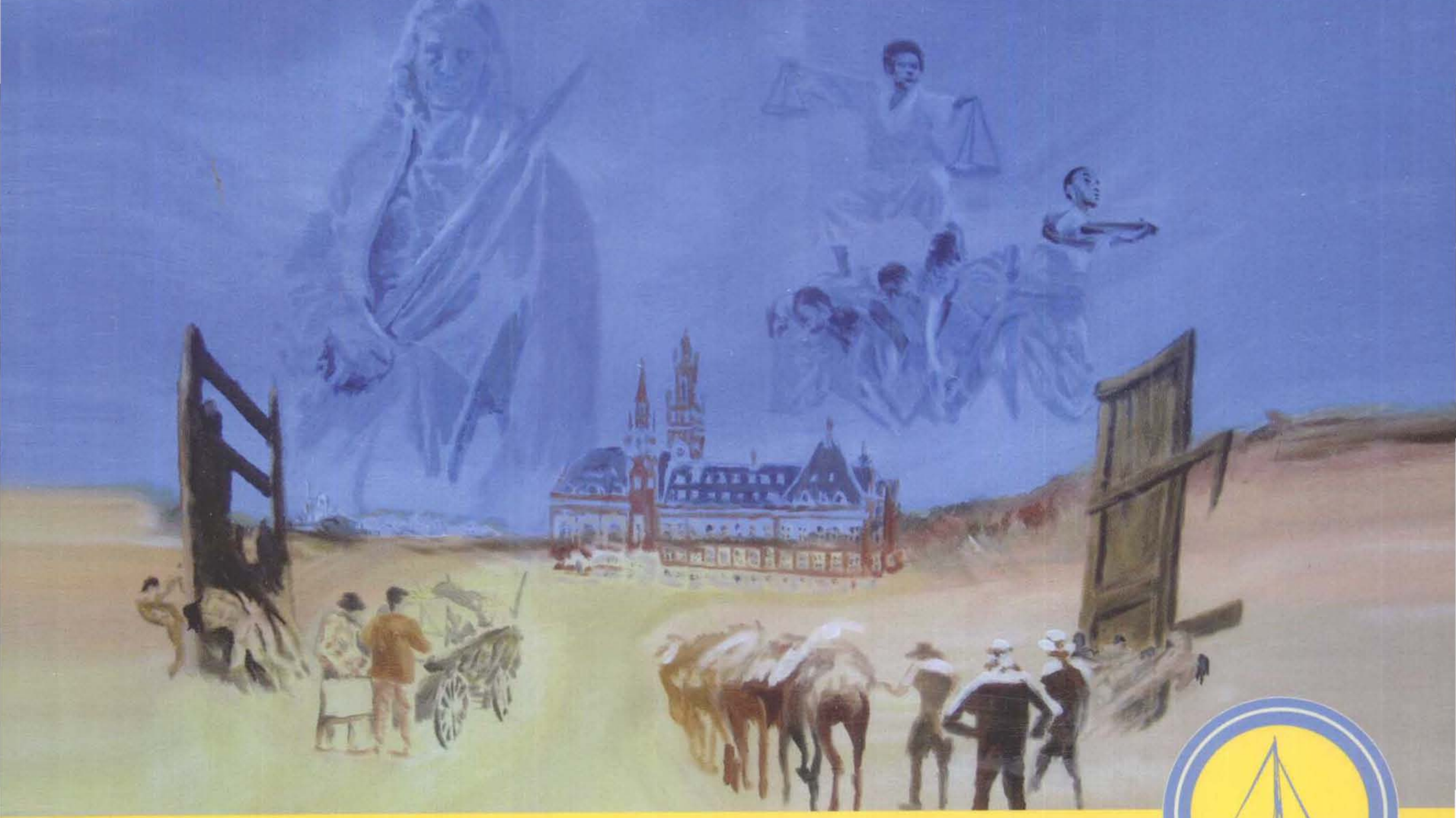
世界法学精要

International Law (Sixth Edition)

国际法

（第六版）（上）



〔英〕马尔科姆·N·肖(Malcolm N. Shaw) 著

白桂梅 高健军 朱利江 李永胜 梁晓晖 译

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

世界法学精要

International Law (Sixth Edition)

肖的《国际法》是一本优秀和权威的国际法教科书，是日益趋向流行的国际法学术领域教员和学生们的最佳选择。它独特的写作风格激励着学生们进一步深入探索的信心，同时还保有缜密和严谨的学术风范。贯穿全书的分析促使学生发展其批评性思维的技能。第六版全面更新了资料，精心设置的结构反映了当前的教学趋势，涵盖了课程的全部内容。修订后，国际法院的内容在专章中详细讨论，并另设关于国际刑法的新章。以往版本中详细的参考资料和可靠并一致的评论均在新版中保留了下来，因为这是所有研究国际法的学生们不可或缺的基础，无论是本科生、研究生或是专业律师，均为如此。

国际法

（第六版）（上）

〔英〕马尔科姆·N·肖 著

白桂梅 高健军 朱利江 李永胜 梁晓晖 译

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权登记号:01 -2008 -5941

图书在版编目(CIP)数据

国际法/(英)肖(Shaw,M. N.)著;白桂梅等译. —北京:北京大学出版社,2011.11
(世界法学精要)
ISBN 978 -7 -301 -19592 -5

Ⅰ.①国… Ⅱ.①肖… ②白… Ⅲ.①国际法 -研究 Ⅳ.①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 198169 号

International Law
Sixth Edition
© M. N. Shaw 2008
Originally published by Cambridge University Press in 2008
This translation is published with the permission of the Press of the Cambridge University

书　　名:国际法(第六版)
著作责任者:〔英〕马尔科姆·N.肖　著　白桂梅　高健军　朱利江　李永胜　梁晓晖　译
责 任 编 辑:谢海燕
标 准 书 号:ISBN 978 -7 -301 -19592 -5/D·2955
出 版 发 行:北京大学出版社
地　　址:北京市海淀区成府路 205 号　100871
网　　址:http://www.pup.cn　电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn
电　　话:邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62752027　出版部 62754962
印 刷 者:北京宏伟双华印刷有限公司
经 销 者:新华书店
787mm×960mm　16 开本　68.75 印张　1463 千字
2011 年 11 月第 1 版　2011 年 11 月第 1 次印刷
定　　价:130.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有,侵权必究
举报电话:010 -62752024　电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

中译本序

欢迎我的国际法教科书中文版出版，我为此感到特别荣幸。白桂梅教授及其团队费劲艰辛终于完成了这本巨著的翻译工作，特此表示由衷的感谢。

希望我的书被译为中文将有助于从事国际法学习和研究的学生、实践工作者和在与国际法相关的政府部门或国际组织工作的官员们。

近年来国际关系的巨大变化之一是中国的重要性日益提升、她在国际事务中越来越重要的作用以及她对国际法规则的实践和演变的参与。当然，中国具有悠久的传统文化和治理经验。我相信其历史发展对于国际法律体系中的成员之行为会很有指导意义。所有国家之间都大有相互学习之处。

我有幸于2006年在新成立的厦门国际研究院教授第一堂国际法导论课并有幸在中国的其他大学进行讲学。

希望此中文译本能够对中国国际法的教学做出贡献。我们要互相学习。我特别盼望我的中国同行、朋友和同学们对我的书提出宝贵意见。

英国剑桥大学劳特派特国际法中心资深研究员

马尔科姆·N. 肖教授

2011年9月

第六版原著序

第六版对本书2003年第五版进行了全面修订。为了突出对被指称的战争罪及其他严重罪行进行国际审判的重要性,修订版增加了关于国际法上个人刑事责任的一章。为此,不得不删去关于空气空间和外层空间法的那章,将外层空间法的内容放到领土的那章中去了。国际法院越来越重要了,因此新版将其作为专章处理。关于国际海洋法法庭的内容并入了海洋法那章。本书的其他章节都作了必要的更新和重写,并借此机会改正了一些错误。我非常荣幸地获悉本书已经翻译成几种其他不同文字,包括中文、波兰文、匈牙利文和葡萄牙文。借此机会我对从事这些翻译工作的人们表示感谢。

这里我特别要感谢剑桥大学出版社的斯妮德·莫洛尼(Sinead Moloney)女士,感谢她对我的鼓励、帮助、特别是她的耐心。我还要特别感谢米利尔·阿里斯丹(Merel Alstein),她在查找资料和更新网站参考目录方面给了我很大帮助。我要再次感谢黛安·洛特(Diane Ilott),感谢她认真缜密的编辑工作;我还要再次感谢莫林·麦克格拉山(Maureen MacGlashan),感谢她为本书的索引和各种附录所做的认真准备工作。英国王室法律顾问伊利乌·劳特派特勋爵(Sir Elihu Lauterpacht QC)在本书早期的写作期间给了我很大鼓励,再此向他表示衷心感谢。我还要感谢我的许多来自许多不同国家的同仁们,感谢他们的建议和鼓励。

一如既往,我要向我的爱妻珠迪斯和我的孩子塔里亚、依兰和达妮拉表示最真挚并最深情的谢意。他们多年来被我的工作所拖累,承受着不可避免的压力,而且出于对我的关心和爱戴,他们心甘情愿。他们的支持为我的著作奠定了不可或缺的基础。

马尔科姆·N.肖,英国王室法律顾问

莱斯特大学法学院

2008年春

译 者 序

认真翻译出版一本好的国际法教科书是我们的共同愿望，剑桥大学出版社和北京大学出版社的合作使我们的愿望成为现实。在此我们向他们表示感谢。我们还要特别感谢肖教授同意我们翻译他的巨著并在翻译过程中耐心回答我们的一些问题。我们还要感谢本书的责任编辑谢海燕女士，感谢她缜密的编辑工作和为本书的翻译工作提供的很多方便。最后，还要感谢一些国际法专业的博士生、硕士生和本科生（他们是：陈志平、吴努、应宗国、蒋箴毅、冯博、黄子宜和赵孟希），他们在本书翻译定稿之前分别阅读了其中的部分章节并指出了那些不符合中文说法的句子或提出了修改建议。

马尔科姆·N. 肖于 2008 年出版的《国际法》第六版（*International Law*, Sixth Edition, Cambridge University Press, 2008）是一本英文的国际法教科书，是英国、美国和欧洲其他国家大学国际法专业广泛使用的经典国际法教材。这本教材的第一版自 1981 年问世以来，就受到广大国际法工作者、学者和学生们的广泛好评。伴随着国际法的发展，2008 年本书已经出版到第六版，由英国剑桥大学出版社在世界范围内出版发行。该书的第五版在我国大陆也有英文影印本销行（北京大学出版社）。与其他的英文国际法教科书相比，本书的主要特点是内容全面、新颖、资料深厚并联系实际。本书中引用极为丰富的司法判例，大量的内容都是通过判例来讲解的，把国际法的原理、原则、规则和制度同实际紧密联系起来。

然而，当我们开始着手进行这项工作时，却发现它是那样的艰巨。我们为自己确立了一个重要原则，即尽可能准确地反映作者的原意，同时注意中文的表达方式。我们在必要的情况下对原书中使用的一些机构或地名的称谓加了译者注并在括号内给出了我们的称谓，例如书中出现的“福克兰群岛”就是我们通常所称的“马尔维纳斯群岛”，又如书中的“南朝鲜”和“北朝鲜”我们改称为“韩国”和“朝鲜”等等。此外，书中原有的错误，我们按正确的意思翻译过来后也加了译者注，不过这样的地方并不多。

最后需要说明的是，为了节约篇幅，我们略去了原书放在前面的长达上百页的案例表和条约与协议表，代之以由我们选出的主要案例和国际法术语所构成的中文版的索引，由此原书中的索引也被取代了。

本书由北京大学法学院的白桂梅教授、中国政法大学国际法学院的高健军教授和朱利江副教授、北京大学法学院的博士研究生李永胜和梁晓晖共同翻译完成，并由白桂梅

和朱利江进行了统一的校对和整合。具体分工如下：

白桂梅：第一章、第三章、第四章、第五章、第九章、第二十章

高健军：第十章、第十一章、第十六章

朱利江：第二章、第八章、第十二章、第十三章、第十七章、第十九章、第二十一章。

李永胜：第十四章、第十八章

梁晓晖：第六章、第七章、第十五章、第二十二章、第二十三章

由于我们的水平有限，翻译中肯定有许多不足甚至错误之处，敬请各位读者批评指正。

译者

2011 年秋于北大

目　录

1　国际法的性质及其发展 *1*

世界社会中的法律和政治 *2*

武力的作用 *3*

国际体系 *5*

政治的作用 *9*

历史发展 *11*

早期萌芽 *12*

中世纪与文艺复兴 *16*

现代国际法的奠基人 *19*

实证主义和自然主义 *20*

19 世纪 *22*

20 世纪 *25*

共产主义的国际法理论 *26*

第三世界 *31*

2　当今的国际法 *34*

受国际关注的法律范围在扩展 *34*

现代理论与阐释 *38*

实证法与自然法 *39*

新思路 *43*

国际法不成体系？ *52*

结论 *53*

3　渊源 *55*

习惯 *57*

引言 *57*

实质性事实 61
什么是国家实践? 65
法律确信 67
抗议、默认与习惯法的变化 71
区域和地方习惯 73
条约 74
一般法律原则 78
公允与国际法 84
司法判例 88
学者 90
其他可能的国际法渊源 91
国际法委员会 95
其他机构 97
单方面行为 97
渊源的等级与强行法 98
4 国际法与国内法 103
理论 104
国内规则在国际法中的作用 106
国内法庭中的国际法 110
英国 111
美国 125
其他国家 133
可裁判性、国家行为与相关学说 144
行政部门的证明 155
5 国际法主体 157
法律人格——引言 157
国家 158
国家资格的创立 159
自决与国家资格标准 164
承认 166
国家资格的消失 167
国家的基本权利 169
附庸国和被保护国 173

联邦国家 174
自成一类的领土实体 179
委任统治地和托管领土 179
1945 年的德国 182
共管 183
领土的国际管理 184
台湾 187
“北塞浦路斯土耳其共和国” 188
撒哈拉阿拉伯民主共和国 189
各种分离主义主张 190
国家联合体 190
结论 193
特殊案例 194
马耳他骑士团 194
罗马教廷与梵蒂冈 195
叛乱团体和交战团体 196
民族解放运动 196
国际公众公司 199
跨国公司 199
所有人民的自决权 201
法律权利的确立 201
自决的定义 205
个人 206
国际组织 207
法律人格的取得、性质及后果——一些结论 208
6 人权的国际保护 212
人权的本质 212
国际法上人权的思想方法 214
国际人权法的发展 216
一些基本原则 218
国内管辖权 218
用尽当地救济规则 218
权利的优先性 220

习惯国际法和人权 220
演进中的原则 221
联合国体系——概述 221
对群体和个人的集体权利的保护 225
联合国体系——执行 241
政治机构——概述 241
联合国机关设立的专家机构 244
专门条约下设的专家机构 248
结论 265
专门机构 267
国际劳工组织 267
联合国教育、科学和文化组织 270
7 区域人权保护 272
欧洲 272
欧洲理事会 272
欧洲联盟 291
OSCE(欧洲安全与合作组织) 293
《独立国家联合体人权和基本自由公约》 297
波斯尼亚和黑塞哥维那人权分庭 298
《美洲人权公约》 299
《班珠尔人权和民族权利宪章》 307
《阿拉伯人权宪章》 310
8 国际法中的个人刑事责任 311
国际的刑事法院和法庭 312
前南斯拉夫问题国际刑事法庭(ICTY) 315
卢旺达问题国际刑事法庭(ICTR) 319
国际刑事法院(ICC) 321
混合法院和其他国际化的国内法院和法庭 327
国际罪行 337
种族灭绝 337
战争罪 341
危害人类罪 343
侵略 345

结论:公正审判条款 346
9 承认 350
对国家的承认 351
对政府的承认 358
事实上和法律上的承认 362
过早的承认 363
默示承认 364
附条件的承认 367
集体承认 367
承认的撤销 368
不承认 369
承认的法律效果 371
国际层面 371
国内层面 372
10 领土 384
国际法上领土的概念 384
领土主权 386
新国家和对领土的权利 388
额外领土的取得 390
边界条约和边界裁决 391
添附 392
割让 393
征服和使用武力 394
实施有效控制 396
结论 410
领土完整、自决和各种主张 411
保持占有原则 414
保持占有原则之外的原则 417
国际界河 418
福克兰群岛 419
“人类共同继承财产” 420
两极地区 421
租借和地役 425

外层空间法 427
外层空间的定义和划界 428
外层空间制度 429
电信 433
11 海洋法 436
领海 438
内水 438
基线 440
海湾 443
岛屿 445
群岛国 446
领海的宽度 448
领海的法律性质 448
无害通过权 449
对外国船舶的管辖权 452
国际海峡 453
毗连区 455
专属经济区 457
大陆架 460
定义 461
沿海国的权利和义务 463
海洋划界 464
结论 475
内陆国 477
公海 478
公海上的管辖权 480
船旗国专属管辖的例外 482
国际海底 492
引言 492
1982 年《海洋法公约》(第十一部分) 493
互惠国家制度 494
1994 年执行《海洋法公约》有关海底规定的协定 495
国际海底管理局 496

争端解决 497
国际海洋法法庭 500
12 管辖权 505
国内管辖原则 507
立法、行政和司法管辖权 508
民事管辖权 510
刑事管辖权 511
领土原则 511
国籍原则 516
被动人格原则 520
保护原则 522
普遍原则 523
引渡 538
域外管辖权 539
13 管辖豁免 548
主权豁免 548
绝对豁免说 552
限制说 554
主权和非主权行为 558
国家豁免与侵犯人权 563
商业行为 566
雇佣合同 572
其他非豁免领域 573
豁免主体资格问题——国家机构与国家的组成部分 575
豁免主体资格问题——政府官员的豁免 580
豁免的放弃 584
判决前对财产的扣押 585
执行豁免 587
举证责任和标准 590
结论 591
外交法 592
1961 年《维也纳外交关系公约》 593
领事特权与豁免:1963 年《维也纳领事关系公约》 609

1969 年《特别使团公约》 611
1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》 612
国际组织的豁免权 613
14 国家责任 614
国家责任的性质 616
过错问题 618
可归责性 620
解除不法性的情况 626
国家责任的援引 631
国际不法行为的后果 632
对强制规范(强行法)的严重违反 638
外交保护与求偿的国籍 639
用尽当地救济 647
外国人的待遇 650
待遇的相关标准 651
外国财产的征收 654
财产问题 656
征收的性质 656
公共目的 658
补偿 659
双边投资条约 662
总付协定 664
非歧视 665
多边投资担保机构 666
15 国际环境法 667
国家责任与环境 672
国家的基本义务 672
适当标准 674
引起的损害 676
私人引起的损害责任 678
防止来自危险活动的跨界损害 679
国家责任学说的问题 681
国际合作 681

大气污染 687
臭氧损耗与全球变暖 690
外层空间 695
国际水道 696
极端危险活动 699
核活动 700
危险废弃物 705
海洋污染 707
船舶源污染 707
16 条约法 710
条约的缔结 714
程序 714
同意 716
条约的保留 719
条约的生效 728
条约的适用 728
第三国 729
条约的修正和修改 731
条约的解释 733
条约的效力、终止和暂停施行 738
一般性规定 738
条约的无效 739
条约的终止 743
争端解决 749
国家和国际组织之间的条约 749
17 国家继承 752
连续性和继承 755
对条约的继承 761
条约的种类:领土性、政治性和其他条约 761
条约的一般继承 764
国际人权条约 772
对条约以外事项的继承 775
国际组织成员资格 775

财产和债务的继承 776
香港 793
18 和平解决争端 795
争端解决的外交手段 798
谈判 798
斡旋和调停 801
调查 802
和解 805
国际组织与争端解决 807
区域组织与联合国 807
非洲联盟(非洲统一组织) 808
美洲国家组织 812
阿拉伯国家联盟 813
欧洲 813
职能有限的国际组织和机构 815
争端解决获得约束力的方法 826
仲裁 826
19 国际法院 834
法院的组成 835
法院的管辖权 841
概况 841
法律争端的性质 843
诉讼管辖权 845
第 36 条第 1 款 850
第 36 条第 2 款 855
法律渊源、案件适当性以及法律利益 859
证据 861
临时措施 865
反诉 868
第三方参加 869
救济 872
执行 874
申请对判决的解释 875

复核判决的声请 876
对判决之后的情形的审查 877
法院的咨询管辖权 878
法院的角色 882
法院和法庭的剧增 884
20 国际法与国家使用武力 887
法律与武力:从“正义战争”到联合国 888
《联合国宪章》 891
“武力” 892
“侵害任何国家的领土完整和政治独立” 894
武力的种类 895
反报 895
报复 896
自卫权 897
集体自卫 909
干涉 910
内战 911
刚果民主共和国的局势 915
人道主义干涉 916
恐怖主义与国际法 919
21 国际人道法 926
发展 927
国际人道法的保护范围 929
敌对行为 939
武装冲突:国际的和国内的 945
非国际性武装冲突 948
人道法的执行 952
结论 954
22 联合国 956
联合国体系 956
安全理事会 958
大会 961
其他主要机关 963

和平解决争端 965
国际联盟 965
联合国体系 966
结论 978
集体安全体制 980
安全理事会 980
大会的作用 1006
联合国与区域办法和机关 1008
23 国际机构 1014
导论 1014
国际组织概览 1016
普遍性组织 1016
区域组织 1018
国际组织的一些法律问题 1024
人格 1025
组织文件 1030
国际组织的权力 1032
可适用的法律 1035
国际组织的责任 1036
成员国的赔偿责任 1038
国际组织的问责 1041
特权与豁免 1041
解散 1049
继承 1050

索引 1052

1
国际法的性质及其发展

在人类历史的长河中，从穴居时代到计算机时代，法律的思想（即秩序是必不可少的，混乱有悖于正义和稳定的观念）一直发挥着核心作用。每个社会无论大小、强弱，都创设了社会发展要遵循的原则框架。什么可行，什么不可行，哪些是被允许的行为，哪些是被禁止的行为，都有着明确的说明并被社会的成员所领悟。难以形容的飞速进步总是以是否达到男男女女组成的群体共同接受的目标为基准的，无论这些目标是为了狩猎、耕种粮食还是就是为了赚钱。

法律是这样一种要素，即约束社会的成员一起遵守业已承认的价值和标准。法律是允许性的，意思是允许个人建立自己具有权利和义务的法律关系，例如签订合同；法律同时也是强制性的，意思是惩罚那些违反规定的人。法律由一系列规范行为的规则构成，在某种程度上法律反映相关社会人们的思想，也反映社会的当务之急。

被称为国际法的法律也是如此。国际法的重要特点是其主要主体是国家不是公民个人。一个国家内部的法律（国内法）与适用于国家之外和国家、国际组织以及有时也包括个人之间的法律有许多明显差异。

国际法本身分为冲突法（或有时称为国际私法）和国际公法（通常就称为国际法）。[1] 前者在一个特定的法律体系内处理具有涉外因素的案件，这些案件存在外国法律的适用或者外国法院的作用等问题。[2] 例如，两个英国人在法国签订合同销售位于巴黎的货物，若考虑到该合同的效力，英国法院就要适用法国的法律。相反，国际公法根本不是一个国家的法律秩序的分支，而是完全独立的法律体系。[3] 本书将要讨论的就

---

〔1〕 首先使用该术语的是边沁：参见：*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1780.

〔2〕 参见，例如：C. Cheshire and P. North, *Private International Law*, 13th edn, London, 1999.

〔3〕 参见：the *Serbian Loans* case, PCIJ, Series A, No. 14, pp. 41—2.

是国际公法。

国际公法涉及各种不同形式的国家之间的关系，从战争到人造卫星，并规范许多国际组织的运作。国际法可以是普遍或一般的，所谓普遍或一般的国际法是指所制定的规则拘束所有国家（实际上是否拘束所有国家可能取决于规则的性质）；也可以是区域的，区域国际法是指通过地理或意识形态联系在一起的国家群体承认仅适用于它们之间的特殊规则，例如外交庇护的实践在拉丁美洲国家之间得到最大程度发展。[4] 国际法规则必须与被称为国际礼让或类似于在公海上向外国军舰的旗帜敬礼的实践加以区分，后者仅仅出于礼貌而得以实施，被认为没有法律的拘束力。[5] 同样还必须避免把国际法与国际道德相混淆的错误。虽然两者在某些情况下可能会有交叉，但前者无论在内容还是在形式上都是一门法律学科，而国际道德的概念属于伦理规范的一部分。但是，这并不意味着国际法可以与道德价值割裂开来。

在本章以及后面紧接着的章节中将考察国际法律体系的特征以及为了适当理解国际法中发挥法律作用的那部分而必需的历史和理论背景。

世界社会中的法律和政治

首先要提出的就是国际法的法律性质问题。国际争端的任何一方都毫无疑问地主张其行为的合法性，然而国际体系内没有能够对这个问题加以审议并作出最终裁决的独立的国际机构。

几乎所有开始阅读国际法的人在阅读之前都已经学过或知道一般的法律或国内法的一些主要特征。这些表明，此种法律的特征包括存在一个得到认可的立法或造法机构，具有强制管辖权、可以解决关于这些法律争端的不同等级的法院以及公认的执行这些法律的体系。没有立法、司法和执行机构，人们似乎无法谈论法律秩序。[6] 国际法不能适用这种模式。国际法上没有立法机构。由所有成员国选派的代表构成的联合国大会的确存在，但是除了为某些目的对某些联合国机关之外，联合国大会的决

---

〔4〕 参见下文，第92页（此页码为原书页码，即本书边码，下同）。

〔5〕 “北海大陆架”案，ICJ Reports, 1969, p. 44; 41 ILR, p. 29. 另参见：M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, 47 BYIL, 1974—5, p. 1.

〔6〕 一般参见：R. Dias, *Jurisprudence*, 5th edn, London, 1985, and H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

议没有法律拘束力。[7] 国际社会没有法院体系。国际法院确实坐落于荷兰海牙,但是只有争端双方同意,国际法院才能受理案件[8],而且国际法院的判决也不能保证得到遵守。最重要的是,国际法上没有执行机构或管理当局。本打算让联合国安全理事会发挥某种作用,但是常常受到五个常任理事国(美国、苏联(现在是俄罗斯联邦)、中国、法国和英国)否决权的限制。[9] 因此,没有一个确定的机构,既能制订规则又能阐明这些规则或者保证违反规则者必将受到惩罚,这个被称为国际法的东西怎么可能是法律呢?

