der Horst, *Illegal, Unless: Freezing the Assets of Russia's Central Bank*, 34 *European Journal of International Law* 1021, 1030-1031 (2023).

是说集体反措施是合法的,集体反措施就越有可能合法,因为每个相关参与者都会认为这是所有各方均“客观”支持的。<sup>[95]</sup> 这也可以说明,为什么有些国家和学者熟悉国家豁免、国际责任法的具体规则,知悉不能以所谓的集体反措施作为没收外国中央银行资产的理由,却对外声称第三方有权没收实施了违反国际法上普遍义务的国家的中央银行资产。<sup>[96]</sup> 通过先发表一个似是而非的观点,援引并不充分的论据,经由媒体报道、智库报告、学术著作互相援引,然后又由政府在各种场合“吹风”,再经过各种发酵,就将原本并未成为习惯国际法的集体反措施操作成“国际规则”,最后要求其他国家遵守,并指责其他国家违反“基于规则的国际秩序”。

可能有人认为,只要美国与七国集团、欧盟、澳大利亚等盟友联合,美元、欧元、日元等又占据全球金融清算的核心,其他国家就没有什么选择,仍然不得不将包括外汇储备在内的大量国家主权资产存放在美欧,没收外国中央银行资产不会对美欧各国政治、经济和国际秩序造成太过严重后果。<sup>[97]</sup> 这种想法是有问题的。首先,这种想法典型地是基于单边实力、小圈子而非多边规则、国际大家庭的话语,无视圈子外国家的利益、立场和诉求,也无视国际法治。其次,出于资产安全性和可靠性的考虑,全球南方国家很可能选择分散投资,全球化进程将受到不利影响,区域化、碎片化将更为明显。再次,外国中央银行资产大部分购买的是美欧国家发行的国债,这必然导致其他国家更为谨慎投资美欧国债,美欧国家融资成本必然增加,进而传导到实体经济领域和其他国家,造成的风险和损失可能超过预期。<sup>[98]</sup>

尊重和保障合法财产权是现代社会和国际关系法律的重要支柱。削弱国家豁免原则,尤其是对外国中央银行资产的保护,援引普遍义务、集体反措施而没收外国中央银行资产将开启危险先例。各国将更加自行随意解释和运用所谓的国际规则,可能以所谓的“侵犯人权”“环境正义”“气候变化”等名义没收外国国家资产,<sup>[99]</sup> 国际社会将回到丛林法则,国际法律秩序将遭到严重破坏。因此,各国都要考虑到国际法治的稳定性、预期性、一致性,要践行法治,不能采用双重标准,更不能打着捍卫法治的名义却违反既定规则、践踏法治。

[本文为作者参与的 2021 年度国家社会科学基金重大项目“我国经济制裁法律体系构建研究”(21&ZD202)的研究成果。]

[95] See Carlo Focarelli, *International Law and Third-Party Countermeasures in the Age of Global Instant Communication*, 29 *QIL-Questions of International Law* 17, 23 (2016).

[96] See Laurence H. Tribe, Raymond P. Tolentino, Kate M. Harris, Jackson Erpenbach & Jeremy Lewin, *The Legal, Practical, and Moral Case for Transferring Russian Sovereign Assets to Ukraine*, <https://rdi.org/articles/making-putin-pay/>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[97] See James Nixey, *Confiscation of Immobilized Russian State Assets Is Moral and Vital* (1 May 2024), <https://www.chathamhouse.org/2024/05/confiscation-immobilized-russian-state-assets-moral-and-vital>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[98] See Creon Butler, *Confiscating Sanctioned Russian State Assets Should Be the Last Resort* (1 May 2024), <https://www.chathamhouse.org/2024/05/confiscating-sanctioned-russian-state-assets-should-be-last-resort>, 最近访问时间[2024-08-23]。

[99] See Doug Bandow, *Seizing Russian Assets: Ruble Wise but Dollar Foolish* (1 February 2024), <https://www.cato.org/commentary/seizing-russian-assets-ruble-wise-dollar-foolish>, 最近访问时间[2024-08-23]。

---

---

## On the State Immunity of Foreign Central Bank Assets and Confiscation and Collective Countermeasures by the Other States

[ **Abstract** ] In recent years, confiscation of foreign central bank assets on the grounds of collective countermeasures ( third-party countermeasures ) has become a hot topic in the international law community. This issue involves three sub-issues: ( 1 ) to what extent foreign central bank assets enjoy state immunity; ( 2 ) whether there is a rule of customary international law allowing third-party other than the injured state to take collective countermeasures against the responsible state; and ( 3 ) whether the confiscation of foreign central bank assets is in accordance with international law, especially the countermeasures rules. Under customary international law, foreign central bank assets enjoy the protection of state immunity and are especially immune from jurisdiction, freezing, confiscation, and various forms of coercive measures by other states. Confiscation of foreign central bank assets is prohibited unless the two states are in a state of war or armed conflict and then only in case of imperative military necessity. The collective countermeasures rules drafted by James Crawford, a member and special rapporteur of the United Nations International Law Commission, were opposed not only by Ian Brownlie and other members of the Commission but also by developing countries represented by China and developed countries represented by the United Kingdom and Japan. In the end, the drafted collective countermeasures rules were deleted, and The Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts do not provide for the right of states other than the injured state to take collective countermeasures. The existence of a rule of customary international law can be confirmed only when there is evidence of both “ general practice ” and “ *opinio juris* ”. The state practice of collective countermeasures ( if any ) is very limited, and states and organizations that adopt sanctions against other states do not regard their sanctions as collective countermeasures. Therefore, there is no basis for claiming that collective countermeasure is a rule of customary international law. The prohibition of the unlawful use of force is an *erga omnes* obligation, but the obligation of the responsible state to pay compensation to the injured state is not. Other states have no right to take collective countermeasures against the responsible state on the grounds that the responsible state has not compensated the injured state. Since World War II, there has been no state practice of confiscating property of non-belligerent states as a countermeasure. Confiscation of foreign central bank assets or their proceeds on the grounds of so-called collective countermeasures permanently changes the ownership of foreign central bank assets, violates the principles of state immunity and the law of international responsibility, which requires that the countermeasures must be “ temporary in character ” and must be “ as far as possible reversible in their effects ”, and undermines the international rule of law.