当然人们将会意识到,这种辩论思路是基于国际法与国内法的比较以及假设的国家体系与国际秩序之间的比喻。所有关于国际法的性质的讨论,都是沿着这种核心思路进行的。

进入19世纪的世纪之交,英国哲学家约翰·奥斯汀(John Austin)以下述观点为基础精心构建了他的法律理论,即法律是主权者发布的以制裁或处罚为后盾的命令。由于国际法不符合这个定义,因此被归入一种"实在道德"。[10] 这种观点遭到了批判,因为它过于简单化,甚至混淆了社会中法律的性质,并且过分强调法律体系的每项规则中制裁的作用。[11] 在这里不便全面概括奥斯汀的理论,但是他关于强制力是法律秩序的组成部分的思想至关重要,需要从国际法的角度加以讨论。

4

武力的作用

国际法上没有国内法意义上的统一的制裁体系[12],但是某些情况下使用武力被视

---

〔7〕 参见《联合国宪章》第17条第1款。另参见:D. Johnson, "The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations", 32 BYIL, 1955—6, p.97和下面,第22章。

〔8〕 参见《国际法院规约》第36条和下文,第19章。

〔9〕 参见,例如:*Bowett's Law of International Institutions* (eds. P. Sands and P. Klein), 5th edn, London, 2001, 和下文,第23章。

〔10〕 参见:J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. H. L. A. Hart), London, 1954, pp. 134—42.

〔11〕 参见,例如: Hart, Concept of Law, chapter 10.

〔12〕 参见,例如:W. M. Reisman, "Sanctions and Enforcement" in *The Future of the Internationa Legal Order* (eds. C. Black and R. A. Falk), New York, 1971, p.273; J. Briefly, "*Sanctions*" 17 *Transactions of the Grotius Soclety*, 1932, p.68; Hart, *Concept of Law*, pp.211—21; A. D'Amato, "The Neo-Positivist Concept of International Law", 59 AJIL, 1965, p.321; G. Fitzmaurice, "The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement", 19 MLR, 1956, p.1, and *The Effectiveness of International Decisions* (ed. S. Schwebel), Leiden, 1971.

为正当且合法。在联合国体系内,安全理事会可以在确定存在威胁、破坏和平的情势或发生侵略行为时实施制裁。[13] 制裁可以是经济的,例如 1966 年对罗得西亚的制裁[14];也可以是军事的,例如 1950 年对朝鲜的制裁[15];甚至可以两者兼施,例如 1990 年对伊拉克。[16]

联合国框架下的武力行动很少,原因是必须在安全理事会的五个常任理事国间进行协调,然而协调显然需要某个问题对于任何一个大国的重大利益都不构成威胁。

朝鲜是一个例外,由于苏联偶尔缺席才使安理会能够采取联合行动。苏联的缺席是对中国国民党政府代表中国在联合国的席位而进行的抗议。[17]

除了这种有组织的制裁外,人们可能会注意到一些被称为自助的采取暴力行动的权利。[18] 诉诸武力以维护某些权利的程序是原始的血亲复仇法律体系的特征,但是在国
5 内法律秩序和方法中,这些程序和方法现已完全处于公认的权力控制之下。国家如果遭到侵略可以使用武力进行自卫,还可以采取行动对付他国的违法行为。在这种情况下,国家自己决定是否采取行动,如果采取行动,行动的规模也由国家自己决定。尽管国际法上有一些相关规则,但是如果国际法院没有进行审理,并不存在任何最高机构对它们的行动是否合法作出双方均可以接受的裁定。[19]

因此,那些在他们的理论中注重武力因素的作者在描述国际法的性质甚至其法律性质时遇到了很多困难,因为国际法缺乏相关的公认并全面的制裁框架。将国家自卫和报复[20]的权利视为国际法上的制裁就误解了制裁在法律体系中的作用,因为自卫和报复都是由国家决定的,不是法律体系本身的制裁。国际法当前的趋势是尽量限制武力的使用,这也是不能忘记的。因此导致一个荒谬的结论,即国际社会越限制武力,国际法就越变得不是法律。

---

〔13〕《联合国宪章》第 7 章。参见下文,第 22 章。

〔14〕1966 年安理会第 221 号决议。也应当注意 1977 年安理会第 418 号决议对南非施行武器禁运。

〔15〕1950 年 6 月 25 日、6 月 27 日和 7 月 7 日的安理会决议。参见:D. W. Bowett, *United Nations Forces*, London, 1964.

〔16〕1990 年安理会第 661 号以及第 678 号决议。参见: *The Kuwait Crisis: Basic Documents* (eds. E. Lauterpacht, C. Greenwood, M. Weller and D. Bethlehem), Cambridge, 1991, pp. 8 and 98. 另参见:下面第 22 章。

〔17〕参见:E. Luard, *A History of the United Nations*, vol. I, *The Years of Western Domination 1945—55*, London, 1982, pp. 229—74, 以及下文,第 22 章的内容。

〔18〕参见:D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958, and I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963.

〔19〕参见下文,第 19 章。另参见: M. Barkin, *Law Without Sanctions*, New Haven, 1967.

〔20〕参见,例如:H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, London, 1946, pp. 328 及其以下。

既然通过以制裁来测定法律定义的方式不能揭示国际法的性质，就必须研究国际法律秩序的性质，以便努力发现国家事实上是否认为有义务遵守国际法规则，如果是，为什么？如果对第一个问题的回答是否定的，国家认为没有必要遵守这些规则，那么，就不存在可以称为国际法的任何体系。

国际体系[21]

研究的关键在于探求国际体系的独特属性，意思是说，国际体系中存在着如果不是全部也是主要由现存国家构成的关系网，这些国家承认某些共同的原则和行事的方法。[22] 除了最原始的社会外，几乎所有社会的法律结构都是有等级的，并且权力是纵向的。然而，由 190 多个独立国家组成的国际体系是横向的，它们在法律理论上（意思是它们都有主权的特性）都是平等的，不承认任何凌驾于它们之上的权威。在国内体系中，法律是高于个人的，但是国际法仅存在于国家之间。个人只能在是否遵守法律之间作出选择。个人并不创造法律，创造法律的使命由专门机构承担。但是，在国际法上，创造法律、遵守或不遵守法律，都是由国家自身来完成的。[23] 这对于法律的渊源和公认的法律规则的实施方法当然都发生深刻影响。

在后面的各章中将要阐述，国际法主要是由国际协议和习惯规则构成的。国际协议对签字国有拘束力；习惯规则基本上是被整个国际社会承认的国家实践，是必须遵守的行为模式。

但是，有人可能会争论说，既然是国家它们自己缔结条约并采取它们自己认为在

---

〔21〕 参见：L. Henkin, *How Nations Behave*, 2nd edn, New York, 1979, and Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, 1995; M. A. Kaplan and N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York, 1961; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, 1958; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964; A. Sheikh, *International Law and National Behaviour*, New York, 1974; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991; T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, and Oppenheim's International Law (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, vol. I, chapter 1.

〔22〕 关于“国际社会”这个概念，参见，例如：G. Abi-Saab, “Whither the International Community?”, 9 EJIL, 1998, p. 248, and B. Simma and A. L. Paulus, “The ‘International Community’: Facing the Challenge of Globalisation”, 9 EJIL, 1998, p. 266. 另参见：P. Weil, “Le Droit International en Quête de son Identité”, 237 HR, 1992 VI, p. 25.

〔23〕 这导致罗森尼（Rosenne）将国际法视为协调的法，而不是像国内法那样的服从的法：*Practice and Methods of International Law*, Dordrecht, 1984, p. 2.

法律上有义务或无义务采取的行动，那么国际法似乎就是任由国家从中进行挑选的一系列规则组成的。与普通人的认识相反，国家的确是遵守国际法的，违反国际法的现象相对比较少。但是违法的行为（例如武装攻击和种族压迫）得到充分报道并且正中该体系的要害，即建立并维护国际和平与正义。但是正如谋杀、抢掠和强奸在国内体系常常发生但并不能摧毁该体系一样，对国际法律规则的违反突出了该体系的弱点，却无损于它的效力和必要性。因此尽管偶然遭到严重违反，绝大多数国际法规范仍得到遵守。[24]

7 在日常的国际生活中，许多协议和习惯得到遵守。然而，在错综复杂的世界事务中，国家感觉到某种规管或规则架构的必要性，因为游戏在框架内才能进行。国际法应运而生。国家认识到它的必要是因为国际法引进了稳定和可预见的因素。

当国家陷入争议或争端时，诉诸国际法规则是很方便的。虽然可能会有解释上的冲突，但是至少有共同的参照框架，一国知道他国将如何争辩。它们用共同的语言在讲话。这种交往是非常重要的，因为国家之间非常容易误解而且常常结果都很悲惨。当对立的双方在某一特定规则的理解上发生争议并对其持相反立场时，它们至少在相同的语境中用相同的术语进行交流。在某些情况下是这样，但不是所有情况都这样，因为要求国际法做它不可能做的，不仅是不确切的，也是错误的。国际法可以提供一个相互理解的词汇表，研究国际法的原则之后可以提出解决问题的方法。国际法办不到的是，不论问题多么危险或多么复杂，仅靠国际法就能解决所有问题。无论将来是否有可能，现今的国际法尚未发展到这样的阶段。在指出其实在的特征的同时，不应夸大国际法的能力。

但是，如何制止国家在开始进行政策抉择时根本无视国际法呢？仅靠禁止侵略的规则就能抗拒政治诱惑吗？虽然不存在制止这种侵略行动的国际警察，但是却有许多其他的与国际法的性质紧密相关的因素可能促使潜在的侵略者保持克制。

这是对等因素在发挥作用，它可以成为强大的武器。如果某一特定行动可能带来近期利益，但是可能由于打破相互对等的容忍而带来长期的不利，国家常常不会从事这种行动。例如，国家处处都在保护外交豁免权，因为如果不这样做，就可能使其驻外官员处于危险的境地。[25] 这种对等因素构成对国家的一种诱惑，使它们合理地采取行动并适

---

〔24〕 参见：H. Morgenthau, *Politics Among Nations*, 5th edn, New York, 1973, pp. 290—1; Henkin, *How Nations Behave*, pp. 46—9; J. Brierly, *The Outlook for International Law*, Oxford, 1944, p. 5, and P. Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York, 1948, pp. 6—8.

〔25〕 参见“关于美国驻德黑兰外交和领事官员”案，ICJ Reports, 1980, p. 3; 61 ILR, p. 502. 另参见：美国最高法院在 *Boos* v. *Barry* 案件中的判决 99 L. Ed. 2d 333, 345—6 (1988); 121 ILR, p. 499.

度地提出要求，它们期望这样做将同样鼓励其他国家合理地采取行动以避免对抗。因为 8
通过改变行为模式，用一个习惯取代另一个习惯，或者通过相互间的协议，国家最终可以改变规则，所以国家得以维持某种确定的政治生活。但是必须指出，权衡了所有可能的选择后，国家可能清楚地感觉到保护自己重大利益的唯一方法可能涉及对国际法的违反而且必须要为此承担责任。遇到与国家的存亡相关的问题时，国际法可能处于次要地位。

还有一种有意义的因素，那就是在某种情况下遵守国际法对国家有利，或有“回报”。这种回报就是鼓励友好国家或者中立国家站在卷入冲突一国的一边，而不是反对该国，甚至可能起到更积极的作用，而不是相反。国家在许多方面都是要寻求公共舆论的支持，所有国家都会利用这种策略。

法律得到的尊重在许多方面都有所反映。苏联为自己不承担联合国维持和平行动[26]经费的责任作了相当多的法律辩解。美国也一样，它通过诉诸国际法为自己在古巴[27]和越南[28]的行为找到合法借口。这在许多情况下是很灵验的，可以随后得到很多支持，不过也有很多情况下不灵。但是，无论如何所有国家都这样诉诸国际法，事实上这是个颇具积极意义的迹象。

这里还有一个值得一提的现象，即在国际商业中不断形成一些带有法律特色的规定。一些观点，特别是某些争端，通过诉诸先例、国际协定、甚至法律学者的观点被纳入法律的框架内。人们依据国际法规则提出申诉而不是依据什么道德或伦理。[29] 这会使政府各个部门中的一大批人像国际组织的官员一样精通国际法，以一种法律定向的方式 9
行使日常的政府职能。事实上许多作者强调官员们在法律的实际运作中所起的作用以及他们对法律运作过程的影响。[30]

国家是遵守国际法的，只有在考虑它们的重大利益时才违反国际法。得出这个结论

---

〔26〕 参见：*Certain Expenses of the United Nations*, ICJ Reports, 1962, p. 151; 34 ILR, p. 281, and R. Higgins, *United Nations Peace-Keeping; Documents and Commentary*, Oxford, 4 vols, 1969—81.

〔27〕 参见，例如：A. Chayes, *The Cuban Missile Crisis*, Oxford, 1974, and Henkin, *How Nations Behave*, pp. 279—302.

〔28〕 参见，例如：*The Vietnam War and International Law* (ed. R. A. Falk), Princeton, 4 vols., 1968—76; J. N. Moore, *Law and the Indo-China War*, Charlottesville, 1972, and Henkin, *How Nations Behave*, pp. 303—12.

〔29〕 参见：Hart, *Concept of Law*, p. 223.

〔30〕 参见，例如：M. S. McDougal, H. Lasswell and W. M. Reisman, “The World Constitutive Process of Authoritative Decision” in *International Law Essays* (eds. M. S. McDougal and W. M. Reisman), New York, 1981, p. 191.

以后,产生了这种义务意识以什么为基础的问题。[31] 19 世纪的商业哲学强调合同的重要性。这是自由签订协定的双方(或各方)的法律基础,并且影响了国际法上的同意理论。[32] 国家是独立和自由的,因此只有经过它们的同意才能受到约束。在理论和实践上都不存在一个能够对各国施加规则的权力机构。这种理论在自动限制或自我限制理论中得到极其明确的表述,这种理论宣称,国家只有在事先同意有那种义务的情况下才有义务遵守国际法律规则。[33]

但是如果用该理论来考虑为什么国际法被认为是有拘束力的问题,甚或将该理论作为对国际法律体系的一种解释,它都是最不令人满意的。[34] 举一个例子,第二次世界大战后出现了大约 100 个国家,无论如何,说这些国家已经同意在它们建立之前形成的所有国际法规则是不能想象的事。有人可能会这样争辩:通过"选择独立",国家同意了所
10 有现存规则。但是,接受这种观点就把同意归为一种纯粹的虚拟。[35]

这种理论也不能对国际法律体系作出适当的解释。这是因为该理论没有考虑国际组织的急剧增长以及近几十年来由这些国际组织发展起来的规则和规章架构。

承认同意是国际法义务的基础[36]就会出现如果同意被撤回将会怎样的问题。国家撤回对一个规则的同意,并不能使该规则成为任择性的或者使其失去合法性光环。如果该国按照它撤回的决定继续做下去,它将违背国际法上的义务。协定是有拘束力的这一原则("约定必须遵守")本身不能建立在同意的基础上,该原则是所有条约法律的基础。[37]

---

〔31〕 参见,例如:J. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1958.

〔32〕 参见:W. Friedmann, *Legal Theory*, 5th edn, London, 1967, pp. 573—6. 另参见: the *Lotus* case, PCIJ, Series A, No. 10, p. 18.

〔33〕 例如:G. Jellinek, *Allgemeine Rechtslehre*, Berlin, 1905.

〔34〕 另参见: Hart, *Concept of Law*, pp. 219—20. 但是参见:P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law?", 77 AJIL, 1983, p. 413 以及对该文章的回应,例如参见:R. A. Falk, "To What Extent are International Law and International Lawyers Ideologically Neutral?" in *Change and Stability in International Law-Making* (eds. A. Cassese and J. Weiler), 1989, p. 137, and A. Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making", 12 Australian YIL, 1992, p. 22.

〔35〕 参见下文,第 88 页。

〔36〕 参见,例如:J. S. Watson, "State Consent and the Sources of International Obligation", PASIL, 1992, p. 108.

〔37〕 参见下文,第 3 章。

目前关于这个问题有一种学说，称为共同同意说。[38] 该学说反映了大多数国家的影响，即大多数国家创造国际法新规则，其他国家对这些新规则予以接受。该学说试图聚焦于重点的改变，即重点已经开始从完全强调国家转变为考虑发展中的国际合作的形式。在国际合作中，同意和制裁之类的概念不能对正在发生的事情作出恰当的解释。

人们当然不能忽视同意在国际法上的作用。承认它的局限性不等于无视它的意义。许多国际法是通过国家对具体规则和标准明确表示同意来构建的，多数是通过缔结条约表示其同意。这是不可低估的。然而，最好是将同意视为：不仅对于特别接受的特定规则是重要的（这些当然不是国际法的全部内容），而且对于国家一般对支撑并构成国际体系的整体规则、谅解和行为模式所采取的处理方法，也是重要的。[39] 从广义上讲，国家对一般的国际法律体系表示接受或同意，因为在现实中没有国家的同意，国际法律体系就不能运作。可以把这种学说称为共同同意或基本框架，在该框架内，对个别的国家 11
同意的要求转变成为共同体的接受。

指出下面一点是非常重要的，即虽然国家时常反对并且试图改变某些具体的国际法规则，但是任何国家都不会随意地反对整个国际法律体系。当然，每一个国家都有权通过其言行谋求影响国际法具体规则的发展，但是新的习惯规则的创造并不取决于每一个国家的明示同意。

政治的作用

很清楚，在法律与政策之间从来就没有严格的区分。无论有什么法律理论或政治哲学，必须承认在法律与政治之间有把它们联系在一起的无法分割的纽带。

在发达的社会里，政策的形成与政策的实施方法是有区别的。在英国，议会负责立法，法院负责司法，美国在国会和法院系统之间也有类似的分工。当然，分工的目的在于避免权力过多地集中于某一政府部门。但是，制定法律的是政治部门，并首先创造了法律体系。甚至在不同等级的法院系统内，允许法官有解释法律的余地并且在他们最终作出判决时还可以有一些选择的空间。[40] 但是这种情况不应夸大，因为一些因素可以有

---

〔38〕 参见，例如：A. D'Amato, "On Consensus", 8 Canadian YIL, 1970, p. 104. 也应当注意联合国第三次海洋法会议期间的"关于协商一致的君子协议"，参见：L. Sohn, "Voting Procedures in United Nations Conferences for the Codification of International Law", 69 AJIL, 1975, p. 318, and UN Doc. A/Conf. 62/WP. 2.

〔39〕 参见，例如：J. Charney, "Universal International Law", 87 AJIL, 1993, p. 529.

〔40〕 参见，例如：R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977.

效地隐藏并减少政治对法律过程的影响。其中最重要的因素是传统心理因素和所谓“法律习惯”的培养。[41] 已经创造了特定的法律氛围,这种氛围得到政治制度的支持,承认法律机构的独立存在以及以“正义”和“合法”为特征的运作方法。在大多数国家里,明显的对司法过程的干预将被认为破坏基本原则并会遭到强烈抗议。法律语言和公认程
12 序的运用以及法律界的自尊,加强了法律体系并强调了保持立法行政机关与司法机构之间距离的程度。[42]

但是当人们观察国际法律的情景时,情况发生了变化。世界秩序的裁判者最终是国家,而且国家制定(暂时忽略次级的正在发展着的国际组织领域)、解释并实施规则。

尽管在政府和国际官员中可能觉察到某种“国际法律的习惯”,但是保存这种习惯的必要机制尚不存在。

与国内法律秩序相比,政治在国际法律体系中更接近于其核心地位,权力更加凸显。[43] 法律与政治的相互作用在世界事务中更加复杂并且难以厘清。这预示着我们又回到了早前关于为什么国家遵守国际规则的讨论。权力政治强调竞争、冲突和至上性,把为生存和势力而斗争作为核心。[44] 国际法的目的是和谐和解决冲突。它试图创建一个框架,无论多么初级,作为一种减震器,澄清并缓和各种主张,以平衡利益。此外,国际法还制定一些原则,宣布国家应如何行事。正如任何国内社会必须有思想基础和奋斗的(即使很少或从未实现的)希望,国际社会同样必须牢记它的最终价值。

但是,法律程序从形式上与这些最终价值敬而远之。正如国际法院在“西南非洲”案(the *South West Africa* case)[45] 中所指出的,“它是法院,所以只能在道德原则有了足够的法律形式的表述时才能加以考虑。据说,法律的存在是为社会需要服务的;但正是由于这个原因,法院只能通过其自己的职权并在此种职权的范围之内为社会服务。否则,它提供的就不是法律服务了。”[46]

国际法不可能是立即解决冲突和对抗问题的渊源,因为其自身在结构和内容上存在

---

〔41〕 参见,例如:K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, Boston, 1960, 以及一般参见:D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4th edn, London, 1979.

〔42〕 参见:P. Stein and J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh, 1974.

〔43〕 一般参见:Henkin, *How Nations Behave*, and Schachter, *International Law*, pp. 5—9.

〔44〕 参见:G. Schwarzenberger, *Power Politics*, 3rd edn, London, 1964, and Schwarzenberger, *International Law*, 3rd edn, London, 1957, vol. I, Morgenthau, *Politics Among Nations*.

〔45〕 ICJ Reports, 1966, pp. 6, 34.

〔46〕 但是,参见希金斯的批评:考虑到这种“自己科目范围”的特性,这样的表达方式可能是有问题的, *Problems*, p. 5.

固有的弱点。不承认这一点将导致乌托邦,碰到现实就会遭遇失败。[47] 另一方面,由于 13
无法摆脱残忍的权力而采取愤世嫉俗的态度同样也是不恰当的,因为那将更令人沮丧。

承认国际法的力量和弱点并指出国际法可以取得的和不能取得的,这种中庸之道可以给人以最大的希望。人不仅在他们生活的国家也在他们生活的国际体系中谋求秩序、福利和正义。

历史发展[48]

当今人们所理解的国际法(或万国法)的基础牢固地建立在西方文化和政治组织之上。

欧洲主权的概念和独立的民族国家的发展需要一套可以接受的方式方法,据此可以根据共同接受的行为标准来开展国际关系,国际法应运而生。但是,虽然国际法根植并 14
成熟于欧洲文艺复兴时期,但这种特殊"杂交植物的种子"有更加古老的传承。它们有非常悠久的历史。

---

〔47〕 当然,应注意在国际法上义务的存在与实施该义务的问题之间有重要区别。关于实施一项义务的问题不能影响该义务的法律有效性:参见,例如韦拉曼特利法官于 1993 年 9 月 13 日在下面案件中所发表的个别意见:the *Bosnia* case, ICJ Reports, 1993, pp. 325, 374; 95 ILR, pp. 43, 92.

〔48〕 特别参见:A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, rev. edn, New York, 1954; *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 1984, vol. VII, pp. 127—273; J. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 10 vols., 1968—79, and M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*, 1870—1960, Cambridge, 2001. 另参见: W. Grewe, *The Epochs of International Law*, (trans. and rev. M. Byers), New York, 2000; A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, and Cassese, *International Law*, 2nd edn, Oxford, 2005, chapter 2; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 41; H. Thierry, "L"Evolution du Droit International, 222 HR, 1990 III, p. 9; P. Guggenheim, "Contribution à l'Histoire des Sources du Droit des Gens", 94 HR, 1958 II, p. 5; A. Truyol y Serra, *Histoire de Droit International Public*, Paris, 1995; D. Gaurier, *Histoire du Droit International Public*, Rennes, 2005; D. Korff, "Introduction à l'Histoire de Droit International Public", 1 HR, 1923 I, p. 1; P. Le Fur, "Le Développement Historique de Droit International"; 41 HR, 1932 III, p. 501; O. Yasuaki, "When was the Law of International Society Born? An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilisational Perpective", 2 *Journal of the History of International Law*, 2000, p. 1, and A. Kemmerer, "The Turning Aside: On International Law and its History" in *Progress in International Organisation* (eds. R. A. Miller and R. Bratspies), Leiden, 2008, p. 71. 关于一般性的参考书目,参见:P. Macalister-Smith and J. Schwietzke, "Literature and Documentary Sources relating to the History of International Law, 1 *Journal of the History of International Law*", 1999, p. 136.

早期萌芽

现代国际体系可以追溯到大约400年以前，然而，人们需要在上千年以前的政治关系中去洞悉某些国际法的基本概念。[49] 例如大约在公元前2100年，位于历史学家知晓的美索不达米亚的城邦国拉伽什（Lagash）与乌玛（Umma）的统治者之间庄严地签订了条约。这个被雕刻在一块石碑上的条约是关于确定边界的，其得到双方的尊重，违者以触犯苏美尔诸神加以论处。[50] 接下来的一个重要事例是人们都知道的重要的、有拘束力的国际条约，即1000年以后埃及拉美西斯二世与赫梯国王为了建立永恒的和平和友谊而缔结的条约。[51] 似乎在大马士革以北的卡迪什签订的协议涉及的其他问题包括相互尊重领土完整、停止侵略状态和建立一种防御联盟。

从那时起，中东一些竞争对手之间签订了许多协议，规定缔约方之间有用的礼节或
15 者试图建立政治联盟以便抑制过分强大帝国的影响。[52]

还必须提及的是古代以色列的作用。普遍的道德立场与关于战争的规则一起传给其他民族和宗教，对建立在严格道德基础上的正义和公正法律体系的要求渗透到后代的思想和行为中。[53] 例如，先知以赛亚（Prophet Isaiah）宣布说，宣示过的协议，即使是与敌人签订的也必须履行。[54] 和平与社会正义才是人生存的关键要素，而不是权力。

---

〔49〕 参见：D. J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge, 2001。

〔50〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 1—2. 注意：在发掘出的埃布拉城（Ebla）（至少有4500年历史的文明之都）中发现了埃布拉城与阿巴萨尔城（Abarsal）之间的一项政治条约：参见 *Times Higher Education Supplement*, 19 May 1995, p. 20. 另参见：R. Cohen, *On Diplomacy in the Ancient Near East: The Amarna Letters*, *Discussion Paper of the Centre for the Study of Diplomacy*, University of Leicester, 1995; O. Butkevych, "History of Ancient International Law: Challenges and Prospects", 5 *Journal of the History of International Law*, 2003, p. 189; A. Altman, "Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law. The Early Dynastic Period in Southern Mesopotamia", 6 *Journal of the History of International Law*, 2004, p. 153, and "Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law. (2) The Old Akkadian and Ur III Periods inMesopotamia", 7 *Journal of the History of International Law*, 2005, p. 115.

〔51〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 1—2.

〔52〕 贝尔瑟（Preiser）强调说，公元前17和15世纪之间发生了涉及五个（不同时期内）独立国家的国家竞争体制：*Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, pp. 133—4.

〔53〕 参见：P. Weil, "Le Judaisme et le Développement du Droit International", 151 HR, 1976, p. 253, and S. Rosenne, "The Influence of Judaism on International Law", *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1958, p. 119.

〔54〕 参见：Nussbaum, *Law of Nations*, p. 3.

在远东，从基督诞生以前的印度[55]和中国[56]文明中演变发展出来的文化和标准，在历经严重忽视之后，现在得到较多的研究。许多印度规则表现了发扬光大的道德和慷慨意识，中国的帝王提出了很多关于帝国的各组成部分之间的和谐关系的思想。为了保护无辜平民曾制定过控制暴力和控制各派系行为的规则，在对统治阶级的教育当中也曾灌输道德价值观念。在中国统治的时代，实行着一种地区的朝贡国家体制，虽然在微弱状态时有些间断，但是作为一种文化这种朝贡制度持续了几个世纪。

但是，古代文明占主导的做法受到文化和地理上的限制。在确定的框架内共存的由 16
国家构成的国际社会的概念是不存在的。国家间的“国际法”的规模极为有限。所能指出的只是存在某些理想，例如条约的神圣，直到当今仍然是社会的重要因素。但是具有世界秩序理想的普世社会的概念并不显见。

必须指出，对于欧洲思想的发展意义重大的时代是从公元前6世纪以及往后大约两百年的古希腊时代。那个时代欧洲思想的批判性和理性、对人和自然的不断探索和分析以及善于争论和辩论均被吸纳希腊文化的罗马帝国传遍整个欧洲和地中海世界，并通过文艺复兴渗透了西方意识。但是希腊意识局限于城邦国家和殖民地之间的竞争。其他不同本源的实体被视为野蛮，不值得与其交往。

希腊在国际法研究中的价值部分地在于其对人类进行的哲学、科学和政治的分析，

---

〔55〕 同上，另参见：C. H. Alexandrowicz, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies*, Leiden, 1967, and Alexandrowicz, "The Afro-Asian World and the Law of Nations (Historical Aspects), 123 HR, 1967, p. 117, L. Chatterjee, *International Law and Inter-State Relations in Acient India*", 1958; Nagendra Singh, "The Distinguishing Characteristics of the Concept of the Law of Nations as it Developed in Ancient India", *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (eds. A. Bos and I. Brownlie), Oxford, 1987, p. 91; R. P. Anand, *International Law and the Developing Countries*, The Hague, 1987; *International Law and Practice in Ancient India* (ed. H. S. Bhatia), New Delhi, 1977; Nagendra Singh, *India and International Law*, New Delhi, 1969, and P. Bandyopadhyay, *International Law and Custom in Ancient India*, 1982.

〔56〕 Nussbaum, *Law ofNations*, p. 4; Liu Tchoan Pas, *Le Droit des Gens et de la ChineAntique*, Paris, 2 vols., 1926; P. Gong, *The Standard of Civilisation in International Society*, 1984, pp. 130—63; pp. 164—200 关于日本；pp. 201—37 关于暹罗(泰国)；I. C. Y. Hsu, *China's Entrance into the Family of Nations*, Harvard, 1960; K. Iriye, "The Principles of International Law in the Light of Confucian Doctrine", 120 HR, 1967, p. 1; and Wang Tieya, "International Law in China", 221 HR, 1990 II, p. 195. 另参见：C. F. Amerasinghe, "South Asian Antecedents of International Law" *in International Law-Theory and Practice* (ed. K. Wellens), The Hague, 1998, p. 3, and E. Y.-J. Lee, "Early Development of Modern International Law in East Asia-With Special Reference to China, Japan and Korea", 4 *Journal of the History of International Law*, 2002, p. 42.

部分地在于希腊世界内部营造的、良好的相互关系。[57] 许多条约将城邦国家联系在一起,形成商业和政治交往的网络,相互赋予对方领土范围内的公民以权利,发展了关于外交使节神圣和受保护的规则。宣战前必须按照某些惯例行事,例如,战争的恐怖通过实行建立避难所的宗教习惯而得到某种缓解。但是,没有演变成与从犹太教和印度教(特别是从后者)发源的思想相类似的总体道德学说。尽管在整个地中海地区发展了希腊殖民地,但从希腊的意识形态中找不到任何世界社会意识的踪迹。这种意识的产生要指望罗马帝国有才干的管理者了。[58]

17 罗马人在组织和法律上深受尊重。[59] 法律将他们的帝国编织在一起,并成为辽阔国土上每一个居民的重要参考本源。早期罗马法(市民法,the *jus civile*)只适用于罗马公民。它非常形式化并很严格,反映了根植于那块土壤上的没有经验的小社会状态。

市民法根本不能为正在扩大和发展中的民族提供一个适当的基础。万民法(the *jus gentium*)的产生和逐渐发展满足了这一需求。万民法为调整外国人之间以及外国人与公民之间的关系提供了简化的规则。使这一特殊制度得以演变的工具是被人们称为外事裁判官的官员,其职能是监视帝国内所有的法律关系,包括官场和商业中的问题。

进步的万民法规则逐渐取代了狭隘的市民法,直到后者不复存在。因此,万民法成为罗马帝国的普通法并被视为可以普遍适用的法律。

就是这种包罗万象的因素使罗马与希腊的经验之间有了明显的区分,但是由于当然不可能在平等的基础上接受其他民族,万民法依然是罗马帝国的"国内法"。

罗马人吸收了希腊最有影响的一种观念——自然法思想。[60] 自然法的思想是公元前3世纪斯多葛派哲学家阐述的。他们的理论是,自然法构成具有普遍适用性的规则的总体。这些规则有合理性和逻辑性,由于"自然法"的思想和规则根植于人类的智慧,因此不能局限于任何民族或群体,而应具有世界性。这一普遍性因素是现代国际法学说的基础。斯多葛派将人的逻辑推理能力推向了"发现"法律的最高点,这预示着西方的合理哲学。自然法是法律理论的基本概念。此外,自然法对于理解国际法也是非常重要

---

〔57〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 5—9, and and A. Lanni, "The Laws of War in Ancient Greece", *Harvard Law School Public Law Research Paper No. 07—24*, 2007. 另参见: G. Ténékidès, "Droit International et Communyautès Fédérales dans la Grèce des Cités", 90 HR, 1956, p. 469, and *Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, pp. 154—6.

〔58〕 Bernhardt, *Encyclopedia*, pp. 136—9, and Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 10—16.

〔59〕 参见,例如:A, Jolowicz, *Historical Introduction to Roman Law*, 3rd edn, London, 1972. 另参见: A. Watson, *International Law in Archaic Rome*, Baltimore, 1993.

〔60〕 参见,例如: Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, pp. 79—169.

的,同时还是当代人们对人权关注的必不可少的先驱思想。

某些罗马哲学家将希腊的自然法溶入到他们自己的法律理论中,通常作为万民法的最终的证据。万民法被认为是对所有文明国家的普遍合理原则的尊崇。 18

但是,自然法被认为具有高于并优于万民法的地位。这导致了这两种思想之间很大混淆,不同的罗马法学家对它们的特性和特征得出不同的结论。然而,需要注意的是,重要的因素是法律的普遍性和法律规则的理性起源理论,这些法律规则,至少在理论上不是建立在优势武力而是优势理性之上。

罗马法的经典规则被收集在《民法大全》(*Corpus Juris Civilis*)中,这是公元534年由一系列拜占庭哲学家编纂的法律资料汇编。[61] 罗马帝国崩溃之后,在中世纪早期的黑暗时代开始逐渐消失时,这种汇编是无价的,因为这些已经准备好了的、发达的法律正在等待着移交给觉醒着的欧洲。

在这一阶段,必须提及伊斯兰的发展。[62] 伊斯兰关于国际关系和国际法的理论前提是,在伊斯兰与非穆斯林世界之间存在敌对状态,穆斯林国家之间存在的统一概念,即存在伊斯兰社会(Dar al-Islam)。一般来讲,战争的人道规则得到发展。尽管比穆斯林的地位低,"书中的人民"(犹太人和基督徒)受到比不信神的人更好的待遇。征服时期结束并且权利得到巩固之后,调整与非穆斯林国家行为的规则开始得到发展。关于外交官的法律以好客与安全(*aman*)的观念为基础,调整国际协议的规则产生于信守诺言的概念。[63] 19

---

〔61〕 关于拜占庭,一般参见 M. De Taube, "L" Apport de Byzance au Developpement du Droit International Occidental', 67 HR, 1939, p.233, and S. Verosta, "International Law in Europe and Western Asia between 100—650 AD", 113 HR, 1964, p.489.

〔62〕 参见,例如:M. Al Ghunaimi, *The Muslim Conception of International Law and the Western Approach*, The Hague, 1968; A. Draz, "Le Droit International Public et l'Islam", *5 Revue Egyptienne de Droit International*, p.17; C. Stumpf, "Christian and Islamic Traditions of Public International Law", 7 *Journal of the History of International Law*, 2005, p.69; H. Khadduri, "Islam and the Modern Law of Nations", 50 AJIL, 1956, p.358, and Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 2nd edn, Baltimore, 1962, and S Mahmassani, "The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine", 117 HR, 1966, p.205. 另参见:"L" Asile et les Refugiés dans la Tradition Musulmane', Report of the Sixty-Ninth Conference, International Law Association, London, 2000, p.305, and Y. BenAchour Yadh, "La Civilisation Islamique et le Droit International", RGDIP, 2006, p.19.

〔63〕 参见:*Encyclopedia*, pp.141—2, and Nussbaum, *Law of Nations*, pp.51—4.

中世纪与文艺复兴

有组织的教会当局以及它所掌控的全面的权力结构是中世纪的特征。[64] 整个欧洲只有一个宗教,无论是部落还是区域的亲缘关系,教会法对一切都是适用的。这一时期的大部分时间里,在宗教当局与神圣罗马帝国的统治者之间存在着斗争。

这些冲突以教皇的胜利而告终,然而,事实证明对世俗主义的胜利是相对短暂的。宗教与罗马帝国产生的共同合法性有着强大的统一影响力,而政治和宗教的对抗则没有这种力量。但是,社会变革是创设公认的国际法体系的基本条件。

在这一时期特别重要的是神圣罗马帝国的权威以及教会法的超国家性。[65] 不过,商法和海商法飞速发展。英国法律建立了商法(*Law Merchant*),这部涉及外国商人规则的法典被宣布具有普遍的适用性。[66]

欧洲到处都建立起解决各种交易中发生的商人之间争端的商业法院。虽然不能说出现了大陆商法,但是共同的规定和实践的框架为整个欧洲商业结构开辟了道路,这也是国际贸易法的萌芽。[67]

类似地,海商习惯法开始在整个欧洲大陆得到承认。在大西洋和地中海沿岸的海洋大国流传着以《罗得海法》(Rhodian Sea Law)为基础的一部拜占庭著作(其中的许多规则神圣地记载在 12 世纪的《奥莱隆惯例集》(Rolls of Oleron)和其他海商法教科书中),
20 即一系列普遍适用的与海洋相关的习惯。[68]

这些商业和海商法典,虽然在这个发展阶段仅仅是国家法律体系的表述,但却是国际法的前驱,因为它们是以跨国合同为背景创设并发展的,反映了对可以涵盖国际情势的规则的需求。

这些从中世纪初期发展起来的规则形成国际法的种子,但是在它们开花结果之前,欧洲思想率先通过被称为文艺复的知识爆炸而得到发展。

这种复杂的思想改变了欧洲社会的面貌,预示着科学、人文和个人主义思想的现代

---

〔64〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 17—23, and *Encyclopedia*, pp. 143—9.

〔65〕 应特别注意教会对调整战争的规则和协议的拘束性质带来的影响,参见:Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 17—18, and *Encyclopedia*, pp. 146—7. 另参见: M. Keen, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, London, 1965.

〔66〕 参见:G. Holdsworth, *A History of English Law*, London, 1924, vol. 5, pp. 60—3.

〔67〕 同上, pp. 63—129.

〔68〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 29—31. 还应注意 14 世纪中叶编纂的《海事法》(the Consolato del Mare)的影响以及《维斯比海洋法典》(the Maritime Code of Wisby (*c.* 1407))和后来的汉萨同盟(the Hanseatic League)。

纪元的到来。[69]

以君士坦丁堡为核心的拜占庭帝国瓦解之后，土耳其军队于 1453 年迫使许多希腊学者到意大利寻找庇护所并使西欧的文化生活更加活跃。15 世纪油画的引进提供了传播知识的手段。封建主义随着经济的发展和商人阶级的兴起而衰败，这为形成新的探索态度奠定了基础。

欧洲日益膨胀的自信可以从他们不断地在海外掠夺财富和奢侈品的行为中略见一斑。到 15 世纪末，已经把阿拉伯人从伊比利亚半岛挤走，并已影响到美洲。

民族国家的崛起，特别是英国、法国和西班牙，它们的崛起是以创造具有确定领土的独立单位的过程为特征的，无论在理论还是事实上都是如此。这个过程导致主权实体之间更高程度的相互作用。因此需要以一般接受的方式调整这些活动。正如马基雅维利(Machiavelli)在其《君主论》(*The Prince*)(1513 年)一书中所阐释的那样，对政治权力和最高权威的谋求变得公开并得到承认。

意大利的城市国家为至高无上的权力而斗争，教皇也成为一种世俗的权力。从这些忙乱的斗争中衍生了许多现代国际生活的主要内容：外交、政客、势力均衡理论和国家共同体的思想。[70]

这些观念立即得到高度评价，人们可以用各种不同的方法谋求政治的最高权威。联盟、背叛和国家机构的控制以及对权力的追求，对这些我们均不陌生。我们认识我们的社会根基。

21

标志着人们所理解的国际法的开端的是由独立、主权的(或许是竞争的)国家组成的国际共同体概念的演变。文艺复兴传承了独立、批判的思想和人文、世俗的生活方式的必要前提以及未来的政治框架。不过，对于后来国际法的发展至关重要的是后一种因素。宗教改革和随之而来的欧洲宗教战争强调了这一点，国家不断发展的权力也强调了这一点。这些战争用许多方式标志着以宗教为基础的大陆体系的衰落以及建立在国家最高权威基础上的大陆体系的诞生。

在所有这些国家里都可以觉察到对人际关系和国家之间关系新概念的需要。正如已经暗示过的那样，教会的衰落和可能被称为“自由思想”的兴起促使人们寻求这种新概念。国际法的理论自然深深地卷入了这种政治生活的重新评价之中，受到重新发掘希腊罗马思想的严重影响。文艺复兴推动了希腊研究的再生，特别是自然法思想成为流行的思想。

---

〔69〕　参见，例如：Friedmann, *Changing Structure*, pp. 114—16.

〔70〕　参见，例如：G. Mattingley, *Renaissance Diplomacy*, London, 1955.

一种不同的加强国际关系基础的价值体系就这样建立起来了,也宣告了作为普遍自然法一部分的万国法的即将诞生。随着现代国家的产生和国际关系的加强,出现了主权学说。让·博丹(Jean Bodin)在其 1576 年的《国家论六卷》(*Six Livres de la République*)中首次系统地分析了主权的概念。这个概念试图解决现代国家内权力的结构问题。博丹的研究以其对欧洲政治的观察为基础,而不是依赖关于绝对原则的理论探讨。他强调在国家内主权者必须有制定法律权力。虽然这种主权者不能受他自己制定的法律的拘束,但是他要服从上帝的法和自然法。[71]

主权者作为最高立法者的思想随着时间的推移转变成为允许国家在针对其他国家
22 时享有最高权力的原则。国家被认为高于法律。这些观念形成了人们所熟知的实证主义思想路线的智力基础,关于实证主义,本书将在后面讨论。[72]

早期国际法理论与自然法思想有着很深的联系,并将其作为他们的哲学基础。在构建其理论的复杂的自然法原则中,包括了在圣·托马斯·阿奎纳(St Thomas Aquinas)的哲学中发生的基督和自然法思想的结合。[73] 阿奎纳认为自然法是上帝法的一部分,是理性的造物者分享永恒法的结果。自然法补充了永恒法中被神的光环所普照的那部分。阿奎那宣称,理性是人的本性,因此理性必须根据神的意志涉及生活的秩序。自然法是道德行为以及社会和政治机构的源泉,它产生一种有条件地接受权力的理论,不能接受非正义的法律。13 世纪后期阿奎纳的思想可以视为理解当代天主教观念的基础,但不能与后来为强调自然权利而对自然法所作的解释相混淆。

正是在这样的知识背景下,文艺复兴的学者触及到国际法体系的基础和依据问题。英国的历史法学家梅因(Maine)写道,现代国际法的诞生是自然法最大的功能。尽管这是有争议的,但这一点必须提到。[74] 虽然国际法是从自然法原则中派生而来,但是在其自身内部,人们开始将国际法作为单独的话题来研究。

---

〔71〕 参见:A. Gardot, "Jean Bodin-Sa Place Parmi les Fondateurs du Droit International", 50 HR, 1934, p. 549. 关于中世纪的主权和缔约权的讨论,另参见:T. Meron, "The Authority to Make Treaties in the Late Middle Ages", 89 AJIL, 1995, p. 1.

〔72〕 参见下文,第 49 页。

〔73〕 *Summa Theologia*, English edn, 1927.

〔74〕 H. Maine, *Ancient Law*, London, 1861, pp. 56 and 64—6.

现代国际法的奠基人

国际法新学说的精髓可以追溯到西班牙黄金时代的西班牙哲学家们。[75] 该学说的主要代表人物是萨拉芒卡大学神学教授弗朗西斯哥·维多利亚(Francisco Vitoria)(1480—1546)。他的演讲被其学生们收集起来,并在他去世后出版。他对西班牙征服南美印第安人表明了在他那个时代极其进步的态度,与当时流行的观点大相径庭。他认 23
为,印第安人应被视为具有其自己正当利益的民族。只有在有正当的理由时对他们进行的战争才是合法的。国际法赖以建立的基础是普遍的自然法,这就意味着非欧洲人应该被包括在其适用范围内。但是,维多利亚绝对没有提出承认印第安民族是与欧洲基督教国家平等的民族。在他看来,反对传教士在该领土上的工作就是战争的正当理由,他对于西班牙人在南美洲的权利采取了相当粗放的态度。维多利亚不是自由主义者,他的确代表西班牙的宗教裁判所行事,但是他的演讲确实标志着向正确方向迈进的一步。[76]

苏亚利兹(Suárez)(1548—1617)是一名深深地沉浸于中世纪文化的耶稣会会士和神学教授。他指出,国际法的义务性质建立在自然法的基础上,国际法的实质源于履行已签订的协议之自然法规则。[77]

阿尔贝利克·贞提利(Alberico Gentili)(1552—1608)的背景完全不同,但至少也具有同样的影响力。他出生在意大利北部,为了免遭迫害逃到英国,并转信新教。他的著作《战争法》(*De Jure Belli*)于 1598 年出版。[78] 该著作是对战争法的全面探讨并包含关于条约法的颇有价值的一节。贞提利成为牛津大学教授,被人们称为国际法世俗思想学派的创始人。他使国际法中重要的神学论题减到最少。

然而,荷兰学者雨果·格老秀斯(Hugo Grotius)是这一时期的塔尖人物,并略有夸张地被称赞为"国际法之父"。他出生于 1583 年,是顶级的文艺复兴人。他是一名知识渊

---

〔75〕 应注意贝尔瑟(Preiser)的观点:"直到 17 世纪中叶,几乎任何一个重要的国际法问题,都是主要在西班牙与哈布斯堡同盟国家之间的问题":*Encyclopedia*, p. 150. 另参见:Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 79—93.

〔76〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 79—84, and *Encyclopedia*, pp. 151—2. 另参见:F. Vitoria, *De Indis et de Jure Belli Relectiones*, Classics of International Law, Washington, DC, 1917, and J. B. Scott, *The Spanish Origin of International Law*, *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Washington, DC, 1934.

〔77〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 84—91. 另参见:同上, pp. 92—3 关于阿雅拉(Ayala,1548—84 年)的著作。

〔78〕 同上, pp. 94—101. 另参见:A. Van der Molen, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, 2nd edn, London, 1968.

24 博的学者,掌握了历史、神学和法律。[79] 他的主要著作是在 1623 年至 1624 年间撰写的《战争与和平法》(*De Jure Belli ac Pacis*)。这是一部内容丰富的著作,包括了当今看来显得有点不恰当的许多私法概念。他提及维多利亚和贞提利,后者在许多问题上,特别是在资料的组织上对他有特殊的影响力。

格老秀斯最终将神学从国际法中删除,并强调神法的任何部分在这种研究中均没有关联性。他指出,即使没有上帝,自然法也是有效的:虽然恰当地披着宗教声明的外衣,但却是极为大胆的陈述。自然法现在变得完全建立在理性的基础上。由于正义是人的社会包装的一部分,因此正义不仅是有用而且非常重要。格老秀斯构建了国际法的全面体系,他的著作迅速成为大学的教科书。然而,在许多领域他遵循了通常的路径。他保留了神学上的正义与非正义战争的区分,这种观念迅速地从国际法著作中消失。不过,在现代关于侵略、自卫和解放的学说中以某种形式暗含着这样的观念。

他在关于海洋自由的声明中表达了他的影响最持久的一种观点。荷兰学者反对葡萄牙人的"闭海"概念,此概念后来被英国学者约翰·塞尔登(John Selden)[80] 进一步阐释。相反,荷兰学者强调国家不能自己占有公海的原则。公海属于所有人。当然,必须插一句,这种理论恰好与荷兰流行的关于自由贸易的思想以及扩张商业帝国的需要相吻合。

但是,这仅仅指出了不得忽略的东西,即与政治以及其他领域概念相同的法律概念牢固地扎根于世界现实之中,反映当时的当务之急。任何理论都不是在真空中发展出来的,而是在特定文化和社会环境中构想并完成的。忽略这一点就是对理论本身的歪曲。

实证主义和自然主义

格老秀斯之后,可以觉察到发生了分裂,分出了两个不同的学派,但绝不是背离先前

25 学者的思想。一方面是自然法学派,例如,萨缪尔·普芬道夫(Samuel Pufendorf)(1632—1694)[81] 试图将国际法完全等同于自然法;另一方面是"实证主义"的支持者,他们把国际法与自然法相区别,强调实际问题以及当前的国家实践。普芬道夫将自然法视为一种道德体系,他否定关于习惯的规则的有效性从而误解了现代国际法的方向。他还拒绝承认条约与国际法基础的讨论有任何联系。其他"自然主义者"对这种观点的反

---

〔79〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 102—14. 另参见: W. S. M. Knight, *The Life and Works of Hugo Grotius*, London, 1925, and "Commemoration of the Fourth Century of the Birth of Grotius" (various articles), 182 HR, 1984, pp. 371—470.

〔80〕 In *Mare Clausum Sive de Dominio Maris*, 1635.

〔81〕 *On the Law of Nature and of Nations*, 1672. 另参见: Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 147—50.

应是贬低或忽视国家的实际实践。他们喜欢对绝对价值作出理论上的解释。然而这些价值似乎慢慢地从复杂的政治现实中飘散而去。

实证主义的主要开创者之一理查德·苏支(Richard Zouche)(1590-1660)是与普芬道夫同时代的人,但他生活在英国。[82] 除了完全摒弃自然法外,他对传统学说不屑一顾。他所关注的是具体情势,他的书包含许多晚近发生的事例。他抬高平时法的地位,使其高于战争法,并回避对理论的讲解。

宾刻舒克(Bynkershoek)(1673—1743)用类似的方式强调现代实践的重要性,并基本无视自然法。他对发展战时中立国的权利和义务理论作出巨大贡献。经过对相关事实作出认真研究后,他决定支持海洋自由。[83]

与许多现代思想一样,实证主义理论来源于文艺复兴时期采取的经验的方法。实证主义关心的不是建立在从绝对原则中推演的理论大厦,而是观察已经发生的事件并讨论已经产生的问题。洛克(Locke)和休谟(Hume)创立的经验主义否认先天原则的存在,认为思想来源于经验。试验的科学方法和验证假说均强调这种方法。

从这种哲学态度来看,用相互对抗的国家之间实际发生的情况而不是用从理性推演出来的概念来重新解释国际法,这是向前迈进了一小步。国家实际所做的才是关键,而 26
不是国家按照自然法的现成基本规则所应该做的。国家承认的协议和习惯是万国法的根本。

随着 1648 年威斯特伐利亚和会之后现代民族国家体系从宗教战争[84] 中的出现,实证主义发展起来。与此同时产生的还有由博丹和霍布斯(Hobbes)[85] 提出的主权理论[86],他们的理论构成主权者最高权力的基础并导致国家主权概念的产生。

实证主义和自然主义在瑞士法学家瓦泰尔(Vattel)(1714—1767)的书中均有展现。他的《万国法》(*Droit des Gens*)一书以自然法原则为基础,不过他是以实践定向的。他将国家平等学说引入国际法,宣布就像侏儒与巨人都是人一样,小公国的主权并不比最强大的王国少。通过区分信仰的法律和行动的法律并指出后者具有实际意义,他将自然法

---

〔82〕 Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 165—7.

〔83〕 同上, pp. 167—72。

〔84〕 参见:Friedmann, *Legal Theory*, pp. 253—5.

〔85〕 参见: L. Gross, "The Peace of Westphalia 1648—1948", 42 AJIL, 1948, p. 20; *Renegotiating Westphalia* (eds. C. Harding and C. L. Lim), The Hague, 1999, especially chapter 1, and S. Beaulac, "The Westphalian Legal Orthodoxy-Myth or Reality?", 2 *Journal of the History of International Law*, 2000, p. 148.

〔86〕 *Leviathan*, 1651.

的重要性减到最小。[87]

具有讽刺意味的是，实证主义思想似乎同时推翻了自然法的哲学基础并将该理论存入历史，它披着现代的外衣再次出现，以便为未来做好充分准备。自然法被自然权利的概念所取代。[88]

这是个人主义关于政治优势的主张。社会契约的思想强调个人的核心作用，即个人之间的协议先于市民社会并使其合法化。无论将这种理论悲观地解释为需要霍布斯宣布的绝对主权，还是乐观地理解为洛克认为的对权力有条件的接受，无论如何它都是革
27 命性的理论。人的权利构成了美国[89]和法国革命的核心和现代民主社会的根本。

然而，另一方面，自然法学说被用来维护绝对主权以及私人财产的神圣性。该理论具有反动的一面，因为可以争辩说，既然是从社会契约演变而来的或是神注定的，它就是应该的，这取决于人们如何将自然法作出世俗的解释。

19 世纪

18 世纪是理智的思想和理性哲学的动荡时期，这促进了国际法学说的演变。相反，19 世纪是实践的、扩张主义和实证主义的时期。在标志着拿破仑战争结束的维也纳大会上，庄严地提出了在欧洲势力均衡的基础上建立国际新秩序的主张。国际法成为以欧洲为中心的、维护文明的、基督教国家的法律，海外和外国民族要进入必须得到西方国家的同意并遵循西方国家规定的条件。自相矛盾的是，国际法在通过欧洲帝国的扩张变成地理上国际化法律的同时，在概念上变得不那么具有普遍性，反而在理论和实践上变得更加反映欧洲的价值。[90] 普世主义与特殊性主义的关系这一命题时常在国际法中出现。19 世纪还经历了拉丁美洲国家的独立和该区域内的国家形成一些与某些国际法要素相关的颇具特色的做法，例如，关于外交庇护和外国企业与外国国民的待遇问题，这是

---

〔87〕 参见：Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 156—64. 另参见：N. Onuf, "*Civitas Maxima*: *Wolff*, *Vattel and the Fate of Republicanism*", 88 AJIL, 1994, p. 280.

〔88〕 参见，例如：J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, and R. Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge, 1979.

〔89〕 参见，例如：N. Onuf and O. Onuf, *Federal Unions*, *Modern World*, Madison, 1994。

〔90〕 参见：Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 186—250, 以及例如：C. H. Alexandrowicz, *The European-African Confrontation*, Leiden, 1973. 另参见：B. Bowden, "The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilisation", 7 *Journal of the History of International Law*, 2005, p. 1, and C. Sylvest, "International Law in Nineteenth-Century Britain", 75 BYIL, 2004, p. 9.

个特别的例子。[91]

19 世纪还有许多标志性特征。作为法国革命与法兰西帝国战争的结果,民主与民族主义传遍整个欧洲大陆并从根本上改变了国际关系。[92] 外交政策不再只关注贵族精 28
英阶层,其特征既具有民族主义积极的一面,也具有其消极的一面。自决开始威胁中欧和东欧的多民族帝国,同时民族主义由于德国与意大利的统一而达到了顶峰,并开始展现诸如扩张主义和种族优越性等学说的特征。民主对个人产生政治影响并使个人在政府中有了说话的机会。民主还使责任真正成为现实,因为战争成为人人关注的问题。整个欧洲大陆引入了征兵机制,大规模国家军队取代了小型的专业部队。[93] 工业革命使欧洲成为机械化的欧洲,创造了资本和劳工的经济二分法,并将西方的影响扩展到整个世界。所有这些因素造成公共和私人国际机构的数量和种类的急剧增加,为了顺应这种增长,国际法发展迅速。[94] 从实际需要出发,为了发展贸易和通讯必须进行更多的国际合作。1815 年,《维也纳会议最后文件》确立了国际水道自由航行原则,并建立了规范莱茵河利用的莱茵河中央委员会。1856 年,建立了一个多瑙河委员会。欧洲的一些其他河流也成为国际协议和安排的主题。1865 年,国际电信联盟成立。1874 年建立了万国邮政联盟。[95]

迅速增多的欧洲会议对于发展调整战争的规则作出了贡献。1863 年建立的红十字国际委员会促使从 1864 年开始签订一系列关于冲突"人道化"的日内瓦公约。1899 年和 1907 年的海牙会议建立了常设仲裁法院,并处理战俘待遇和战争控制的问题。[96] 许多其他会议、公约和大会强调拓展国际法规则和国际关系的密集网络。此外,高等教育中的国际法学术研究已经发展到指派国际法教授的程度,并出现了强调国家实践的专门的教科书。 29

实证主义理论在 19 世纪占了上风。国家权力的扩散以及国内立法的不断成熟增强了下述这种思想,即法律基本上是由主权者或主权机关发布的命令。任何伦理或道德问

---

[91] 分别参见下文,第 3 和第 4 章。另参见:H. Gros Espiell, "La Doctrine du Droit International en Amérique Latine avant la Première Conférence Panaméricaine", *3 Journal of the History of International Law*, 2001, p. 1.

[92] 特别参见 A. Cobban, *The Nation State and National Self-Determination*, London, 1969.

[93] G. Best, *Humanity in Warfare*, London, 1980; Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994, and S. Bailey, *Prohibitions and Restraints in War*, Oxford, 1972.

[94] 参见,例如: *Bowett's Law of International Institutions, and The Evolution of International Organisations* (ed. E. Luard), Oxford, 1966.

[95] 参见下文,第 23 章。

[96] 参见下文,第 21 章。

题均与人定法律的讨论无关。这种方法被借鉴到国际层面并随即面对缺乏最高权威的现实。

既然法律最终依赖国内体系的主权者的意志,这似乎意味着国际法就应依赖各主权国家的意志。

隐含在其中的是下面的困惑:国家内的最高立法者是国家本身,因此实证主义不得不接受国家形而上学的特性。国家有自己的生命和意志,并因此能够主导国际法。这种对国家抽象本性的强调并没有出现在所有实证主义的理论中,而且这种强调是后来的发展。[97]

首先分析并提出国家意志学说的是德国思想家黑格尔(Hegel)。个人服从国家,因为后者神圣地保有所有公民的"意志"并演变成一种更高的意志,对外,国家是主权的和最高的权力。[98] 这种哲学为20世纪带来令人不安的结果,并引起19世纪处于休眠状态的自然法的复兴。

国际协议、习惯和规定的发展促使实证主义理论家应付国际法与国家的关系问题,结果产生了两种学说。

一元论者认为,有一个基本原则既是国内法的基础也是国际法的基础。该原则有各种不同的假定:"权利"或社会连带或约定必须遵守规则(pacta sunt servanda)。二元论者在数量上更多些,并且更遵循真正的实证主义思路,他们强调同意的要素。

对另一个德国理论家特利佩尔(Triepel)来说,国际法与国内法(或内国法)存在于不同的层面,前者调整国际关系,后者调整个人与个人和国家之间的关系。国际法以国
30 家之间的协议为基础(依据特利佩尔,这些协议包括条约和习惯),由于国际法是由国家的"共同意志"制定的,因此不能单方面进行修改。[99]

这导致一种悖论。这种共同意志对单个的国家有拘束力吗?如果有,为什么?结论似乎是这样的,主权国家的意志可以产生一种该意志不能控制的规则。因此,国家的意志不是最高的,而是低于各国意志所产生的合意。特利佩尔没有讨论这些问题,而是把它们留给具体的法律事项,视情况而定。由于实证主义理论认为法律的精髓高于法律的规定,因此他们的确削弱了其实证主义的观点。19世纪有大量的国际法著作问世,它们

---

〔97〕 参见下文,第2章。

〔98〕 参见,例如:S. Avineri, *Hegel's Theory of the Modern State*, London, 1972, and Friedmann, *Legal Theory*, pp. 164—76.

〔99〕 Friedmann *Legal Theory*, pp. 576—7. 另参见下文,第4章。

强调国家实践以及国家的表现对于发展国际法规则的重要性。[100]

20 世纪

第一次世界大战标志着一个动态并乐观世纪的结束。欧洲帝国统治了世界,欧洲的意识形态高于一切,但是 1914—1918 年的大战动摇了欧洲文明的根基。自信(可能是慢速地)消失了,思想大厦摇摇欲坠,普遍公认的进步假说越来越受到质疑。自我反省成了家常便饭,法律和艺术都对此有所反映。

从国际关系的观点看,1919 年和平条约最重要的贡献是创造了国际联盟。[101] 陈旧的无政府主义的体系失败了。人们认为,维护和保障和平的新机构是必要的。国联由大会和执行行政院组成,但是从一开始就因为在其存续的大部分期间内没有美国和苏联的参与而被削弱,从而基本成为欧洲的组织。

除了在维持国际秩序方面的某些微小成绩外,国联没有能够对付顽固的侵略者。日本 1931 年侵略中国并在两年以后退出国联。意大利攻击埃塞俄比亚,德国开始了一系列不受阻碍的欧洲内外的侵略。苏联在侵略芬兰之后最后于 1939 年被该组织开除。 31

然而,国联在其存在的短暂期间内做了许多有用的基础工作,这对后来巩固联合国是有帮助的。[102]

常设国际法院于 1921 年在海牙建立,并于 1946 年被国际法院所取代。[103] 第一次世界大战结束后不久建立了国际劳工组织,并一直存在至今。许多其他国际组织在这一时期建立或增强了其工作。

在两次战争之间首次出现的其他国际法思想包括委任统治制度。在该制度下,战败国的殖民地由协约国为其居民的利益加以管理,而不是将他们兼并。该制度试图提供一种由国联保障的少数者保护的形式。国联创造的这种保护形式并未取得很大的胜利,然而它为后来关注人权的保障开辟了道路。[104]

第二次世界大战对人类造成了心灵的创伤,之后国联于 1946 年被联合国所取代,联

---

〔100〕 参见,例如:H. Wheaton, *Elements of International Law*, New York, 1836; W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, Oxford, 1880; Von Martens, *Voekerrecht*, Berlin, 2 vols., 1883—6; Pradier-Fodéré, *Traité de Droit International Public*, Paris, 8 vols., 1855—1906; and Fiore, *Il Diritto Internazionale Codificato e la Sua Sanzione Giuridica*, 1890.

〔101〕 参见: Nussbaum, *Law of Nations*, pp. 251—90,以及下文,第 22 章。

〔102〕 另参见: G. Scott, *The Rise and Fall of the League of Nations*, London, 1973.

〔103〕 参见下文,第 19 章。

〔104〕 参见下文,第 6 章。

合国试图弥补其前身的许多不足。联合国总部设在纽约,这反映出权力从欧洲转移的现实,联合国决定成为一个真正的普遍性组织。非殖民化的到来实现了这一期望,联合国大会目前有 192 个成员国。[105]

在 19 世纪首先出现的许多重要倾向依然持续至今。国际协议和习惯的大量增加、仲裁制度的加强以及国际组织的发展为当今的国际法奠定了基础。

共产主义的国际法理论

经典马克思主义理论把法律和政治描述为统治阶级维护其对社会进行统治的工具。
32 经济生活的精髓是生产资料所有制,所有的权力均来源于这种控制。劳资关系是对立的,它们之间的对抗性最终将导致革命,革命将产生一个新的没有剥削的社会。[106] 民族国家受资产阶级的统治并必将在重组过程中消亡。的确,这种理论认为,法律与国家将随着社会的某种新的基础的建立而消亡[107],由于传统国际法建立在国家的基础上,因此它也将消失。

然而,权力的现实以及苏联在资本主义国家的包围之下而存在导致了这种学说被修订。由国家组成的国际体系转变为社会主义秩序不是一朝一夕的事,因此过渡期是不可避免的。但是,久经磨炼之后人们看到了基本变革。

例如,童金(Tunkin)教授强调俄国十月革命创造了一系列新的国际法律思想。这些思想基本上可以分为三个相互联系的种类:(甲) 社会主义国家之间的社会主义的国际主义原则;(乙) 主要是反对殖民主义的民族和人民平等和自决原则;(丙) 旨在调整不同社会制度国家之间关系的和平共处原则。[108]

本节将简单分析这些概念,不过有必要先做一下历史回顾。

在革命刚刚结束不久,曾有过这样的假定,即过渡时期已经开始了。其间,国际法作为剥削的方法必将遭到社会主义国家的批判,但仍然将其视为有效的制度。苏联的两个

---

[105] 在 2006 年 6 月 28 日接受黑山之后。在 2011 年 7 月 14 日接受南苏丹共和国之后,联大目前有 193 个成员国。

[106] 参见: Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, chapter 10, and Friedmann, *Legal Theory*, chapter 29.

[107] Engels, *Anti-Duhring*, quoted in Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, pp. 773—4.

[108] *Theory of International Law*, London, 1974, p. 4, and *International Law* (ed. G. I. Tunkin), Moscow, 1986, chapter 3. 另参见:B. S. Chimni, *International Law and World Order*, New Delhi, 1993, chapter 5; K. Grzybowski, *Soviet Public International Law*, Leiden, 1970, 特别是第一章,以及一般性参见:H. Baade, The *Soviet Impact on International Law*, Leiden, 1964, and Friedmann, *Legal Theory*, pp. 327—40. 另参见: R. St. J. Macdonald, "*Rummaging in the Ruins, Soviet International Law and Policy in the Early Years: Is Anything Left?*" in Wellens, *International Law*, p. 61.

理论家,科洛文(Karovin)和帕什科尼斯(Pashukanis)在这一时期有着突出的影响力。过渡时期需要妥协,也就是说,在革命取得全面胜利之前,需要进行某种形式的经济和技术合作,因为这些是国际社会秩序存在的基础。[109] 帕什科尼斯的观点是,国际法是阶级之 33
间的法,在社会主义制度胜利之前,两个对立的阶级体系将寻求迁就与融合。社会主义和苏联仍然可以利用由资本主义制度发展起来并反映这种制度的法律机构。[110] 然而,随着斯大林主义以及"一个国家中的社会主义"号召的提出,他们的立场变得强硬了起来。帕什科尼斯改变了他的路线并放弃了原来的立场。国际法不是与资本主义国家之间的一种暂时妥协形式,而是进行阶级斗争的工具。苏联仅受与苏联的目的相符合的国际法规则的拘束。[111]

20 世纪 30 年代末的新理论在政治上得到反映的是俄罗斯成功加入国联及其追求西方国家的政策,在法律上的表现是维辛斯基(Vyshinsky)的思想。他对国际法采取更加法律化的观点,强调苏联接受的诸如民族自决权、国家主权和平等的原则,但不接受其他原则。国际法的作用不是构成单一的对所有国家都有拘束力的国际法律体系。苏联将根据列宁和斯大林主义外交政策的理想行事,不受其没有明确接受的规则的约束。[112]

第二次世界大战后,随着"冷战"的加剧,苏联的学说得以加强。不过随着斯大林的去世以及赫鲁晓夫的成功,这种学说开始削弱。理论上,过渡时期的法被和平共处国际法所取代。资本主义国家与社会主义国家之间的战争不再被认为是不可避免的,开始了相互容忍与合作的新时期。[113]

童金承认存在一个单一的世界范围的国际法律体系,而不是涵盖社会主义和资本主义国家的不同分支体系的国际法。国际法建立在对其具有拘束力的国家之间的协议基础上。他给当代国际法下的定义是:　34

> 经由不同社会制度的国家之间的协议而创造,反映国家共同意志,具有一般民主特性,调整它们之间的斗争与合作,以保证和平与和平共处以及民族的自由与独立,必要时通过国家单独或集体强制保证其效力的规范的总和。[114]

---

[109] Tunkin, *Theory of International Law*, p. 5.

[110] 同上,第 5—6 页。另参见:H. Babb and J. Hazard, *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, MA, 1951.

[111] Grzybowski, *Soviet Public International Law*, pp. 6—9.

[112] 同上,第 9 页。

[113] 同上,第 16—22 页。另参见:R. Higgins, *Conflict of Interests*, London, 1964, part III.

[114] *Theory of International Law*, p. 251. 另参见:G. I. Tunkin, "Co-existence and International Law", 95 HR, 1958, pp. 1, 51 及其以下, and E. McWhinney, "Contemporary Soviet General The of International Law: Reflections on the Tunkin Era", 25 Canadian YIL, 1989, p. 187.

这个定义里的基本要素非常有意思，例如对国家主权的强调，对不同社会制度以及和平共处目标的承认。法律制裁的作用得到强调，这反映了实证主义对苏联思想的影响。这些要素在科日尼可夫教授(Kozhevnikov)和其他人的共同编写的著名国际法教科书的国际法定义中也有反映，该定义指出：

> 国际法可以被界定为调整国家之间在它们的冲突与合作过程中的关系，为维护和平共处而制定的，表达这些国家统治阶级的意志并在必要时通过国家单独或集体的强制加以维护的规则的总和。[115]

起初，只有条约被认为是国际法的恰当的渊源，但习惯被接受为一种默示的或暗含的协议，习惯中受到竭力强调的是法律确信或习惯中具有法律拘束力的因素。为创造一项习惯，国家实践不一定是普遍的，然而将其视为法律规范的承认必须是普遍的。[116]

和平共处本身建立在某些基本概念的基础上，例如不干涉他国内政和国家主权。任何关于世界政府的思想都被谴责为违反国家主权原则。和平共处学说还被认为包括诸
35 如友好睦邻、国际合作和忠实履行国际义务等思想。

和平共处的概念被认为建立在社会发展的特定法律倾向的基础上，并被认为是社会主义与资本主义阶级斗争的一种具体形式，一种不包括武装冲突的斗争形式。[117] 和平共处的核心思想是用反映思想意识趋势的方式来重申国际法的基本概念。但是必须强调的是，这些原则本身早已经被国际社会所承认。

虽然童金起初对发展区域国际法体系发起攻击，但后来他转变为接受反映共产主义国家之间特殊关系的社会主义国际法。苏联在东欧的干涉，特别是1968年对捷克斯洛伐克的干涉在加强这种观点方面起了很大作用。[118] 依据苏联的观点，社会主义(共产主义)国家之间的关系代表了一种新的更高形式的国际关系和社会主义国际法。共同的社会经济因素和政治共同体创造了发展永久友好关系的客观基础，相反，国际资本主义则导致强者对弱者的剥削。社会主义或无产阶级国际主义原则以条约和习惯的方式构成了社会主义阵营国家之间统一的国际法律原则体系。虽然一般国际法上存在着尊重国

---

[115] *International Law*, Moscow, 1957, p. 7.

[116] *Theory of International Law*, p. 118. 另参见：G. I. Tunkin, "The Contemporary Soviet Theory of International Law", *Current Legal Problems*, London, 1978, p. 177.

[117] Tunkin, "Soviet Theory", pp. 35—48. 另参见：F. Vallat, "International Law-A Forward Look", 18 YBWA, 1964, p. 251; J. Hazard, "*Codifying Peaceful Co-existence*", 55 AJIL, 1961, pp. 111—12; E. McWhinney, *Peaceful Co-existence and Soviet-Western International Law*, 1964, and K. Grzybowski, "Soviet Theory of International Law for the Seventies", 77 AJIL, 1983, p. 862.

[118] 参见：Grzybowski, *Soviet Public International Law*, pp. 16—22.

家主权、不干涉内政和国家和民族平等的基本原则，但是，这些原则在社会主义国际法中会更加积极，因为后者不存在经济对立和剥削并且有更多的合作。因此，这些原则不仅包括相互不侵犯各自权利的实质义务，而且还包括在享受和维护这些权利时相互支援以防止资本主义威胁的义务。[119]

苏联强调领土完整和主权的目的是为了在实践中保护那些被占优势地位的资本主义势力所包围的社会主义国家，但是这对于第三世界国家也有很大的吸引力。这些国家也非常渴望建立它们自己的民族特性，与西方的财政和文化影响相抗衡。 36

随着“冷战”的衰退以及苏联内部重建的突起，开始了重新评价国际法理论的过程。[120] 和平共处概念被修订，阶级斗争的观念从苏联的政治词汇中删除。由于人们承认，资本主义与社会主义之间的冲突不再构成当代世界的主要冲突，在过去的信条里有许多共同的利益，因此全球相互依赖和国际合作的必要性得到强调。[121] 有人指出，苏联新思维的精髓在于优先考虑普遍的人类价值和解决全球问题，这是与国际法在世界社会中不断增长的重要性直接相关的。还指出，国际法必须是普遍的，不能人为地分为资本主义的、社会主义的和第三世界的“国际法”体系。[122]

苏联学者和政治领袖们承认，诸如 1968 年在捷克斯洛伐克和 1979 年在阿富汗的干涉行为是违反国际法的，要想在法治的基础上建设一个国家需要加强国际法律体系和国际关系中的法治。在苏联的政策中，联合国的作用重新得到特别明显的强调。[123]

1991 年苏联的解体标志着“冷战”的结束以及在不受意识形态束缚的多种权力渊源基础上建立的国际关系体系的回归。从这一点看来[124]，俄罗斯作为前苏联的延续（尽管在政治和领土方面是不同的）进入了西方政治体系并通过考虑自己国家的利益而不是带着僵化的敌意来确定其采取的行动。波罗的海三国恢复国家资格以及其他前苏联加盟

---

[119] Tunkin, *Theory of International Law*, pp. 431—43.

[120] 例如参见, *Perestroika and International Law* (eds. A. Carty and G. Danilenko), Edinburgh, 1990; R. Mueillerson, "Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking", 83 AJIL, 1989, p. 494; V. Vereshchetin and R. Muellerson, "International Law in an Interdependent World", 28 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1990, p. 291, and R. Quigley, "*Perestroika and International Law*", 82 AJIL, 1988, p. 788.

[121] Vereschetm and Muellerson, "*International Law*", p. 292.

[122] 同上。

[123] 参见: Quigley, "*Perestroika*", p. 794.

[124] 参见，例如：R. Muellerson, *International Law, Rights and Politics*, London, 1994. 另参见: *The End of the Cold War* (eds. P. Allan and K. Goldmann), Dordrecht, 1992, and W. M. Reisman, "International Law after the Cold War", 84 AJIL, 1990, p. 859.

37 共和国的独立，加上南斯拉夫的瓦解，酿成具有重要意义的政治风波。“冷战”将二元的上层建筑强加给国际关系，这几乎对所有严重政治争端都有影响，特别束缚了联合国的手脚。虽然苏联政权一直在发生相当重要的改变，但是共产主义制度和该国本身的正式灭亡改变了国际体系的性质并不可避免地会对国际法产生影响。[125] 超级大国无情对抗的结束加剧了欧洲局势的不稳，并自相矛盾地强调联合国的复兴与限制。

虽然过去对于中国的态度所知相对甚少，但还是可以讲几点。西方的概念基本上被视为以维护资产阶级在国际上的统治为目的。苏联的观点被部分地接受，但是自从20世纪50年代两个共产主义国家不断彼此疏远，中国得出的结论是，俄国人主要感兴趣的是维持现状和苏美超级大国的最高地位。苏联将和平共处当作当代国际法支柱的概念，中国对此表示怀疑和鄙视。[126]

由于历史和文化的原因，中国的法律概念与西方发展出来的概念有很大不同。“法律”在传统中国从未获得与在欧洲文明中一样的重要地位。[127] 复杂的官僚制度努力争取和谐与平衡。在西方情形下保护个人的法律权利体系在中国没有真正发展起来。人们相信，不是通过规则和制裁而是通过榜样和公认的道德，社会才能得到最好的发展。

38 但是，这种孔子的哲学在共产主义革命成功以后被搁置一边，并被严格的马克思列宁主义所取代，而且还强调阶级斗争。[128]

中国人似乎承认存在着几个国际法体系，例如西方的、社会主义的和修正主义的（苏联）国际法体系，并似乎暗示，只有社会主义最终得到普及，才有可能形成普遍的体系。[129] 国际协议被认为是国际法的基本渊源。中国参加了许多条约和公约，并与其他国家一样遵守这些条约和公约。[130] 当然有一个例外，就是中国不承认“不平等条约”，根

---

[125] 参见，例如：R. Bilder, “International Law in the “New World Order”: Some Preliminary Reflections”, 1 *Florida State University Journal of Transnational Law and Policy*, 1992, p. 1.

[126] 参见：H. Chiu, “Communist China's Attitude towards International Law”, 60 AJIL, 1966, p. 245; J. K. Fairbank, *The Chinese World Order*, Cambridge, 1968; J. Cohen, *China's Practice of International Law*, Princeton, 1972; Anglo-Chinese Educational Trust, *China's World View*, London, 1979; J. Cohen and H. Chiu, *People's China and International Law*, Princeton, 2 vols., 1974, and C. Kim, “The People's Republic of China and the Charter-based International Legal Order”, 72 AJIL, 1978, p. 317.

[127] 参见：Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, pp. 760—3; S. Van der Sprenkel, *Legal Institutions in Northern China*, New York, 1962, and R. Unger, *Law in Modern Society*, New York, 1976, pp. 86—109.

[128] Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, and H. Li, “The Role of Law in Communist China”, *China Quarterly*, 1970, p. 66, cited in Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, pp. 801—8.

[129] 参见，例如：Cohen and Chiu, *People's China*, pp. 62—4.

[130] 同上，pp. 77—82，以及一般性地参见第八部分。

据这些条约,中国领土在19世纪被其他国家特别是被沙皇帝国所吞并。[131]

国际法整体上被视为国际政治的一部分,因此国际法受制于权力和权宜的考虑并受到思想意识的影响。如果国际规则与中国的政治和利益相符就遵守,否则就会被忽略。

然而,中国的孤立主义历史时期看来已经结束,中国与其他国家建立关系并成功地进入了联合国,中国似乎在国际关系中采取更加积极的态度,一种更加符合其迅速的经济增长的方法。正像苏联曾经发生的那样,中国现已完全参与到国际政治当中,这导致中国将其国际法的观点法律化。

第三世界

第二次世界大战以来,国际事务发展中最具决定性的事件之一是殖民帝国的瓦解和新国家在所谓"第三世界"的胜利诞生。过去地位上具有苦难历史并存在许多关系到其社会、经济和政治发展问题的国家因此被推上了舞台。[132] 在这种情况下,国际法的结构 39
和学说遭到攻击是非常自然的事。以欧洲中心主义为基础发展起来的19世纪国际法,渗透着基督教的、城市化的和扩张主义欧洲的价值观[133],可想而知,不能足以反映20世纪中后期新独立国家的需要和利益。它们认为,那些规则鼓励并反映它们的屈从地位,因此需要改变。[134]

遭到坚决拒绝的基本上是那些在19世纪盛行的国际法思想,即那些反映西方的强权和统治的原则。[135] 国际法的基本概念没有被摒弃。相反,新国家渴望接受国家主权和国家平等的思想以及不侵犯和不干涉原则,在普遍接受的法律框架内寻求其安全。

尽管过去的50年内发生的国际法的新的国际化破坏了以欧洲为基础的国际法的同

---

〔131〕 例如参见:I Detter, "The Problem of Unequal Treaties", 15 ICLQ 1966, p 1069; Nozari, *Unequal Treaties in International Law*, 1971; Chiu, "Communist China's Attitude", pp. 239—67, and Chen, *State Succession Relating to Unequal Treaties*, Hamden, 1974。

〔132〕 参见,例如:R. P. Anand, "Attitude of the Afro-Asian States Towards Certain Problems of International Law", 15 ICLQ, 1966, p. 35; T. O. Elias, *New Horizons in International Law*, Leiden, 1980, and Higgins, *Conflict of Interests*, part II. 另参见: Hague Academy of International Law, Colloque, *The Future of International Law in a Multicultural World*, especially pp. 117—42, and Henkin, *How Nations Behave*, pp. 121—7.

〔133〕 参见,例如: Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, vol. I, pp. 435—6. 另参见: B. Roling, *International Law in an Expanded World*, Leiden, 1960, p. 10.

〔134〕 与此相反的一种观点是,一些作者认为国际法的普遍性质已经稀释了它的内容,参见,例如: Friedmann, *Changing Structure*, p. 6; J. Stone, *Quest for Survival: The Role of Law and Foreign Policy*, Sydney, 1961, p. 88, and J. Brierly, *The Law of Nations*, 6th edn, Oxford, p. 43.

〔135〕 参见,例如: Alexandrowicz, *European-African Confrontation.*

质性,但是新的国际化强调了国际法的普世范围。[136] 例如,国际法院和联合国安全理事会的组成都反映了这种发展。《国际法院规约》第 9 条规定,法院必须能够代表世界各大文化和主要法系。安全理事会的 10 个非常任理事国中必须安排 5 个席位给亚非国
40 家,2 个给拉丁美洲国家(其他席位给欧洲和其他国家)。国际法委员会的成员最近也增加了并根据地理分配决定其成员结构。[137]

新国家对联合国大会的影响是最大的,它们在联大 192 个成员国中占了大多数。[138] 联大各种决议和宣言的内涵和外延均证明了它们的影响,记录了它们的担心、希望和关注。

例如,1960 年《给予殖民地国家和人民独立宣言》庄严宣布殖民地人民有权毫不拖延地获得主权并号召承认自决原则。尽管其外延尚不确定,但该原则(本书在其他地方讨论这个原则[139])被多数国际法的权威学者视为业已确立的国际法规则。然而,它预示着后殖民时期国家的兴起以及这些国家对国际法发展的影响。

它们通过支持联合国及其宪章并通过要求“经济自决”或主张对自然资源享有永久主权进一步表示对承认国家主权的关注。[140] 国际法向经济领域的这种扩展是其在 20 世纪的重要发展,无数事实可以证明这种发展,例如,关贸总协定的建立、联合国贸易与发展大会、国际货币基金组织和世界银行的建立。

第三世界新国家的利益常常与工业化国家的利益发生冲突,在国有化方面产生争端。但必须强调的是,与人们在传奇的非殖民化初期所表露出的许多担心恰恰相反,国际法既没有被摒弃,也没有变得面目全非。它们虽然反对与其利益相冲突的规则,但同时还保留着国际法的框架,因为新国家也期望从诸如调整外交关系和控制武力的使用的规则中受益。

41 尽管新国家都有受外国统治的历史并且都是欠发展的,同时它们的民族认同感正在被觉醒,但必须承认的是,它们并非铁板一块。它们的特点就是文化、社会和经济态度以及发展阶段的巨大差异。“第三世界”这个醒目的标签把多种多样的政治联系掩盖了起来。新国家的利益在许多问题上相互冲突,它们所持的不同态度反映了这种冲突。拥有

---

〔136〕 参见:E C. Okoye, *International Law and the New African States*, London, 1972; T. O. Elias, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, 1972, and *Encyclopedia of Public International Law*, vol. VII, 1984, pp. 205—51.

〔137〕 根据联合国大会 36/39 号决议,34 名成员中的 21 名应是非洲、亚洲和拉丁美洲国家的国民。

〔138〕 参见上文,注 105。

〔139〕 参见下文,第 5 章,第 205 页。

〔140〕 参见下文,第 14 章,第 827 页。

石油和其他有价值的自然资源的国家与拥有很少或没有这种资源的国家就有很大不同，沿海国与被陆地包围的内陆国也存在差异。差异的清单无法穷尽，这种差异广泛存在于南半球国家之间并远远大于北半球国家之间的差异。

从法律上来讲，随着非殖民化热情的减弱以及西方在国际法上的优势进一步削弱，将来很有可能会出现明显不同的研究方法。这种发展趋势还将允许人们更多的理解并诉诸殖民化之前的历史传统和概念，并使人们逐渐认识到这些传统和概念对国际法未来发展产生的影响力。[141]

然而，从中期来看，必须承认，随着“冷战”的结束以及苏联（后来是俄罗斯）和美国合作的迅速发展，争议的焦点正在从东西方关系转向南北方关系。这种转移开始在许多问题上显现出来，从经济法到海洋法和人权问题，而现代技术的影响也尚未得到关注。[142] 全球化的发展与这些因素一起进一步加剧了传统的普世主义与特殊主义之间的冲突。[143] 跨越国界的公共和私人领域内个人、团体和公司之间很高程度的相互依赖，这种意义上的全球化可能被视为西方文明的普世化，并因此是某种具体的特殊主义的胜 42
利。另一方面，（披着文化相对主义外衣的）特殊主义有时被用来为侵犯人权辩解以便逃避国际监督和批评。

进一步阅读推荐书目

T. M. Frank, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990

L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, 1995

R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994

A. Nussbaum, *A concise History of the Law of Nations*, revised edition, New York, 1954

---

〔141〕 参见，例如：H. Sarin, “The Asian-African States and the Development of International Law”, in Hague Academy Colloque, p. 117; Bernhardt, *Encyclopedia*, vol. VII, pp. 205—51, and R. Westbrook, “Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order”, 33 Va. JIL, 1993, p. 819. 另参见：C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Oxford, 1958, p. 169. 还应当注意“厄立特里亚/也门”案件的仲裁庭所提到的历史性权利和区域法律传统，参见：the judgment in Phase One: Territorial Sovereignty, 1998, 114 ILR, pp. 1, 37 及其以下，以及：Phase Two: Maritime Delimitation, 1999, 119 ILR, pp. 417, 448.

〔142〕 参见，例如：M. Lachs, “Thoughts on Science, Technology and World Law”, 86 AJIL, 1992, p. 673.

〔143〕 参见：Koskenniemi, *Gentle Civilizer of Nations*. 另参见：G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004.

2
当今的国际法

受国际关注的法律范围在扩展

从20世纪中叶以来，国际法在许多方面一直在得到发展，这是因为现代生活的复杂性在日益加剧。就像前面已经强调的，法律反映的是它在其中发挥作用的社会状况和文化传统。社会发展出整套的——社会的、经济的和政治的——具体价值，并为在那种环境中调整生活的法律框架打上这种价值的烙印。同样，国际法也是那种环境的产物。它是根据国际关系中占主导的概念发展起来的。为了生存，它必须与时代的现实相协调。

但是，在业已创立的那些规则与在该体系内不断寻求变革的势力之间，总是存在着一种紧张的关系。国际法存在的一个主要问题是，应在何时以及用何种方式把新的行为模式和生活现实纳入现有框架，以便使法律仍然显得十分重要，又不使其受到强烈冲击。

国际社会发生的变化可能是非常重大的，对整个体系都产生影响。例如，核武器的出现在欧洲产生了一种实力均衡的现状，并在世界范围内产生了一种恐惧的平衡。某些国家企图获取核技术，核武器现已成为一种不安因素。另一个例子是深海开矿技术能力的发展，由此带来了这种勘探的性质以及受益人的问题。[1] 国际恐怖主义的猖獗对国际法体系提出了新的挑战，因为国家和国际组织既要努力与这种现象作斗争，同时又要尊重国家主权和人权。[2] 许多例子都说明，现在的一些发展需要对国际法的结构和规则进行不断重新评估。

当今的国际法范围非常广泛。从调整空间探索到对海洋洋底的划分，从人权的保护到国际金融体系的管理，国际法所涉及的领域已经从最初对维持和平的首要关注扩展到

---

〔1〕 参见下文，第11章。

〔2〕 参见下文，第20章。

包括现代国际生活的所有利益。

但是,国际法存在的理由以及决定其内容的因素仍然是国际政治体系的需要和特点。当一个体系内存在一个以上实体时,必然会产生某种如何与其他实体相处的观念,无论是基于共存还是敌对。国际法,就像它从17世纪一路发展过来的那样,采取了同样的做法。(尽管有一些明显例外)一般说来,国际法总是习惯性地回避永久敌对和仇恨的思想。虽然国家在国内是最高的,但由于国家总想对外维护其主权,并想在一个互相依赖度越来越高的世界中与其他国家发展关系,因此必须承认其他国家的权利。在一个没有任何人可以独立存在的世界里,必须接受所有国家都具有的那些权利,并且进行规范,还必须对这种权利以及相应的义务作出界定。

因此,我们需要某种形式的国际法律秩序,不管它是多么脆弱,甚至有时候实在显得很混乱。[3] 现代的国际法体系是从欧洲文明的背景中演变出来的。但是,这已经得到了改变。美国和苏联的崛起印证了欧洲的衰弱,而且非殖民化的过程也产生了相当大影响。最近,苏维埃帝国以及苏联的崩溃、印度和中国作为主要大国的崛起以及全球化现象也对这个体系产生了深刻影响。面对着权力结构的迅速改变,国际法需要提出新的思想和对付新的挑战。 45

在过去60年左右的时间里,国际法以欧洲为中心的特点受到了严重削弱。现在,来自其他文化和文明的观点、希望和需求正在世界法律思想的演变中发挥越来越大的作用。[4]

国际法主要反映了世界政治以国家为导向这个基本特征。这主要是由于随着时间的推移,无论是出于对保护的需要还是更多其他目的,国家已经成为有组织的人民寄予希望的首要载体。正式独立的实体从法律上主权平等和对国家基本特性[5]的平等拥有中受益。它们成功地创设了一套尊重这种价值的体系。这可以提到的例子包括:不干涉内政、领土完整、不使用武力以及在联合国大会中平等的投票权。但是,除此之外,许多因素跨越国家边界,在世界政治中产生了紧张局面,例如不适当的经济关系、对人权的国

---

〔3〕 关于国际秩序、体系或社会的精确定义以及特征的观点,参见:G. Schwarzenberger and E. D. Brown, *A Manual of International Law*, 6th edn, London, 1976, pp. 9—12; H. Yalem, "The Concept of World Order", 29 YBWA, 1975, 以及 I. Pogany, "The Legal Foundations of World Order", 37 YBWA, 1983, p. 277.

〔4〕 例如参见:L. C. Green, "Is There a Universal International Law Today?", 23 Canadian YIL, 1985, p. 3.

〔5〕 参见下文,第5章,第211页。

际关注以及新技术力量的崛起。[6] 无论是国际性的还是地区性的国家政策和势力均衡,都是国际法得以运作的必要框架,就像国内政治状况和紧张局面一样。无论是国内还是在国家之间,法律映射出对力量的关注。

国家需要法律,以便寻求并达到某种目标,无论是经济福祉、生存和安全,还是意识形态的进步。认识到这一点是很重要的。因此,这种法律体系必须是足够确定的,以便可以实现这些目标。这种法律体系还必须是具有足够灵活性的,以便在需要改变它的力量有共同需要时能予以改变。[7]

但是,国际法不只是简单地扩大其外延以便将那些自从第二次世界大战结束以来成立的新国家包括在内。它还进行自我扩展,把个人、团体、非政府间和政府间的国际组织都包括在自己的范围之内。国际法还扩展到新的领域,包括像国际贸易、环境保护、人权
46 以及外层空间探索等问题。

实证主义在19世纪的发展产生了后果,即国际法将其关注的焦点放在了主权国家身上。只有它们才是国际法的"主体"。与此相对应的是非独立国家和个人,他们是国际法的"客体"。只有国家才能够创设法律,而且,不能假设存在对其独立的限制。[8] 但是,后来,实证主义理论越来越复杂,并且出现了针对整个国际关系的新理论。这就打破了这种只强调国家的理论,把所能发挥作用的主体扩大到非国家实体,例如个人、跨国公司以及国际组织。[9] 当然,个人有权作为国际法的受益人是早就得到承认的,但是,只是到了最近,他们才能够直接行动,而不再需要依赖他们的国籍国。

第二次世界大战结束之后,由战胜的同盟国所设立的纽伦堡和东京法庭是这个过程至关重要的组成部分。在那些被指控的人中,有许多都被判决犯有危害人类罪和破坏和平罪,并因此得到了惩罚。这是在通常没有国家介入的情况下对国际法中个人责任的承认。20世纪90年代中期设立的南斯拉夫问题和卢旺达问题战争罪法庭以及1998年的国际刑事法院进一步强化了这种认识。[10] 同样,1948年的《灭绝种族罪公约》规定,对罪犯的惩处应交由行为发生地国家的主管法院,或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭

---

〔6〕 在关于领土法律方面的例子,可以参见:M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, pp. 1—11.

〔7〕 参见:S. Hoffman, "International Systems and International Law", 14 *World Politics*, 1961—2, p. 205.

〔8〕 参见:the *Lotus* case, PCIJ, Series A, No. 10, p. 18.

〔9〕 进一步参见后面,第5章。(英文"crimes against humanity"在权威中文文本中有被译成违反人道罪(1945年《国际军事法庭宪章》和1946年《远东国际军事法庭宪章》)、反人类罪(1968年《战争罪和反人类罪不适用法定时效公约》)和危害人类罪(1998年《国际刑事法院罗马规约》)的。本文的译法遵从原权威中文文本。

〔10〕 参见下文,第8章。

审理之。[11] 另外,对人权的关注也越来越多,这也说明国际法正在朝着提高个人地位的方向发展。尽管联合国在1948年通过的《世界人权宣言》只是一个纲领,本身不具有法律拘束力,但它列举了一系列政治和社会权利。1950年签署的《保护人权和基本自由的欧洲公约》和1966年通过的两个国际人权公约却具有不同的性质,对缔约国具有法律拘束力。为了能够有效发挥作用,它们还建立了各种具有监督和实施性质的机构。在欧洲联盟,个人和公司有权就欧盟各机构作出的决定直接向欧洲法院(European Court of Justice)提起诉讼。另外,个人也可以在某些国际法庭出庭。不过,从整体上说,这个问题还是有很大争议的。尽管有一些学者(例如苏联在改革(*perestroika*)之前的理论学者)否认 47
个人在国际法中除了义务之外还可以享有权利,但这预示着出现了偏离国家是唯一主体的趋势。[12]

与个人人权的发展并驾齐驱的是国际组织的兴起,这也许是现代国际法非常显著的特点。实际上,如果不提及这种政府间国际组织在数量上的增长及其带来的影响,就不能很好理解现代国际法。这当中,迄今为止最为重要的是联合国。[13] 联合国由绝大多数国家组成(现在有192个成员国)。光是这一点,在外交关系和谈判以及特别是在方便国际合作和创设规范方面,这已经成为一种非常重要的政治因素。当然,安理会作为执行机关还有权在某些情况下通过对所有成员国具有拘束力的决议,这在国际关系史上是非常独特的。

国际组织现在被承认为具有自己的权利和义务,它们具有独立的法律人格。1949年,国际法院发表了一项咨询意见。[14] 在该案中,一位联合国官员贝纳多特伯爵(Count Bernadotte)被刺杀。在此后针对以色列的案件中,国际法院认为,联合国是国际法的主体,能够通过对以色列提起国际求偿来实现它的权利。这种裁决也可以适用于像国际劳工组织和世界粮农组织在内的其他国际组织。它们都具有自己的法律体系。因此,虽然国家仍然是国际法的主要主体,它们现在已经和其他非国家实体共同成为主体。非国家实体的重要性在将来很有可能进一步增加。

在这个发展阶段,还应当提到区域组织。它们当中许多是为了军事安全的原因才建立的,例如北约以及作为其对手的华沙条约组织,其他还有作为展示地区和文化特性的组织,例如非洲统一组织(现在是非洲联盟)和美洲国家组织。自成一类的是欧洲联盟。

---

〔11〕 同上。

〔12〕 进一步参见下文,第6章和第7章。

〔13〕 参见下文,第22章。

〔14〕 *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318.

48 它已经超出了经济协调和标准化的范围,具备了一系列共同的机构,而且越来越多,它们基本上都设在布鲁塞尔。由于这些区域组织是在普遍的框架内增加了"作为区域国际法的下位体系"(regional-international sub-systems),因此进一步增加了国际法的复杂性,也加快了那些只拘束成员国的规则的演进。[15]

随着国际法所面临的困难的加大以及该体系中参与者数量的增多,国际法所包含的主题范围在扩大。它不再仅限于关心与狭义上的国家领土有关的问题,而是逐渐开始考虑现代社会所特有的问题。这些问题许多已经被提及,例如人权的关键领域、包含金融和发展事项的国际经济法的发展、对环境掠夺的关注、空间探索的努力以及对大洋和深海海底资源的开发。我们还可以提及有关国际组织机构化的内容(国际行政法)、国际劳工标准、卫生规章以及电信控制。在这些趋势当中,许多都可以视为或者应该说反映了全球化的现象。全球化是一种在经济、通讯和文化基础上更加相互依赖的势不可挡的
49 运动,并且不受国家调控的影响。[16] 这反过来又加剧了几乎完全属于意识形态性质的争议,例如自由贸易和环境保护之间的关系。[17] 在这个方面,还可以补充一点,即来自民主和人权的压力,两者都在某种程度上对传统上强调国家领土主权和管辖权产生巨大影响。

现代理论与阐释

下面将简单提及一些关于国际法的性质和作用的现代理论。

---

〔15〕 一般性地参见下文,第 23 章。

〔16〕 例如参见:A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford, 1990; S. Sur, "The State Between Fragmentation and Globalisation", 8 EJIL, 1997, p. 421; B. Simma and A. Paulus, "The 'International Community': Facing the Challenge of Globalisation, General Conclusions", 9 EJIL, 1998, p. 266, 以及 P. M. Dupuy, "International Law: Torn Between Coexistence, Co-operation and Globalisation. General Conclusions", 9 EJIL, 1998, p. 278. 还可以参见贝加韦(Bedjaoui)法官在下列咨询意见案件中发表的声明:*The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 270—1. 注意:菲利普·博比特(Philip Bobbit)提出了挑战民族国家体系的五种发展。它们基本上就是面临全球化挑战的特征,分别是:承认人权为要求所有国家必须遵守的规范,无论它们的国内法为何;大规模杀伤性武器的广泛扩散使得为了保护国家边界内的社会而对国家边界进行防卫变得无用;全球性和跨国性的威胁大量增加,例如那些破坏环境或通过移民、人口增长、疾病或饥荒对国家的威胁;在资本投资运动中无视边界的全球经济体制发展到有效剥夺国家管理其经济事务权力的程度;以及通过电子穿越边界并且危及民族语言、习俗和文化的全球通讯网络的产生,参见:*The Shield of Achilles*, New York, 2002, p. XXll.

〔17〕 例如参见:*Myers* v. *Canada*, 121 ILR, pp. 72, 110.

实证法与自然法

纵观整个思想史，一直存在着理想主义与现实主义、事物应当是那样与事物就是那样之间一种复杂的关系，而关于法哲学是否应当包括道德标准或者是否需要把自己限制在对现存的法律的分析方面的纷争一直是关键的争论，而且持续到今天。[18]

在19世纪那个实用主义和乐观主义盛行的时代，实证法学派发展迅速。它宣称，应当对现存的法律进行经验分析，而不能有任何道德因素。对道德的渴望当然是好的，但是，它在法律科学当中不应当有任何地位。必须对由人制定的法律本身进行考察，而且必须拒绝自然法的思索，因为有价值的东西是实际的状态，而不是那些一般原则。一般原则是不精确的、不清楚的，更不用说是含糊的了。[19]

对社会中的法律采取此类看法达到登峰造极地步的是凯尔森（Kelsen）的“纯粹法学理论”。凯尔森只是对法律本身进行定义，避开任何价值因素，价值因素被视为是政治学的范畴。政治、社会和历史统统从纯粹理论中排除掉。这种理论的目的是企图构建一个 50
以形式判断为基础的、逻辑上统一的结构。[20]

法律被视为一种关于规范的科学。也就是说，它是由规定行为模式的规则组成的科学。判断这些规则或规范在法律上是否有效的标准是看它们的高级规范。这一效力的链条最终可上溯到整个体系的基本规范。这个基本规范是整个法律大厦的基础，因为那些因此而可以再次被援引的规则就变成了“法律”规则。可以举一个简单的例子：如果一个法院有权根据建立该法院的一项议会法案命令一个政府官员执行罚款，那么该法院作出这种命令就是有效的。如果一项规则的基础是一项已经存在的（并且效力更高）的法律规则，那么该项规则就是一项法律规则，以此类推。一层接着一层，而整个体系的基

---

〔18〕 例如参见：D. Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, London, 1984; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 以及 P. Stein and J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh, 1974. 还可以参见：R. Dias, *Jurisprudence*, 5th edn, London, 1985.

〔19〕 参见：Hart, *Concept of Law*, 以及 Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harvard Law Review*, 1958, p. 593. 比较：L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, 71 *Harvard Law Review*, 1958, p. 630. 还可以参见：D. Anzilotti, *Cours de Droit International*, Paris, 1929, 以及 B. Kingsbury, “Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law”, 13 EJIL, 2002, p. 401.

〔20〕 “The Pure Theory of Law”, 50 LQR, 1934, pp. 474, 477—85 and 51 LQR, 1935, pp. 517—22. 还可以参见收录在下面文章中的文章：“The European Tradition in International Law: Hans Kelsen”, 9 EJIL, 1998, pp. 287 及其以下。

础就是基本规范。[21]

凯尔森建立的“纯粹”体系的弱点主要在于“基本规范”这个概念,因为它的存在需要依靠非法律的问题。实际上,它是一个政治概念。在英国,它很有可能就是议会至上这项原则。[22]

由于这种逻辑把结构化了的体系的有效性建立在一个法律之外的概念之上,因此当涉及国际法时,就产生了困难。对于凯尔森来说,国际法是原始的法律体系,因为它缺乏强制性的立法、司法和执行机关,它类似于产生国家之前的社会。因此,它的特点是使用自助。[23] 如果国际法的原则可以追溯到法律体系的基本规范,它们就是有效的,因为和国内法的意义相同,它也是有等级性质的体系。对于凯尔森来说,该项基本规范就是把习惯作为法律渊源的规则,或者规定“国家应当像它们习惯地行为那样去行为”的规则。[24] 此类习惯中的一项首要规则就是,约定必须遵守。根据这项规则,协议必须善意履行,国际法律秩序中的第二阶段的规则都是建立在该项规则之上的。这种第二阶段的
51 规则由国际条约和公约所创设的规范网络所组成,并且进一步产生第三阶段的规则。第三阶段的规则包括那些由国际条约所设立的机构创设的规则,例如国际法院的判决。[25]

凯尔森对国际法的基本规范的描述存在的问题是,它看起来是同义反复的:它只是重复了一下遵守规则的国家应当遵守那些规则。[26] 看来,该理论不能用来解释通过接受为法律的新的实践而逐步发展国际法,因为逐步发展国际法需要国家用与它们一直坚持的行为方式不同的方式作出行为。无论如何,该理论未能回答为什么习惯具有拘束力这个问题。

不过,它是一种在逻辑上具有高度一致性的模式,特别有助于解释国内法律体系、规则的迅速发展以及规则是否有效的重要性。对于整个结构化的过程来说,这种重要性像是一个神秘的批准印章。它有助于解释规则是如何产生规则的,就像在形成一个法律秩序的规范的进展中,一个阶段是如何产生另一个阶段的。

凯尔森对法律的解释另一个重要特点是它的极端“一元论”立场。国际法和国内法

---

〔21〕 Kelsen, *Pure Theory*.

〔22〕 参见:J. Stone, “Mystery and Mystique in the Basic Norm”, 26 MLR, 1963, p. 34, 以及 J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, 1975, pp. 129—31.

〔23〕 *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1946, pp. 328 及其以下。还可以参见:J. Lador-Lederer, “Some Observations on the ‘Vienna School’ in International Law”, 17 NILR, 1970, p. 126.

〔24〕 Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 369—70.

〔25〕 同上。

〔26〕 哈特把它称为“仅仅是无用的复制”:*Concept of Law*, p. 230.

并不是两个不同的体系,而是一个互相交错的结构,前者是最高的。国内法通过在一个普遍的规范体系内的授权过程,在国际法的规则中找到最终的合法性。[27]

凯尔森的纯粹理论看来是那个特殊的道路的终结。哈特(Hart)在他于1961年出版的《法律的概念》一书中,用更多社会学的术语对实证主义进行了解释。

哈特以初级规则和二级规则之间的互动为基础,把法律作为一套规则体系来加以理解。基本上,初级规则规定行为标准,而二级规则规定识别和发展初级规则的方式以及改变初级规则的宪法程序。处于原始状态的社会只具有初级规则,它的特征是没有确定性、没有效率以及停滞不前。但是,随着社会逐渐成熟,二级规则将会得到发展,并且具有权威性,使得这些规则可以一种通常的、并且可接受的方式适应逐渐变化的情形。[28] 52

国际法律秩序是只有初级规则构成的简单社会结构形式的一个最好例子,因为它缺乏中央立法机构,缺乏具有强制性管辖权的、公认的法院体系以及有组织的执行手段。因此,它没有必要,或者说尚未发展出一个基本规范,或者按照哈特的话说,一项可以据此检测所有规则有效性的公认规则。按照这样一条思索轨迹,哈特断定,国际法的规则尚未形成一个"体系",而只是"一套规则"。当然,将来也许会发展出像约定必须遵守这样的被提升为确定规范效力的特殊原则,但是,在目前这种状态下,这种事情尚未发生。[29]

可以对这种看法进行批判,因为它过分看重了规则,而将法律体系中其他诸如原则和政策这样的重要因素排除在外。[30] 而且就国际法来说,它没有注意到该体系的复杂与活力。尤其是,在国际法的情况下,一个体系和一套规则之间的区分是一个复杂的问题,而且是一个很难划定界限的问题。

在20世纪,实证主义运动的优势开始被削弱,因为以前的确定性不复存在了,社会呈现出了不安。法律开始照常反映时代的主要诉求。关于法律在社会中的作用出现了新的理论。学者开始考察社会现象对法律秩序带来的影响以及法律过程本身的性质,分析司法行为以及规则在实际过程中的适用方式。罗斯科·庞德(Roscoe Pound)的观点很典型。他将法律视为某种形式的社会工程,用最为有效的方式权衡社会中各种不同的

---

〔27〕 *General Theory of Law and State*, pp. 366—8. 进一步参见下文,第4章。

〔28〕 *Concept of Law*, 第5章。例如还可以参见:Dworkin, *Taking Rights Seriously*; Raz, *Practical Reason*, 以及 N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

〔29〕 *Concept of Law*, pp. 228—31.

〔30〕 参见:Dworkin, *Taking Rights Seriously*.

利益。[31] 法律被视为一种社会控制的方式。功能分析受到欢迎，概念的理论方法遭到排斥。在法律体系中实际上发生了什么、提出了什么样的要求以及它们是如何被满足的，都成了社会学派的口号。[32]

从某种意义上说，这是一种脱离象牙塔并走向法院的动向。实证调查大量出现，特
53 别是在美国，并且心理学、人类学以及社会学等学科都被纳入到法理学当中。这种对社会背景更为广泛的关注导致现实主义理论的产生。这种理论把法律视为一种特定社会的制度，其运作要做一系列工作。他们认为，凯尔森那种在一个封闭的逻辑体系内研究法律规范的做法不能很好地揭示法律在社会中的实际运作。为此，需要对法院的行为以及各种法律官员的行为加以了解。历史和道德的因素在现实主义社会学传统中发挥的作用很小，因为其中心工作是田野调查和“技术”解剖。法律规则不再被认为是法律体系的核心。[33]

在观察这种理论在现代的发展以及它们是如何对国际法的解释产生影响之前，首先必须思考一下自然法的复兴。

自然法学派采取各种不同的方法探索生命的意义和法律的道德基础。其中一种方式是更新阿奎纳(Aquinas)所列举、并且被天主教教会所采纳的原则。它强调人的尊严和理性的至高无上，并且确认，与正当的理性和上帝的永恒法相背离的法律是不道德的(尽管不一定是无效的)。[34] 一些学者倾向于更为形式化、而且更加逻辑定向的方法，例如施塔姆勒(Stammler)。他们试图用“内容不断变化的自然法”的内在概念来建立一个法律的逻辑结构。这包括严格区分法律概念与法律思想。前者成为一个被普遍接受的、抽象的、形式上的定义，而后者则体现法律体系的目的和方向，并且根据需要在不同的社会和文化背景中是不同的。[35]

与上述形式的理想主义学派不同，自然法还出现了以(法国学者)惹尼(Gény)和狄骥(Duguit)为代表的受到社会学启发的理论学派。这个独特的学派反对强调形式。相

---

〔31〕 例如参见：*Philosophy of Law*, New Haven, 1954, pp. 42—7. 还可以参见：M. D. A. Freeman, *The Legal Structure*, London, 1974, 第 4 章。

〔32〕 *Outlines of Jurisprudence*, 5th edn, Cambridge, 1943, pp. 116—19.

〔33〕 例如参见：K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, Boston, 1960, and *Jurisprudence*, Chicago, 1962. 还可以参见：W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, 1973, 以及 L. Loevinger, “Jurimetrics—The Next Step Forward”, 33 *Minnesota Law Review*, 1949, p. 455.

〔34〕 例如参见：J. Maritain, *Man and the State*, Paris, 1951, 以及 J. Dabin, *General Theory of Law*, 2nd edn, 1950.

〔35〕 例如参见：R. Stammler, *Theory of Justice*, New York, 1925, 以及 G. Del Vecchio, *Formal Bases of Law*, Boston, 1921.

反,他们集中精力依据物理、心理、社会和历史的普遍因素来界定自然法,这些因素主导着法律在其中运作的社会框架。[36] 54

在经历了纳粹暴行之后,对自然法的讨论增多了,它的重要性也引起了注意。它促使一位德国哲学家拉德布鲁赫(Radbruch)创设了一套理论。根据他的理论,非正义的法律必须被更高的自然法推翻。[37]

就国际法而言,自然法的复兴出现于对国际正义逐步关注和国际组织形成的时代。当代国际法的许多思想和原则都根植在自然法的理念当中,并且和法律秩序的道德标准有关,例如不侵略原则和人权保护原则。[38]

新思路[39]

传统上,国际法是以历史的方式被理解的,并且是按时间顺序被研究的。这种做法在19世纪特别明显,因为国际关系逐渐频繁,国际会议和协议也大量出现。在两次世界大战间隔期间,由于政府档案的公开,因此产生了相当可观的材料。这进一步激发了对外交史的研究。同时,由于建立了国际联盟和常设国际法院那样的国际组织,因此增加了对组织化过程的认识。 55

但是,第二次世界大战结束之后,出现了一种旨在用影响力和支配力来分析权力政治和理解国际关系的趋势。这种学说显得有些复杂,因为它围绕着社会、经济以及政治

---

〔36〕 例如参见:F. Gény, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, Paris, 1899, 以及 L. Duguit, *Law in the Modern State*, New York, 1919, 以及"Objective Law", 20 *Columbia Law Review*, 1920, p. 817.

〔37〕 *Introduction to Legal Philosophy*, 1947. 还可以参见:Hart, "Positivism"; Fuller, "Positivism", 以及 Fuller, "The Legal Philosophy of Gustav Radbruch", 6 *Journal of Legal Education*, 1954, p. 481.

〔38〕 参见:H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950. 注意罗尔斯更为一般的看法: J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, 以及 A. D'Amato, "International Law and Rawls' Theory of Justice", 5 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1975, p. 525. 还可以参见:J. Boyle, "Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-house of Language", 26 *Harvard International Law Journal*, 1985, p. 327; A. D'Amato, "Is International Law Part of Natural Law?", 9 *Vera Lex*, 1989, p. 8; E. Midgley, *The Natural Law Tradition and the Theory of International Relations*, London, 1975, 以及 C. Dominicé, "Le Grand Retour du Droit Naturel en Droit des Gens", *Mélanges Grossen*, 1992, p. 399.

〔39〕 例如参见:B. S. Chimni, *International Law and World Order*, New Delhi, 1993; A. Cassese, *International Law*, Oxford, 2001, 第一章, 以及 R. Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society*, The Hague, 2000. 还可以参见:D. J. Bederman, *The Spirit of International Law*, Athens, 2002; A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford, 2004; *International Lawand its Others* (ed. A. Orford), Cambridge, 2006; S. Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, Leiden, 2004, 以及 P. M. Dupuy, *L'Unité de l'Ordre Juridique International*, Leiden, 2003.

数据进行思考，而它们与一国承受直接压力的能力有关。[40] 不过，那是一种悲观的解释，因为它的核心是权力以及在国家之间的行为中权力作为动力的行使。

下一个被称为“推进波”的学说是行为主义运动。这种独特的思路把心理学、人类学以及社会学的因素引入国际关系的研究，并在现实主义学派里面取得了平行发展。它反映了一种重点的转移，把用理想主义或者愤世嫉俗的（“现实主义的”）概念来分析世界政治秩序转移到了用田野调查和社会科学的其他工具对今天运作的体系进行机械探讨。的确，与其说它是一种传统意义上的理论，还不如说它是一种针对法律和社会的学说。[41]

这种思想学派源于对政府在社会地位认识的改变。在19世纪，个人主义和将国家干预限制在最小范围的道德观发生了迅速变化。现在，更加强调政府对它的公民所承担的责任。有关福利立法现象的增加就可以说明这种改变。在19世纪中期之前，很少制定对人的行为的广泛领域进行控制的规则和规章，但现在，它们已经在发达国家迅速增
56 多，因此理论也必须尝试着跟上这种重新定向的步伐。

随着政府干预的增加，现在，法律在社会中扮演的角色越来越重要。这催生了反映这种越来越大的介入的法律理论。特别是在美国，法律被视为一种实现这种社会转型的工具，现实主义理论非常看重这点。它强调，决定法律性质的是社会的价值和决策。因此，法官的地位显得重要得多。法官已经不再是形式法律规则的一般解释者，而应当被视为在决定公共政策过程中的一个积极因素。

这表明，为了理解法律的运作，必须考察某个特定社会的特点、需要及价值。因此，法律变成了一个动态的过程。必须在社会背景中对其进行研究，而不仅仅是靠法律规则自身就可以理解的一套规则。社会科学已经引导着对社会的这种重新解释，它们的影响在看待法律的行为方式上有所体现。这不仅仅是一般的展望，而且还在于为解剖社会提供必要的工具、发现它运作的方式以及前进的方向。它强调，有关研究是跨学科性质的，

---

〔40〕 例如参见：H. Morgenthau, *Politics Among Nations*, 4th edn, New York, 1967, 以及 K. Thompson, *Political Realism and the Crisis of World Politics: An American Approach to Foreign Policy*, Princeton, 1960. 还可以参见：A. Slaughter Burley, “International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda”, 87 AJIL, 1993, p. 205, 以及 A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, 2004; R. Aron, *Paix et Guerre Entre des Nations*, Paris, 1984; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, 2001, 第6章。

〔41〕 例如参见：*Contending Approaches to International Politics* (eds. K. Knorr and J. Rosenau), Princeton, 1969, 以及 W. Gould and M. Barkun, *International Law and the Social Sciences*, Princeton, 1970.

必须利用所有的社会科学,包括政治学、经济学以及哲学。[42] 特别是在利用科学方法方面非常明显,比如获得数据和数量分析。

行为主义基本上将国际关系领域的研究分为两块:第一块是考察对外政策技巧以及选择某一特定行为过程的理由;第二块是分析研究国际体系。[43] 它强调国际层面各种行为者的互动以及此种相互压力对整个体系和参与者所产生的影响。除此之外,它还考察在整个历史上存在过的不同的国际秩序,以便显示每个特定的秩序是如何产生它们自 57
己的规则,以及如何被用来解释政治行为和国际法性质的。换句话说,可以通过使用特定的变量来考察国际体系的性质,以便解释和预测国际法的作用。

例如,1848 年至 1914 年这段时期可以被视为"势力均衡"体系的时代。这个体系取决于许多因素,例如最小数量的参与者(被接受的是五个)。它们临时组成同盟,试图通过支持弱者来限制强者,例如,英国为威慑法国而加入同盟。这个体系的基础是,国家并不愿意完全摧毁任何其他国家,而只是想要贬低或削弱其他国家。这就促进了该体系的稳定。[44]

这个体系培育出了自己的国际法概念,特别是主权这个概念,它是国家可自由组成各种同盟的思想基础,也是国家撇开强者去支持弱者的能力基础。势力均衡体系随着第一次世界大战的结束而崩溃。在经历了一段混乱时期之后,随着第二次世界大战的结束,出现了一个明显而松散的"两极"体系。

这是建立在资本主义和共产主义两极的基础之上的,并随之创立了非常牢固的同盟。这个体系中还存在基本上由不结盟国家组成的"第三世界"。它们是敌对和竞争的目标,但其本身还不足以影响两极体系。此类体系造成了"边境"冲突。在这种地区,两个超级大国发生了冲突,例如在朝鲜、柏林和越南,并且在两个同盟体系内部对主权的性

---

〔42〕 注意巴尔肯(Barkun)的下列评论:"对法律职业过去的理论看法主要围绕着对法律的逻辑处理,而不是对人的行为模式的经验研究",*Law Without Sanctions*, New Haven, 1968, p. 3. 还可以参见:R. A. Falk, "New Approaches to the Study of International Law", in *New Approaches to International Relations* (ed. M. A. Kaplan), New York, 1968, pp. 357—80, 以及 J. Frankel, *Contemporary International Theory and the Behaviour of States*, London, 1973, pp. 21—2.

〔43〕 例如参见:C. A. McClelland, *Theory and International Systems*, 1966; M. A. Kaplan, *System and Process in International Politics*, New York, 1964; M. A. Kaplan and N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York, 1961, 以及 R. A. Falk and C. Black, *The Future of International Legal Order*, 1969. 还可以参见:A. Kiss and D. Shelton, "Systems Analysis of International Law: A Methodological Inquiry", 17 Netherlands YIL, 1986, p. 45.

〔44〕 参见:J. Frankel, *International Relations in a Changing World*, London, 1979, pp. 152—7, 以及 Kaplan and Katzenbach, *Political Foundation*, pp. 62—70.

质进行了修正，一方面允许像北大西洋公约组织和欧洲共同体（此后的欧洲联盟）得到发展，另一方面也允许华沙条约组织和经济互助委员会（经互会）得到发展。此外，在这个体系中，超级大国感到它们在自己的势力范围内可以对一些立场摇摆不定的国家加以控制，例如苏联对波兰、匈牙利和捷克斯洛伐克采取的行动以及美国对拉丁美洲国家采
58 取的行动。[45]

通过使用游戏理论这样的技巧，行为主义理论得到了进一步丰富。[46] 这是一种在冲突的状态下研究决策的数学方法。在这种冲突中，冲突各方理性地作出反应，为自己的利益而斗争。这可以与战斗的情形加以比较。战斗的精神在于实际上击败对手（例如以色列—阿拉伯冲突）。它也可以与辩论的情形进行比较，辩论的目的是使参与者相信自己行为是正确的。其他考虑的因素包括通讯、整合、环境和能力。因此，这种理论的范围和复杂性已经远远超过了以前的理论。

所有这些都表明，在国际社会中考察法律时所强调的重点发生了转变。传统的观点一般认为，国际法属于限制独立国家行为的一系列规则，并且形成国家主权的一些例外。新的理论则往往对这种情势有不同看法。它们更多地是从扩大国际秩序范围的视角，而不是从民族国家同意对其行为的某些明确限制的角度来看待这种情势。

数量研究的兴起便于对大量的数据进行校勘和整理。它基本上是一种方法学理论，使用政治、经济和社会资料和数据，并且将事实和信息转变成一种适合科学调查的形式。这种具有行为学和数量学角度的方法开始进入国际法领域。这些方法使人们获得更深
59 入的认知和理解，并且能够对各种相关过程有更加广泛的认识。[47]

许多学者把国际关系学中的行为主义理论引入到国际法学中，特别是麦克杜格尔

---

〔45〕 Kaplan and Katzenbach, *Political Foundations*, pp. 50—5. 就该体系看法而言，还可以参见：S. Hoffman, "International Systems and International Law" in *The International System* (eds. K. Knorr and S. Verba), Westport, 1961, p. 205; G. Clark and L. Sohn, *World Peace Through World Law*, 3rd edn, Boston, 1966, 以及 *The Strategy of World Order* (eds. R. A. Falk and S. Mendlovitz), New York, 4 vols., 1966. 现在参见：Bobitt, *Shield*, Book II.

〔46〕 例如参见：R. Lieber, *Theory and World Politics*, London, 1972, 第 2 章；*Game Theory and Related Approaches to Social Behaviour* (ed. H. Shubik), London, 1964, 以及 W. J. M. Mackenzie, *Politics and Social Sciences*, London, 1967.

〔47〕 还应当注意国际法的功能主义看法。这种以功能定向的看法强调国家之间以给予互相利益的方式进行合作的实际好处，例如参见：W. Friedmann, *An Introduction to World Politics*, 5th edn, London, 1965, p. 57; F. Haas, *Beyond the Nation State*, Stanford, 1964; D. Mitrany, *A Working Peace System*, London, 1946; C. W. Jenks, *Law, Freedom and Welfare*, London, 1964, 以及 J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, London, 1959. 还可以参见：D. Johnston, "Functionalism in the Theory of International Law", 25 Canadian YIL, 1988, p. 3.

(McDougal)教授,但有一些重要修正。这种"政策定向"运动把法律看作是决策的全过程,而不是一套确定的规则和义务。它是一种积极的包罗万象的学说,把国际法看作是一种在一个特定类型的世界秩序中运作的动态体系。[48] 因此,它把规则所起到的作用最小化,因为传统的国际法概念"显然仅仅是对现代世界社会中发生的结构、程序和决策类型最模糊的一瞥"。[49] 它强调,法律是一个持续不断演进的决策过程,演进的方式取决于决策者的知识和洞察力。[50] 换句话说,关键的是人的不断互动的社会过程。在这个过程中,不断提出各种主张,试图由参与者自由地将价值最大化。为了分析这个过程,这种理论提出了八种价值:权力、财富、启蒙、技术、福祉、情感、尊重和正直。这个价值清单还可能进一步扩充,并没有穷尽。法律被视为这种社会过程的产物。[51] 国际法是基本上围绕着"权威"和"控制"这两个概念的权威决策的整个过程。前者根据决策者的身份和权限的结构期待来界定,后者指的是某个决定的实际有效性,不论是否经过授权。[52]

60

麦克杜格尔及其追随者的著作强调了实际面临决策的人员在国际体系中必须考虑的价值、利益和思考的冗长清单。它们强调所谓的"权威决策者",无论其是美国国务院或英国外交部的工作人员还是"对事件的决策具有国际意义的任何人"[53],因为实际上该决策者必须在尊重国际法原则的不同方案之间作出选择,此人强调的是权力和权威的现实世界。

这种决策者受到一系列压力和影响的制约,例如该人发挥作用的社会价值以及所服

---

〔48〕 例如参见:M. S. McDougal, "International Law, Power and Policy", 82 HR, 1952, p. 133; M. S. McDougal, H. Lasswell and W. M. Reisman, "Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence", 8 Va. JIL, 1968, p. 188; M. S. McDougal, "International Law and the Future", 50 *Mississippi Law Journal*, 1979, p. 259, 以及 H. Lasswell and M. S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society*, Yale, 1992. 还可以参见:G. Scelle, *Manuel de Droit International*, Paris, 1948, 以及 Chimni, *International Law*, 第3章。

〔49〕 M. S. McDougal and W. M. Reisman, *International Law in Contemporary Perspective*, New Haven, 1980, p. 5.

〔50〕 M. S. McDougal, "The Policy-Oriented Approach to Law", 40 *Virginia Quarterly Review*, 1964, p. 626. 还可以参见:E. Suzuki, "The New Haven School of International Law: An Invitation to a Policy-Oriented Jurisprudence", 1 *Yale Studies in World Public Order*, 1974, p. 1.

〔51〕 Suzuki, "Policy-Oriented Jurisprudence", pp. 22—3. 还可以参见:M. S. McDougal, "Some Basic Theoretical Concepts about International Law: A Policy-oriented Framework of Inquiry", 4 *Journal of Conflict Resolution*, 1960, pp. 337—54.

〔52〕 M. S. McDougal and H. Lasswell, "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", 53 AJIL, 1959, pp. 1, 9.

〔53〕 McDougal and Reisman, *International Law*, p. 2.

务的民族国家的利益。其还必须考虑世界秩序的基本价值,例如,人的尊严。这种学说需要对各种大量的因素进行复杂剖析,牢牢地把国际法固定在社会科学的范畴里面,既涉及所采取的程序,也涉及分析的工具。它用下列语言把国际法描述成:

> 规则不断被制定和重新制定的权威决策的综合过程。国际法规则的功能是世界人民之间就这个决策的综合过程交流他们的观点(需求、身份和期望);在某些特定的情形中,就像任何其他的交流那样,对这些规则的国内适用需要对它们作出下列解释:是谁在使用它们、涉及到谁、为了什么目的(主要目的和次要目的)以及是在什么背景下使用的。[54]

法律规则表述清晰并寻求达到某些特定目标。这个价值因素是不能被忽视的。这个学派强调的价值基本上是与人的尊严有关的价值。它们都是西方民主社会所熟知的概念。[55] 确实,赖斯曼(Reisman)强调这个学派的自然法源头,还强调有必要为国际人
61 权法和环境法作出贡献的人澄清法理。[56]

政策定向运动受到了传统国际法学者的严厉批判,因为它把国际法的法律内容不当地最小化了,而且忽视了国家一般都接受国际法并且都遵守国际法这个事实。[57] 国家几乎不会陷入大量的行为分析,不会在某个特定的情形中勤勉考虑每一个相关的因素,尤其是像人的尊严和福祉那样的基本目标。确实,他们认为,如果那样做,将削弱国际法。[58] 另外,引进诸如"人的尊严"这样的价值概念将带来主观上的困难,不适合这么一个据称是客观分析的体系。例如,科斯肯涅米(Koskenniemi)提醒大家注意,政策定向这种学说偏向支持占主导地位的大国。[59]

另有学者,例如福尔克(Falk)教授,同意麦克杜格尔学派基本的综合学说,但指出了其中不一致的地方,并认为过多罗列了各种利益。他们倾向于在对人的福祉和道德高度

---

〔54〕 M. S. McDougal, "A Footnote", 57 AJIL, 1963, p. 383.

〔55〕 参见:M. S. McDougal, H. Lasswell and L. C. Chen, *Human Rights and World Public Order*, New Haven, 1980. 关于根据所界定的目标进行现实主义调查所需要的任务的讨论,参见:M. S. McDougal, "International Law and the Future", pp. 259, 267.

〔56〕 "The View from the New Haven School of International Law", PASIL, 1992, p. 118.

〔57〕 特别参见:P. Allott, "Language, Method and the Nature of International Law", 45 BYIL, 1971, p. 79. 希金斯注意到美国和英国学者对国际法所采取的理论区别:"Policy Considerations and the International Judicial Process", 17 ICLQ, 1968, p. 58. 还可以参见:T. Farer, "Human Rights in Law's Empire: The Jurisprudence War", 85 AJIL, 1991, p. 117.

〔58〕 Allott, "Language", pp. 128 及其以下。

〔59〕 参见:*Gentle Civilizer of Nations*, pp. 474 及其以下。

关注的基础上使用全球的眼光,但同时强调法律规则和结构的重要性。[60]

不过,弗兰克(Franck)教授试图把焦点重新集中到国际法体系的存在和运作这样的基本问题上。他对国家为什么在国际法律体系的结构、过程和执行机制很不发达的情况下仍然遵守国际法提出疑问。[61] 看来,答案在于正当性这个概念。国家遵守规则,是因为它们认为这些规则和组织框架具有高度的正当性。正当性这个概念本身是指"一项规 62
则或制定规则的组织所具有的性质,这种特性本身是对规则所指向的对象遵守规则施加的一种牵制力,因为那些规则所指向的对象深信:该规则或组织都是根据一般接受的正确的程序原则产生和运作的。"[62] 正当性是可以用实证的方法来证明的,但遵守不仅可以通过观察遵守的国家按照有关原则行动衡量出来,而且还可以通过观察一个违法者即使在违反的情况下实际上对该项原则显示出来的顺从程度衡量出来。

根据他的观点,正当性取决于四个具体特性:确定性(或易于识别的具有规范性质的内容或"透明性")、象征性确认(或权威赞同)、一致性(或连贯性或一般适用)和遵守性(或属于一个有组织的规则等级)。换句话说,根据他的观点,存在客观的变量标准来帮助我们确认国际法为什么得到遵守以及该体系为什么有效。这种看法还得到下列观点的补充,即:作为道德的正当性和正义性是公正这个概念的两个方面,而弗兰克把公正这个概念看成是国际法中最为重要的问题。[63] 不过,弗兰克也提醒注意在"全球认同危机"[64]背景下"正在出现的个性化权利"。[65] 在这种背景中,超国家组织的出现以及相当一些国家的崩溃一起动摇了世界秩序传统的确定性。他指出,人们正在越来越倾向于自我认同为是自主的个人,这既反映在国际人权法的兴起和扩展当中,也体现在构建多

---

〔60〕 例如参见:R. A. Falk, *Human Rights and State Sovereignty*, New York, 1981, 以及 Falk, *On Human Governance*, Cambridge, 1995. 还可以参见:*The United Nations and a Just World Order* (eds. R. Falk, S. Kim and S. Mendlovitz), Boulder, 1991, 以及 Chimni, *International Law*, 第 4 章。但是,注意下面的理论,例如:J. S. Watson, "A Realistic Jurisprudence of International Law", 34 YBWA, 1980, p. 265, 以及 M. Lane, "Demanding Human Rights: A Change in the World Legal Order", 6 *Hofstra Law Review*, 1978, p. 269. 还可以参见:Boyle, "Ideals and Things".

〔61〕 T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990. 还可以参见:Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System", 240 HR, 1993 III, p. 13, 第 2 章,以及 Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, 第 2 章,以及 Franck, "The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium", 100 AJIL, 2006, p. 88.

〔62〕 Franck, *Legitimacy*, p. 24.

〔63〕 Franck, "Fairness", p. 26.

〔64〕 Z. M. Franck, *The Empowered Self*, Oxford, 1999, p. 1.

〔65〕 同上, p. 3.

层次的、自由选择的亲密关系中。[66] 虽然这种个人的权利正在得到国内法和国际法越来越大的保护，但是，关于个人、群体和国家权利之间的适当平衡问题已经变得非常突出。

然而，也可以从更广义的角度理解正当性，可以把它理解成与作为整体的国际政治体系之间的关系，也可以理解为正当性构成权力和法律体系之间的联系。它使规范秩序渗透着权威和可接受性，尽管不是合法性本身。从最广义的角度来看，正当性把法律和
63 政治联系了起来，并取决于它所产生的背景。有学者得出的结论是，正当性“是一个历史事项，因此是会改变的，因为将来会产生新的事件，而且新的理解也会重新解释过去”。[67] 正当性是重要的，因为它是在相关的和可接受的更广泛政治环境中检验法律规范和实践的标准。被视为正当的规则可以从双重赞同中获得肯定。被视为不法的和不正当的规则、机构或实践将会得到双重的否定。有人建议说，从长期来看，合法、但不正当的规则或实体将无法维持它们的地位，而被视为非法但正当的实践很有可能成为一项新规则的核心内容。

在近期各种国际法的学说中，经常出现的问题是，主权国家与国际社会之间的关系以及如何在一个以国家为主导的世界中寻找对国际法的拘束力令人信服的解释。这些学说属于批判法学研究的一般框架范围。[68] 批判学派提醒注意在国际法律体系中存在许多不一致和不连贯的地方。那种试图包括一切的国际法的一般理论在主流思想中已经被抛弃，因为它们是建立在无法证实的命题基础之上的，无论是宗教的还是社会学的。注意的焦点已经转到对国际法的某一个特定领域的分析，特别是争端解决的程序。批判法学运动注意到，国际法的传统学说本质上是涉及把国内体系中的“自由”原则移植到国际层面，但这带来了更多的问题。[69] 特别是，自由主义一直试图在个人自由和社会秩

---

〔66〕 同上，pp. 278—80.

〔67〕 Bobbitt, *Shield*, p. 17.

〔68〕 例如参见：*The Structure and Processes of International Law* (eds. R. St J. Macdonald and D. Johnston), Dordrecht, 1983; Boyle, “Ideals and Things”; A. Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, 1986; D. Kennedy, *International Legal Structure*, Boston, 1987; M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Helsinki, 1989; F. V. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, 1989; P. Allott, *Eunomia*, Oxford, 1990; Allott, *The Health of Nations*, Cambridge, 2002; *Theory and International Law: An Introduction* (ed. Allott), London, 1991, 以及 *International Law* (ed. M. Koskenniemi), Aldershot, 1992. 还可以参见：I. Scobbie, “Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism about Sceptical Radicalism”, 61 BYIL, 1990, p. 339, 以及 S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Cambridge, 2000.

〔69〕 例如参见：M. Koskenniemi in *International Law*, p. XVl.

序之间达成平衡，但是，它们认为，最终不可避免地不是站在这边就是站在那边。[70] 另 64
外，关于正义本身只存在两种可能性，要么仅仅是主观臆想的，要么只是强加的。在任何一种情况下，自由主义都是一个妥协的体系。

批判法学派（有时又被称为“对国际法的新思路”，NAIL）注意到法律和社会之间的密切关系，但强调概念的分析也是很重要的，因为这些概念自己不是独立的个体，而是反映了特定的权力关系。该学派指出，需要考虑国家权力和国际法律概念之间的联系以及这些概念本身反映政治内容的方式。就像科斯肯涅米所说的，“后现实主义理论……旨在回答一个由主权者构成的世界中法律与社会的关系以及限制的正当性，它们都与一个同题有关，即权力观念”。[71] 有人认为，国际社会的发展提出的这个问题以及对在该社会中存在的不同文化和传统进行思考将削弱普遍主义，而且将把焦点集中到具体问题的具体背景上。

在一篇较新的文章中，科斯肯涅米不仅引起人们注意到国际法中普遍主义倾向与特殊主义倾向之间持续的紧张关系[72]，而且还注意到形式主义与动态主义之间的相关区别，或者规则定向学说与政策定向学说之间的比照。他的基本观点是，后一种学说极有可能被用来支持一个占主导地位的政治立场。[73] 在任何情形中，宣称一切取决于案件的特定情况是律师的典型回答。为了回答在一些相关的国际规则中占主导地位的问题，这种学说已经被一般化了。实际上是指出下述观点的方式，即更高一级的有效原则很难被发现和论证，因此也是作出下述结论断定的方式，即寻找普遍的概念和原则是没有多大价值的。结果，有人建议说，那种本身一致的国际体系实际上是不存在的，因此人们更应当把重点集中在反映权力考虑的特别法律概念之上，并限定在提出特定问题或主题的特定情形范围内。和政策定向学派一样，批判法学派同样认为国际法不仅仅是一套规 65
则，它更强调的是法律本身的不确定性，而不是把法律看作是各种在其中必须作出选择的竞争规范的集合。[74] 近年来，一个研究的特殊领域是对妇女在国际法中地位的关注。这种学说指出，从国际法的体系结构来看，女性相对缺乏参与国际法的机构和过程，从实

---

〔70〕 Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, p. 52.

〔71〕 同上, p. xxi.

〔72〕 还可以参见：M. Eyskens, “Particularism versus Universalism” in *International Law-Theory and Practice* (ed. K. Wellens), The Hague, 1998, p. 11.

〔73〕 *Gentle Civilizer of Nations*.

〔74〕 参见：Higgins, *Problems and Process*, p. 9. 还可以参见：J. A. Beckett, “Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL”, 16 EJIL, 2005, p. 213.

体法来看，国际法直到最近才开始关注妇女的需求和忧虑。[75]

国际法不成体系？[76]

随着越来越多的专业领域的兴起，例如贸易法、环境法和人权法，国际法规则和机构的迅速增多已经产生了一种观点，即认为作为一个完整体系的国际法正处于走向不成体系的过程。这产生了一种担忧，即国际法的中心已经无法维持，而且国际法可能分解成一系列离散的地方化或有限的体系，彼此之间几乎没有或者说根本没有联系。在许多方
66 面，它是所谓全球化的一种迸发，结果导致实践和机制在全世界范围内的扩散，[77] 产生了不成体系这个问题。一种观点认为，它“导致出现社会行为及结构的专门和相对自治的领域”。[78] 这引起了关于国际法中自足的体制和作为整体的国际法体系之间关系的辩论[79]，其中所表达出来的担忧是，那些没有明确权威关系的专业化规则和机制的兴起

---

〔75〕 例如参见：H. Charlesworth and C. M. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000; H. Charlesworth, C. M. Chinkin and S. Wright, “Feminist Approaches to International Law”, 85 AJIL, 1991, p.613, 以及 F. Tesón, “Feminism and International Law: A Reply”, 33 Va. JIL, 1993, p.647, 以及 *International Law: Modern Feminist Approaches* (eds. D. Buss and A. Manji), Oxford, 2005. 还可以参见：the “Final Report on Women's Equality and Nationality in International Law” in *Report of the Sixty-Ninth Conference*, International Law Association, London, 2000, p.248. 注意：《欧洲人权法院规则》第25条第2款要求该法院的各个部分“在性别上是平衡的”。1998年的《国际刑事法院规约》第36条第8款第1项第3目规定，该法院的法官的选举程序中应当包括“女性和男性法官的公平代表”，还可以参见：ICC-ASP/1/Res.-2（2002），这是关于任命法官的程序，要求具有最少数目的女性和男性候选法官。

〔76〕 例如参见：《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》，国际法委员会研究组的报告（马尔蒂·科斯肯涅米（M. Koskenniemi）定稿），A/CN.4/L.682, 2006; M. Koskenniemi and P. Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, 15 *Leiden Journal of International Law*, 2002, p.553; M. Prost and P. K. Clark, “Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law”, 5 *Chinese Journal of International Law*, 2006, p.341; B. Simma and D. Pulkowski, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, 17 EJIL, 2006, p.483, 以及 E. Benvenisti and G. W. Downs, “The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law”, 60 *Stanford Law Review*, 2007, p.595.

〔77〕 例如参见：P. S. Berman, *The Globalisation of International Law*, Aldershot, 2005.

〔78〕 国际法委员会关于不成体系问题的报告，第11页。

〔79〕 关于早期的一个例子，参见：B. Simma, “Self-Contained Regimes”, 16 Netherlands YIL, 1985, p.111.

可能导致地方化体系之间的冲突，至少在解释和发展国际法方面会导致不一致。[80] 虽然从某种程度上说，前者实属危险[81]，但国际法仍然有强大的中央化动力，而且的确有一种强有力的推定以对付规范冲突[82]：例如，特别法（*lex specialis*）优于一般法（*lex generalis*）。这项原则表明，更加详细和确定的规则具有优先性。[83] 作为一套分散的体系，国际法长期以来都不得不面对把产生于一般的条约、特定的条约和习惯法的各种各样的规则相互联系起来的问题，这也是事实。随着国际法专业领域的增多，存在着把那些分散的领域联系起来的越来越明显的趋势。[84] 而且，虽然各种国际性质的法院和法庭的判决可能并不总是互相协调，但存在着以国际法院为最高的权威等级系统。[85] 国际法委员会关于不成体系问题的报告得出了两个主要结论：第一个结论是："特别条约体制（不应称为'自成一体的体制'）的诞生并未严重损害法律保障、可预见性或法律主体的平等地位"；第二个结论是："必须更多地关注规范和体制的冲突问题以及处理此类冲突的规则、方法和技术。"[86] 67

结论

对国际法理论和学说的范围以及国际法和国际关系之间密切关系的强调[87]证实了

---

〔80〕 例如参见：*Unity and Diversity in International Law* (eds. A. Zimmermann and R. Hofmann), Berlin, 2006; K. Wellens, "Fragmentation of International Law and Establishment of an Accountability Regime for International Organizations", 25 *Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 1159, and *L'Influence des Sources sur l'Unité et la Fragmentation du Droit International* (eds. K. C. Wellens and R. H. Viraxia), Brussels, 2006.

〔81〕 例如参见：A. Reinisch, "Necessity in InternationalArbitration—AnUnnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina", 8 *Journal of World Investment and Trade*, 2007, p. 191.

〔82〕 国际法委员会关于不成体系问题的报告，第 25 页。

〔83〕 进一步参见后面，第 3 章，第 124 页。

〔84〕 例如，关于人权法和人道法（或战争法），参见：A. E. Cassimitis, "International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law", 56 ICLQ, 2007, p. 623. 进一步参见下文，第 21 章，第 1180 页（本书边码）。

〔85〕 进一步参见下文，第 19 章，第 1115 页（本书边码）。

〔86〕 第 248—249 页。

〔87〕 例如参见：A.-M. Slaughter, A. S. Tulumello and S. Wood, "International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship", 92 AJIL, 1998, p. 367, 以及 Slaughter, *A New World Order*. 还可以参见：Bobbitt, *Shield*, 他认为，民族国家已经死亡，取而代之的是市场国家，相应地对国际法和组织带来了改变，例如第 353 页及其以下，第 667 页及其以下。

国际法的重要性以及它所面临的内在困难。[88] 国际法显然不仅仅是一套简单的规则。从最为广义的角度讲，它是一种文化，因为它是一种提出请求、反请求、期望和预料，以及为评估此种要求并区分它们先后次序提供框架的一种方式。

国际法在一个特定的具体世界体系中发挥作用，涉及的行为者的范围从国家到国际组织、公司和个人。这样一来，就需要对这些参与者的需求和渴望作出反应。国际体系逐渐由参与跨界行为的合作和竞争的要素所组成，但国际法基本的规范和结构性质仍然没有改变。法律不是谈判和解决或战胜跨界问题的唯一途径。它是对付现存复杂多变
68 体系的许多方式之一，但却是一种具有某种威望和影响的方式，因为它具有以互相接受的义务形式体现出来的那种性质。[89] 不能把法律和政治截然分开。它们是不同的。但是，它们的确在一些层次上互相产生作用。它们是一种至关重要的共生关系。它们不会相互减少对方学科的重要意义。

进一步阅读推荐书目

P. Bobbitt, *The Shield of Achilles*, London, 2002

H. Charlesworth and C. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000

T M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995 *The Empowered Self*, Oxford, 1999

M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, 2001

S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Cambridge, 2000

R. Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society*, The Hague, 2000

---

〔88〕 注意，就在近期基于实力现实主义思路复兴而提出的观点，尤其是在美国，认为国际法只是与外交以及追求国家利益相关、而且暗含屈从于它们的众多复杂因素中的一种而已。例如参见：J. L. Goldsmith and E. A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford, 2005，以及 M. J. Glennon, *Limits of Law, Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo*, New York, 2001，但是，比较：Franck, *Power of Legitimacy*；A. Van Aaken, "To Do Away with International Law? Some Limits to the 'Limits of International Law'", 17 EJIL, 2006, p. 289，以及 G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004.

〔89〕 希金斯(Higgins)曾经指出："必须通过考察行为者(最常见的是国家)在没有有利于它们的国际法院判决的情况下通常相信在它们彼此关系中构成行为规范的内容来识别国际法。" *Problems and Process*, p. 18.

3
渊　　源

在国内法中，任何时候确定法律的存在一般都不会是一个困难的过程。[1] 例如，在英国法中，人们只需要查看一下某个问题是否有议会法案作出规定，以及如果有，还可以查看各种法律报告，以便了解法院是如何解释的。如果制定法没有涉及某个特定问题，还可以研究法院判例，以便获得所需的信息。换言之，存在寻找法律的确定方法。除了核实规则的内容外，这种方法还可以证明法律是如何制定的，即法律是通过议会立法或司法判例制定出来的。这使法律程序有了某种程度的确定性，因为人们可以知道一项建

---

〔1〕 一般性参见：C. Parry, The Sources and Evidences of International Law, Cambridge, 1965; M. Sørensen, Les Sources de Droit International, Paris, 1946; V. D. Degan, Sources of International Law, The Hague, 1997; Oppenheim's International Law (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, p. 22; I. Brownlie, Principles of Public International Law, 6th edn, Oxford, 2003, chapter 1; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, Droit International Public, 7th edn, Paris, 2002, p. 111; A. Boyle and C. Chinkin, The Making of International Law, Oxford, 2007; G. M. Danilenko, Law-Making in the International Community, The Hague, 1993; G. I. Tunkin, Theory of International Law, London, 1974, pp. 89—203; J. W. Verzijl, International Law in Historical Perspective, Leiden, 1968, vol. I, p. 1; H. Lauterpacht, International Law: Collected Papers, Cambridge, 1970, vol. I, p. 58; Change and Stability in International Law-Making (eds. A. Cassese and J. Weiler), Leiden, 1988; A. Bos, A Methodology of International Law, Amsterdam, 1984; A. Cassese, International Law, Oxford, 2nd edn, Oxford, 2005, chapters 8—10; A. Pellet, "Article 38" in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (eds. A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm), Oxford, 2006, p. 677; M. Virally, "The Sources of International Law" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, p. 116; C. Tomuschat, "Obligations Arising for States Without or Against Their Will", 241 HR, 1993, p. 195; B. Simma, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", 250 HR, 1994, p. 219; M. Mendelson, "The International Court of Justice and the Sources of International Law" in *Fifty Years of the International Court of justice* (eds. A. V. Lowe and M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, p. 63; G. Abi-Saab, "Les Sources du Droit International-Un Essai de Déconstruction" in *Le Droit International dans un Monde en Mutation*, Montevideo, 1994, p. 29, and O. Schachter, "Recent Trends in International Law-Making", 12 *Australian YIL*, 1992.

70 议何时成了法律，而且，解决关于法律的任何争端都有明显的必要机制。这反映了国内法具有权威层级的等级特性，使法律具有相当程度的稳定性和可预见性。

当我们考察国际法的情形时，却形成了极其鲜明的对比。我们知道，在国际法中缺乏立法、行政和法院结构，随着下面的讨论，人们会更加清楚这种情形引起的后果，那就是：没有一个单独的机构能够制定在国际上对大家都有拘束力的法律，也没有一个适当的具有全面和强制管辖权的法院体系来解释和发展法律。因此，人们面临到哪里寻找法律以及如何判断某个建议是否已经形成法律规则的问题。世界事务的无政府性质以及处于竞争状态的国家主权之间的冲突更加剧了这种困惑。然而，国际法的确是存在的，而且是可以确定的。有一些“渊源”是用来提取并分析规则的。

“渊源”是指法律体系在技术层面运作的规定，那种作为理性或道德的最终渊源不包括在内；那些更加功能性的渊源，例如图书馆和杂志，也不包括在内。本书旨在对国际法规则出现的过程加以考察。[2]

《国际法院规约》第38条第1款被广泛承认为关于国际法渊源的最权威和最完全的表述。[3] 该款规定：

> 法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：
>
> （子）不论普通或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。
>
> （丑）国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。
>
> （寅）一般法律原则为文明各国所承认者。
>
> （卯）在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。

71 虽然这种描述从技术上说仅限于国际法院必须适用的国际法渊源，但事实上，法院的职能是对提交给它的争端“依国际法”作出判决。并且，由于联合国的所有会员国事实上根据《联合国宪章》第93条（该条规定，联合国非会员国可以单独成为《国际法院规约》的缔约国：直到2002年加入联合国之前，瑞士就是一个典型的例子）都是该规约的缔约国，因此该规定（《规约》第38条第1款——译者注）表达了人们对国际法渊源的普遍理解。对此，不存在重大争议。

一些学者试图将该项规定中的渊源进行分类，即：国际公约、习惯和一般法律原则被

---

〔2〕 例如，另参见：M. S. McDougal and W. M. Reisman, “The Prescribing Function: How International Law is Made”, 6 *Yale Studies in World Public Order*, 1980, p. 249.

〔3〕 参见，例如：Brownlie, *Principles*, p. 5; *Oppenheim's International Law*, p. 24, and M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, New York, 1934, pp. 601 及其以下。

描述为三种专门的法律制定过程，而司法判例和学术著作被视为确定法律的工具，用来验证所指称的规则。[4] 但是，在现实中，并不是总能作出严格而迅速的分类。不同的功能在很大程度上有重叠，因此，在许多情形下，条约（或公约）仅仅只是重申已被接受的习惯法规则而已，并且，国际法院的判决实际上以国内法官在解释现行法律的过程中形成新法律的同样方式创造着法律。[5]

有时还有形式渊源和实质渊源之分。[6] 据称，前者赋予规则义务的性质，而后者则构成规则的实际内容。因此，形式渊源看来体现了识别法律的宪法机制，而实质渊源则包含规范的实质或内容。由于国际法有特殊的宪法结构，因此这种划分尤其受到了批评。试图明确划分实质和程序内容在国际法上是有困难的，这样做往往转移了人们对更为重要的问题的注意。

习惯[7] 72

引言

在任何原始社会中，均会出现某些行为规则、并规定什么是允许的和不允许的。这

---

〔4〕 参见，例如：G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd edn, London, 1957, vol. I, pp. 26—7.

〔5〕 这种例子很多，参见下文，第 4 章，第 138 页。

〔6〕 参见，例如：Brownlie, *Principles*, p. 1. 另参见：Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, pp. 111—12, 指出，“法律的形式渊源是阐明法律的程序以及各种思考实证法的规则技巧。实质渊源是国际规范的社会学形式以及它们或多或少通过法律理论或主题所体现出来的政治、道德或经济基础”，and Pellet, “Article 38” p. 714.

〔7〕 一般性参见：A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell, 1971; M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, 47 BYIL, 1974—5, p. 1; M. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, 272 HR, 1999, p. 159, B Cheng, “Custom: The Future of General State Practice in a Divided World” in *The Structure and Process of International Law* (eds. R. St J. Macdonald and D. Johnston), Dordrecht, 1983, p. 513; A. E. Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, 95 AJIL, 2001, p. 757; H. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden, 1972; *Sources of State Practice in International Law* (eds. R. Gaebler and M. Smolka-Day), Ardley, 2002; K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd edn, 1993, and Wolfke, “Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law”, Netherlands YIL, 1993, p. 1; L. Kopelmanas, “Custom as a Means ofthe Creation of International Law”, 18 BYIL, 1937, p. 127; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1958, pp. 368—93; J. Kunz, “The Nature of Customary International Law”, 47 AJIL, 1953, p. 662, R. I. Dupuy, “Coutume Sage et Coutume Sauvage”, *Mélanges Rousseau*, Paris, 1974, p. 75; B. Stern, “La Coutume au Coeur du Droit International”, *Mélanges Reuter*, Paris, 1981, p. 479; R. Y. Jennings, “Law-Making and Package Deal”, *Mélanges Reuter*,

种规则几乎都在群体内下意识地发展着，并在社会的压力之下以及在其他更明确的实施措施的帮助下得到全体成员的维护。至少在早期阶段，这些规则既不是成文的，也没有
73 被编纂。它们在被称为历史正当性的某种光环下最终幸存下来。[8]随着社会的发展，它将通过创造法律机构，例如法院和立法机关，使行为准则现代化。但习惯依然存在并会继续演变，因为习惯是人们用来描述原始造法过程的方式。[9]在任何时期，习惯都是社会需要和价值的权威表述。

在现代世界各国法律中，特别是在发达国家的法律中，习惯是相对笨拙的造法方式，而且是不重要的，有时仅具有令人怀旧的价值。[10]然而，由于国际体系的性质以及中央政府机关的缺失，习惯在国际法中却是一个充满活力的法律渊源。

可以从国家实践和行为中推演出习惯规则的存在。不过，问题就是从这里开始的。人们如何断定某国采取的某个特定的行为反映的是法律规则还是仅仅出于礼节才作出的？的确，由于没有一个有生命的“国家”，只有千万个在不同的部门行使政府职责的官员，人们如何发现某国确切地在做什么和为什么那样做呢？另外，还存在创造新规则的

---

p. 347; G. Danilenko, "The Theory of International Customary Law", 31 German YIL, 1988, p. 9; Barberis, "Réfléxions sur la Coutume Internationale", AFDI, 1990, p. 9; L. Condorelli, 'Custom' in *International Law: Achievements and Perspectives* (ed. M. Bediaoui), Paris, 1991, p. 206; M. Byers, "Custom, Power and the Power of Rules", 17 *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 109; H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1960—89 (Part two)", 61 BYIL, 1990, pp. 3, 31; and Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: 1960—89: Supplement, 2005: Parts One and Two", 76 BYIL, 2006, pp. 1, 92; J. Kammerhofer, "The Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems", 15 EJIL, 2004, p. 523; P. M. Dupuy, "Théorie des Sources et Coutume en Droit International Contemporain" in *Le Droit International dans un Monde en Mutation*, p. 51; D. P. Fidler, "Challenging the Classic Conception of Custom", German YIL, 1997, p. 198; R. Müllerson, "On theNature and Scope of Customary International Law", *Austrian Review of International and European Law*, 1998, p. 1; M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge, 1999, and A. Carty, *The Decay of International Law?*, Manchester, 1986, chapter 3. 另见：the "Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law" in *Report of the Sixty-Ninth Conference*, International Law Association, London, 2000, p. 713.

〔8〕 参见，例如：R. Unger, *Law in Modern Society*, London, 1976, 作者指出习惯法可以被视为“个人与团体间共同的相互作用的模式，同时还有这些团体和个人或多或少的明示地承认，这些相互作用的模式产生应该满足的对等的行为期待”，第 49 页。另参见：R. Dias, Jurisprudence, 5th edn, London, 1985, chapter 9, and H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

〔9〕 参见，例如：D. *Lloyd, Introduction to Jurisprudence*, 4th edn, London, 1979, p. 649, and H. Maine, *Ancient Law*, London, 1861.

〔10〕 参见，例如：Dias, *Jurisprudence*.

速度和抗议的效果等问题。

关于国际法上习惯体系的价值是有争议的。一些学者否定习惯作为法律渊源在当今的意义,指出习惯太笨拙,形成的速度太慢,早已不适合国际法的发展。[11] 然而,其他学者宣称,习惯是充满活力的法律创造过程,比条约更重要,因为习惯有普遍的适用性。[12] 还有一种观点承认习惯是有价值的,因为同时发生的行为使其具有活力,它反映了当代社会的关注。但是,由于现在的国际法不得不面对国家行为的迅速增多以及多样性,也不得不对付许多不同文化和政治传统,人们认识到习惯的作用已大大削弱了。[13]

上述观点均有正确之处。在各种冲突的行为中,不容易形成一个新的习惯法规则, 74
而且在收集所有必要的信息方面还存在大量问题。习惯不总是最好的用来规范世界上发生的复杂问题的工具。但是,在一些特殊情势下,习惯可能应付现代生活的偶然事件。正如将要看到的,可能在某种情况下把某些东西称为"即时"习惯法,即不需要经历长期的行为就可以规定为有效的规则。习惯可以、而且确实常常巧妙地与复杂的机制相吻合。这是为识别和推进国际法原则而运行的机制。

不仅如此,习惯的确反映了分散的国际体系的特点。尽管在新规则的形成过程中,一些国家比其他国家有较多的平等这种说法不是毫无道理,但习惯是民主的,因为所有国家都可以参与此过程。如果国际社会不喜欢某个法律,可以相对快地改变它而无须召集并成功举行世界会议。这反映了协商一致作出决定的方法,能让大多数成员制定对所有成员都有拘束力的新法律。而且,正是国家的参与鼓励着它们去遵守习惯规则。习惯的不精确性也意味着灵活和模糊。的确,海洋法上专属经济区概念的创造可以作为这种过程的例子。这个问题在第 11 章中讨论。依据第 38 条,习惯的本质是,它应构成"作为通例之证明而经接受为法律者"。因此,要确定一项习惯是否形成,可能需要发觉是否存在两个基本要素:实实在在的事实,即国家的实际行为,以及相信这种行为是"法律"的心理或主观信念。正如国际法院在"利比亚/马耳他"案(the *Libya/Malta* case)中所指出的,习惯法的实质内容必须"在国家的实际行为和法律确信中去寻找"。[14]

提及第一个要求的理由是可以理解的,因为习惯赖以建立的基础是国家从事的活动和实践的总和,也就是国家实际所做的。需要某些解释的是心理要素(法律确信,*opinio*

---

〔11〕 参见,例如:W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964, pp. 121—3. 另参见: I. De Lupis, *The Concept of International Law*, Aldershot, 1987, pp. 112—16.

〔12〕 E. g. D'Amato, *Concept of Custom*, p. 12.

〔13〕 C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, 3rd edn, Princeton, 1960, pp. 161—2.

〔14〕 ICJ Reports, 1985, pp. 13, 29; 81 ILR, p. 239. 另参见: *the Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 253; 110 ILR, p. 163.

75 *juris*)。如果将习惯仅界定为国家实践,就会面对如何区分国际法与社会道德或社会惯例的问题。这是因为,国家并不将其行为局限于法律所要求的那些行为。它们可能仅仅凭着一种善意的感觉去遵循某种行为规范并希望是互惠的。国家不必允许旅游者进入其领土或者不必发射卫星,就是例子。没有法律要求它们承担对发展中国家履行经济援助的这项严格的义务。简单的事实是,作出这样的事并不意味着它们必须那样做。

因此,问题是如何区分因法律而作出的行为与由于从善意到气愤以及从思想上的支持到政治贿赂的其他一系列原因而作出的行为。如果习惯法只限于国家的公开行为,人们将无法解决这个问题。

因此,习惯定义中的第二个要素得到了详细解释。这就是心理因素,即国家关于以某种方式行事是因为它认为有以那种方式行事的法律义务的信念。这在法律术语中是所谓"必要的法律确信"(*opinio juris sive necessitatis*)。法国学者弗朗索瓦·惹尼(Francois Gény)在试图区别法律习惯与单纯的社会惯例时第一次使用了此概念。[15]

但是,公开行为和主观确信这两个因素究竟哪个更重要,在不同学者之间存有争议。[16] 强调国家主权的实证主义者着重指出心理要素极其重要。国家仅受其同意了的规则的拘束。因此,他们把实质的要素最小化,以便更加重视法律确信的价值。如果国家相信作出一种行为是合法的并那样去做,即使仅做一次,也可以推定它们默示同意了相关规则。按照这种分析思路,许多实证主义思想家们倾向于将很多公开表现(例如关于重复和持续时间)的要求减到最少。[17] 其他学者的思路正好相反,他们认为,法律确
76 信是无法证明的,因此没有明显的结果。例如凯尔逊写道,有权决定任何一套惯例是否能够创造习惯的是法院,某国或某些国家的主观感觉不能用来对是否具有合法性作出最终判定。[18]

---

〔15〕 *Méthode d' Interprétation et sources en Droit Privé Positif*, 1899, para. 110.

〔16〕 参见,例如:R. Müllerson, "The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law" in *International Law-Theory and Practice* (ed. K. Wellens), The Hague, 1998, p. 161.

〔17〕 参见,例如:D. Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 3rd edn, 1928, pp. 73—6; K. Strupp, "Les Règles Générales du Droit International de la Paix", 47 HR, 1934, p. 263; Tunkin, *Theory of International Law*, pp. 113—33, and "Remarks on the Judicial Nature of Customary Norms of International Law", 49 *California Law Review*, 1961, pp. 419—21, and B. Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", 5 *Indian Journal of International Law*, 1965, p. 23.

〔18〕 "Théorie du Droit International Coutumier", 1 *Revue International de la Théorie du Droit*, 1939, pp. 253, 264—6. 另参见: P. Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, Paris, 1953, pp. 46—8; T. Gihl, "The Legal Character of Sources of International Law", *Scandinavian Studies in Law*, 1957, pp. 53, 84, and *Oppenheim's International Law*, pp. 27—31.

实质性事实

国家从事的实际行为是要说明的首要因素。关于国家作出的某个特定实践的性质，有许多问题需要加以考虑，包括持续的时间、一贯性、重复和一般性。关于持续的时间，许多国家都在其国内体系中确定将某实践接受为习惯的公认的时间范围。从1189年发展起来的英国普通法中的“从远古以来”到欧洲大陆国家要求的30或40年不等，时间范围可能是不同的。

国际法上没有严格的时间因素，而是依具体情况和相关惯例的性质而定。在某些领域，例如航空和空间法，规则发展得很快，但是在其他领域，这个过程很慢。因此，持续时间不是国家实践构成要素中最重要的。[19] 关于习惯的本质，应当从其他方面寻找。

关于持续性和重复的基本规则在国际法院1950年审理的“庇护”案（the *Asylum* case）中得到了阐释。[20] 法院宣称，习惯规则必须“与经过相关国家一贯并一致实践过的惯例相符”。[21] 该案涉及秘鲁人托雷（Haya de la Torre）。此人发动的政变失败了，被秘鲁政府追捕。哥伦比亚驻利马大使馆允许他进入使馆庇护，但秘鲁拒绝颁发允许托雷离开该国的安全证件。哥伦比亚将该问题提交国际法院，并要求法院判定它（哥伦比 77
亚）有权确定托雷的罪行是刑事罪行还是政治罪行，如果是政治罪行，应该允许庇护并获得安全证件。

在确定习惯规则的性质时，法院认为，习惯必须是一国的权利（哥伦比亚）和另一国（秘鲁）的义务。但是，在“庇护”案中，法院认为，国家实践太不确定，而且是相互矛盾的，不能构成有权单方面确定相关罪行的“一贯并一致的惯例”。[22] 这里所涉及的问题是仅适用于拉丁美洲的区域习惯。有人可能会争辩说，在主张一般习惯时，不一定需要遵循同样的方法，在一般习惯的情形下，可以适用较低的举证标准。[23]

在“英挪渔业”案（the *Anglo-Norwegian Fisheries* case）[24] 中，国际法院强调指出，在某习惯形成之前，国家实践某种程度的一致是至关重要的。针对挪威测算领海宽度的方

---

〔19〕 参见：D'Amato, *Concept of Custom*, pp. 56—8 and Akehurst, “Custom as a Source”, pp. 15—16. 尼古利斯科（Negulesco）法官在一种不幸的说法中强调习惯需要无数的惯例：*European Commission of the Danube*, PCIJ, Series B, No. 14, 1927, p. 105. 4 AD, p. 126. 另参见：Brownlie, *Principles*, p. 7, and *the North Sea Continental Shelf cases*, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 43; 41 ILR, pp. 29, 72.

〔20〕 ICJ Reports, 1950, p. 266; 17 ILR, p. 280.

〔21〕 ICJ Reports, 1950, pp. 276—7; 17 ILR, p. 284.

〔22〕 同上。

〔23〕 进一步参见下文，第87页。

〔24〕 ICJ Reports, 1951, pp. 116, 131 and 138; 18 ILR, p. 86.

法,英国声称的习惯规则是,直线基线只可以划在从湾口的一端到另一端距离不到 10 英里处,作为测算领海的基线。法院驳回了这种主张,指出国家的实际实践并未证明产生了任何这种习惯。换言之,行为的一致性尚不充分。

"北海大陆架"案(the *North Sea Continental Shelf* cases)[25]涉及德国为一方以及荷兰和丹麦为另一方关于大陆架划界的争端。国际法院指出,国家实践必须"在所援引的规定意义上既广泛又基本一致"。对于形成一项新的国际法习惯规则来说,这是必不可少
78 的。[26] 但是,法院在"尼加拉瓜诉美国"案(*Nicaragua* v. *United States*)[27]中强调,相关的实践不一定必须与所声称的习惯规则"绝对严格一致"。法院继续指出:

> 为了推演出习惯规则的存在,法院认为这样就足够了,即国家的行为一般应该与该规则一致。一般应把国家与该规则不相符的行为作为违反该规则处理,而不是承认其为一个新规则的表现。[28]

在创造一项有拘束力的习惯时,是否符合了这个必要的标准,要看所声称的规则的性质以及由它引起的反对的情况。这部分地涉及模糊不清的问题,即那种不可能确切指出所主张的习惯的情形,例如"庇护"案,在那个案件中,提出的证据许多是相互冲突和矛盾的。

另一方面,国家提出的没有确实根据的主张是不能接受的,因为那将构成单方面制定法律并减损合理公平的国际法。如果某建议遭到大量反对,它就是一个不想要的假想的规则,不是一项确定的规则,可以予以忽略。另一个相关因素是一项声称已经被推翻了的规则的效力。[29] 例如,关于国家对其空气空间的主权的习惯法在第一次世界大战之前的一些年里及其期间很快发展成形。类似地,国家对外层空间人造卫星轨道没有主权这项原则在第一颗人造卫星发射后迅速形成。郑斌(Bin Cheng)争辩说,在这种情形下,没有必要要求存在不断的实践,但必须要求存在明确公认的法律确信。因此,"即

---

[25] ICJ Reports, 1969, p. 3; 41 ILR, p. 29.

[26] ICJ Reports, 1969, p. 43; 41 ILR, p. 72. 注意:法院正在处理的是在纯属条约规则的基础上创设习惯的问题。参见 Akehurst, "Custom as a Source", p. 21, 特别是脚注 5。另参见: the *Paquete Habana* case, 175 US 677 (1900) and the *Lotus* case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, p. 153.

[27] ICJ Reports, 1986, p. 14; 76 ILR, p. 349.

[28] ICJ Reports, 1986, p. 98; 76 ILR, p. 432.

[29] 参见: D'Amato, *Concept of Custom*, pp. 60—1, and Akehurst, "Custom as a Source", p. 19. 另参见:Judge Alvarez, *the Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, pp. 1 16, 152; 18 ILR, pp. 86, 105, and judge Loder, the *Lotus* case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, pp. 18, 34.

时”的习惯法是可能的。[30]

特别考虑到只能通过一系列惯例,没有任何其他方法来证明习惯规则存在的困难,这种仅仅靠行为就可以创造习惯的主张遭到了批评。[31] 然而,结论必定是这样的,即对习惯的创立发挥关键作用的是国际情形。在时常面对由动态过程带来的新情势的社会中,明显需要合理迅速的方法,通过快捷的制定规则的体系来应对这种变化。在新的国 79
际法律领域中,由于相关情势的新颖性、没有相反的规则需要处理以及国际关系中极有必要维持一种规则意识,习惯可能通过国家实践迅速得以确立。

德·维歇(De Visscher)用一种特别的类比来说明习惯法的一般性质。他把习惯的出现比作是在空旷的土地上逐渐形成了一条道路。起初的方向并不确定,之后,大多数人开始循着相同路线,形成了一条道路。尽管不可能指明后一种变化的确切时间,但没用多长时间那条道路就变成了一条公认的唯一正规的道路,习惯的形成也是如此。德·维歇通过下面的比拟发展了这种思想:正如一些人的脚印比其他人重是因为他们的体重更重些,世界上更有影响的国家用更多的活力去开辟道路,并往往成为前进道路上的保障者和护卫者。[32]

特定国家以特定方式作出行为的原因是不同的,但是,它们认知其利益的方式是非常接近的。这同样取决于国家的权力和作用及其国际地位。因此,习惯在某种程度上应该反映大多数国家的感觉,因为习惯赖以建立的基础是惯例,在国家表达它们的权力、希望和担心时,实践着这些惯例。但是,某些国家的影响力和权力比其他国家更大些,它们的活动应被认为具有更大的意义。反映在国际法上,习惯可能由少数国家创造出来,但条件是这些国家与相关问题联系密切,不是因为它们的财富和权力,而是因为它们与该事件的主题有着特殊关系,例如海洋国家与海洋法的关系。法律不能脱离政治或权力,这是这个假定的例证。[33]

例如,英国在其权力鼎盛时期对 19 世纪海洋法和捕获法的发展有着非常突出的影响。一些建议后来似乎就是这样被接受为习惯国际法一部分的。有许多这种例子,可以 80
说航行程序就是其中之一。类似地,苏联(现在的俄罗斯)和美国对外空法的影响非常

---

〔30〕 Cheng, “United Nations Resolutions”.

〔31〕 参见,例如: Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, pp. 325—6.

〔32〕 De Visscher, *Theory and Reality*, p. 149. 另参见: Lauterpacht, *Development of International Law*, p. 368; P. Cobbett, *Leading Cases on International Law*, 4th edn, 1922, p. 5, and “Custom as a Source”, Akehurst, pp. 22—3.

〔33〕 参见,例如: *the North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 42—3; 41 ILR, pp. 29, 71—3.

突出。[34]

人们可以得出这样的结论,即某习惯如果要被接受并被承认,在该特定领域的主要国家必须达成一致。如果海洋大国不同意或不默认,无论有多少内陆国提出要求,不可能将一项关于领海宽度的规定作为法律对待。其他国家可以提出想法并施加压力,但没有那些有最大利益的国家的同意,不可能构成习惯法规则。这是由国际体系的性质决定的,在该体系内谁都可以参与,但拥有更大权力的国家的观点有更大的影响力。

因此,在任何特定领域,实践的时间长短和实践的普遍性与促成新的习惯法规则形成的国家相比,其重要性处于次要地位。不要求有普遍性,但却要求与权力的相关性。虽然必须有某种程度的连续性,但这同样取决于惯例运作的情形和性质。

这些要素反映了实践的外部表现,并确定习惯的存在,还要作为习惯予以展示。但这并不意味着那就是法律,这一因素将在下个分节中予以考虑。但是,它的确意味着所有国家都不厌其烦地去发掘习惯的存在。这个突出的因素强调了惯例运作情形的重要性,还说明确定习惯存在的公开行为是更为重要的要素。

现阶段提出的问题是:不作为究竟有什么意义?如果一个国家,或在更加特殊的情况下,一个主要的国家不参与实践,究竟有多么重要?可以把它解释为是遵守惯例的默示行为吗?或者换个角度说,不作为是不是就意味着漠不关心,也就是说,直到用这样那样的方式作出决定时,实践才能成为习惯呢?不作为本身与作为同样都能证明国家的态度。它们以类似的方式反映某国处理周边状况的方式。例如,英国一直不进攻法国,而乍得则一直未将人送上月球。但是,这是否意味着英国承认不得攻击邻国的规则以及乍得接受不得向月球发射火箭的习惯呢?当然,第一个例子的答案是肯定的,第二个例子的答案则是否定的。因此,不作为可能产生不从事某个行为的法律义务,也可能是没有能力或在某特定情况下不愿意从事某个行为。人们确实认为,在某种情势下,持续不作为可以导致法律规则的形成。[35]

81

长期的不作为可以创造一个相反的习惯,即实际上不去那样做。下面的这个假设的谬论说明了这种说法的危险性,即:认为在20世纪50年代末(众多国家的)持续不作为是不得向外空发射人造卫星或火箭这项法律规则的一个证据。另一方面,当某项特定的行为规则确立之后,如果国家不提出抗议,那么就可以说等于同意该项规则。

---

〔34〕 参见,例如: Cheng, "United Nations Resolutions"; C. Christol, *The Modern International Law of Outer Space*, New York, 1982, and Christol, *Space Law: Past, Present and Future*, The Hague, 1991. 进一步参见下文,第10章。

〔35〕 参见,例如: Tunkin, *Theory of International Law*, pp. 1 16—17. 但比较:D'Amato, *Concept of Custom*, pp. 61—3 and 88—9.

在“荷花号”案(the *Lotus* case)[36]的特别情况下,作为国际法院前身的常设国际法院确定了很高的标准。该法院宣称,只有当习惯规则是建立在意识到放弃是一项义务时,国家的放弃才是对该项习惯规则的默认。换言之,国家实际上不得不明白,它们不以某特定方式行事是因为它们有不那样做的确定的义务。该判决受到了批评。看来,该判决涵盖了基于法律义务而不作为的各种情形,但并不包括国家只是不反对一项现存的特定规则而默示接受该规则的合法性和相关性的情形。

不过,应当提及的是,默认必须建立在对所援引规则完全知晓的基础之上。如果不能采取某种行动是因为不了解所有的相关情况或与这种无知有某种关系或受其影响,那么就不能解释为已经默认。

什么是国家实践?

我们已经对国家行为的某些内容进行了考察,而且尝试着将它们置于某种相关背景下进行考察。但是,什么是国家实践呢?是否包括国家发起的各种行为?还是仅局限于 82
实际的积极行为呢?简单地说,是否还包括发言、非正式文件和政府声明,还是仅限于国家实际所作的行为呢?

形成习惯的基础是国家在实践中如何行为,但是,证明国家所做的证据可以从各种来源获得。明显的例子包括行政行为、立法、法院判决和在国际上进行的诸如缔约的活动。[37] 国家不是一种有生命的实体,而是由政府部门和成千上万的官员组成的,国家活动遍及各级国家机关的整个范围。国家有法律官员、立法机构、法院、外交代表和政治领导人。这些机关各自从事与国际领域相关的活动,因此必须对所有这些以及更多的实质渊源进行研究,以便发现国家所做行为的证据。[38]

发现国家正在从事的行为的一种显而易见的方法是阅读报纸、参照历史纪录、听取政府当局所说的,并寻找许多官方出版物。还存在许多关于各种领导人物的回忆录、关于法律问题、外交往来和国家法律顾问的官方手册。所有这些方法对于谋求确定国家的实际实践都是很有价值的。

---

〔36〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, p. 153.

〔37〕 参见例如 Pellet, “第 38 条”, p. 751, and *Congo* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2002, pp. 3, 23—4; 128 ILR, pp. 60, 78—80。

〔38〕 参见,例如: Yearbook of the ILC, 1950, vol. II, pp. 368—72, and the *Interhandel* case, ICJ Reports, 1959, p. 27. 还应注意布莱尔利(Brierly)的下述评论,不是代表一国发表的所有争论都能代表该国确定的或不偏不倚的观点, *The Law of Nations*, 6th edn, Oxford, 1963, p. 60. 另参见: Brownlie, *Principles*, p. 6, and Akehurst, “Custom as a Source”, p. 2.

此外，还要注意联合国大会的决议、政府对国际法委员会起草的草案所作出的评论、
83 国际司法机构的判决、国内法院的判决、条约和国际组织的一般实践。[39]

事实上，国际组织对于创造习惯法是有帮助的。例如，国际法院的咨询意见宣布，联合国享有国际人格，部分地是基于联合国的实际行为。[40] 国际法委员会曾指出，“关于国家与国际组织的关系，有关国际组织累积实践的记录可以被视为习惯国际法的证据”。[41] 国际法院还指出，现存规则和原则的证据可以到联合国大会和安全理事会通过的决议中去寻找。[42]

国家的国内法在某种情形下可以形成习惯规则的基础。在美国最高法院 1871 年审理的“斯科舍”案（the *Scotia* case）[43] 中，一艘英国船舶在公海上将一艘美国船舶撞沉。法院认为，由议会法案确立的英国航行程序构成相关国际习惯的基础，因为其他国家以几乎相同的措辞进行立法。因此，由于没有展示正确的信号灯，美国船舶有过错。法院还表达了下面的观点：仅仅只是主张，而没有实际所从事的实质行为，就不能构成国家实践。这是以下述规则为基础的：“在（国家）采取执行行动之前，这种主张对于预测国家实际上将做什么没有什么价值。”[44] 正像已经表述过的那样，这显然是少数意见。[45] 国

---

〔39〕 美国出版了一系列包含国际法实践的出版物。参见 the *Digests of International Law* produced by Wharton (1887), Moore (1906) and Whiteman (1963—70). 从 1973 年到 1980 年，每年出版《美国国际法实践文摘》(an annual *Digest of US Practice in International Law*)，此外出版了三卷包含 1981—88 年实践文摘。该系列出版物从 2000 年恢复出版。另参见：H. A. Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, London, 2 vols., 1932.-15; A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, 3 vols., 1956; C. Parry, *British Digest of International Law*, London, 1965, and E. Lauterpacht, *British Practice in International Law*, London, 1963—7. 现在一些年鉴中有关于国家实践的栏目，例如 *British Yearbook of International Law* and *Annuaire Franfais de Droit International*.

〔40〕 “赔偿”案，(The *Reparations* case), ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318. 另参见：“《灭种罪公约》保留”案, ICJ Reports, 1951, pp. 15, 25; 18 ILR, p. 364.

〔41〕 Yearbook of the ILC, 1950, vol. II, pp. 368—72. 另参见：Akehurst, “Custom as a Source”, p. 12.

〔42〕 参见 the Court's advisory opinion in the *Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 171; 129 ILR, pp. 37, 89—90.

〔43〕 14 Wallace 170 (1871). 另参见：the *Nottebohm* case, ICJ Reports, 1955, pp. 4, 22; 22 ILR, p. 349, and the *Paquete Habana* case, 175 US 677 (1900).

〔44〕 D'Amato, *Concept of Custom*, p. 88 and pp. 50—1. 另参见：Judge Read (dissenting), the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, pp. 116, 191; 18 ILR, pp. 86, 132.

〔45〕 Akehurst, “Custom as a Source”, pp. 2—3. 另参见：Thirlway, *International Customary Law*, p. 58.

家在各种情形下的主张和约定曾被引证为国家实践的证据，从逻辑上看理应如此[46]，尽管这些主张的分量当然可能会根据情形而有所不同。很清楚，这是正确的方法，因为提 84
出主张和反对主张的过程被公认为国家之间就国际规则和规范的地位所持的观点进行相互交流的方法。在这种意义上，它们运作的方式与实质行为相同。无论是在抽象的还是在特定情势下，它们都构成国际法规则形成的初步资料。[47] 有人建议，“国家实践还包含可以推断出一国关于习惯法观点的任何行为和声明”[48]，这种表述基本上是正确的。但是，应该注意的是，实践的所有因素的效力并不都是相等的，它们对于国家行为的价值取决于其性质和出处。

法律确信[49]

某特定惯例一旦被确立，就有必要考虑国家对其自身行为是怎么看的。将其视为一种道德行为还是政治行为，抑或是法律行为还是一项声明？如果认为某国的行为在法律上是一种义务，那么这种法律确信或信念是将惯例转变为习惯的因素，并使其成为国际法规则的一部分。换一种略有不同的说法，国家以某种方式行事是因为它们确信，它们那样做是被迫的。

常设国际法院在处理“荷花号”案时表达了这种观点。[50] 该案涉及的问题是关于法国船只“荷花号”与土耳其船只“泊兹—科特号”(Boz-Kourt)在公海的碰撞事件。土耳其船上的几人淹死。土耳其声称，法国船上的瞭望员失职。当“荷花号”到达伊斯坦布尔时，该法国官员因杀人罪被逮捕。该案件的问题是，土耳其是否有权对他进行审判？在

---

[46] 例如，the *Asylum* case, ICJ Reports, 1950, pp. 266, 277; 17 ILR, p. 280; the *Rights of US Nationals in Morocco* case, ICJ Reports, 1952, pp. 176, 200, 209; 19 ILR, p. 255, and the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 32—3, 47 and 53; 41 ILR, p. 29. 另参见：the *Fisheries Jurisdiction* cases, ICJ Reports, 1974, pp. 3, 47, 56—8, 81—8, 119—20, 135 and 161; 55 ILR, p. 238.

[47] 但是参见：Thirlway, *International Customary Law*, pp. 58—9.

[48] Akehurst, “Custom as a Source”, p. 10. 这也会包括国家的不作为和沉默：同上。

[49] 同上，pp. 31—42, and D'Amato, *Concept of Custom*, pp. 66—72. 另参见：Pellet, “Article 38”, p. 753; Mendelson, “Formation”, p. 245; Bos, *Methodology*, pp. 236 及其以下; P. Haggenmacher, “Des Deux Eléments du Droit Coutumier dans la Pratique de la Cour Internationale”, 91 *Revue Générale de Droit International Public*, 1985, p. 5; O. Elias, “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, 44 ICLQ, 1995, p. 501; I. M. Lobo de Souza, “The Role of State Consent in the Customary Process”, 44 ICLQ, 1995, p. 521, and B. Cheng, “*Opinio Juris*: A Key Concept in International Law that is Much Misunderstood” in International Law in *the Post-Cold War World* (eds. S. Yee and W. Tieya), London, 2001, p. 56.

[50] PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, p. 153.

85 各种论点中，法国认为，存在着一种习惯法规则，该规则规定被告的船旗国（法国）在这种情形下有排他的管辖权，因此受害者的国籍国（土耳其）不能起诉他。为了证明这一点，法国提出，在类似情势下，这种国家在以前的刑事诉讼中放弃了管辖权，从而推论出实践中存在默示同意，这种实践因此成为法律习惯。

法院驳回了这种主张，并宣布：即使放弃提起刑事诉讼的实践事实上是可以证明的，这种实践也不等于习惯。法院认为，“只有这种放弃是基于其（国家）意识到放弃是一种义务时，才可能说是国际习惯”。[51] 因此，缺乏义务这个基本内容，实践依然是实践，成不了别的。

在“北海大陆架”案[52]中，国际法院采取了类似方法。在北海大陆架划界的一般过程中，为了开采石油和勘探天然气，划出的界线将整个区域分成了属于不同国家的范围。但是，联邦德国在相关界线上不能同意荷兰或丹麦的划法，并把该问题提交到了国际法院。

1958 年的《日内瓦大陆架公约》第 6 条规定，如不能达成协议，除非在特定情况下有不同办法外，根据等距离原则在测算各自领海宽度的基线的最近点划定界线。这将意味着，一方面将以德国与荷兰相交的点，另一方面将以德国与丹麦相交的点，朝着北海的方向划出一条线。但是，由于德国的海岸线是凹进的，这种等距离线将集中于一点、并划出一个相对小的北海三角区。联邦德国签署了 1958 年《日内瓦公约》，但当时尚未批准，因此不受该公约的约束。因此，问题是，能否将情况解释为“等距离—特殊情况原则”已经成为习惯法并因此对德国有拘束力呢？

86 法院的结论是否定的。它认为，《日内瓦公约》的规定并不是现存习惯法的反映。法院强调，国际法委员会在条约草案中已经考虑到了这一点，该条约草案构成日内瓦讨论的基础。在提出等距离原则时是有相当疑虑的，带有某种试验的考虑，绝对不是作为一项正在出现的习惯国际法规则而提出的。[53] 问题随后转为：公约制定之后的实践是否创造了习惯规则？法院对这个问题作出了否定的回答，并宣布：虽然时间本身不是一个决定要素（诉讼开始时仅过了三年），但是：

> 一个必不可少的要求是，在相关时期内，虽然可能很短，国家实践，包括其利益受到特别影响的国家的实践，就被援引的规定来说应该既广泛又基本一致，并且还

---

〔51〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 28; 4 AD, p. 159.

〔52〕 ICJ Reports, 1969, p. 3; 41 ILR, p. 29.

〔53〕 ICJ Reports, 1969, pp. 32—41.

应该证明已经存在着涉及法律规则或法律义务的一般承认。[54]

法院在“尼加拉瓜”案[55]中坚持采用这种方法,并明确提及了在“北海大陆架”案中提及的方法。法院指出:

> 要形成一项新的习惯规则,不仅相关的行为“必须构成确定的实践”,而且必须伴随着必要的法律确信。无论作出该行为的国家还是对该行为作出反应的国家,必须有所表现,以便使其行为成为“下述信念的证据,即相信现存法律规则要求这种实践必须是一种义务。对这种信念的需要,即存在一种主观因素,暗含在必要法律确信的概念中”。[56]

因此,在证明习惯法形成的主观因素方面,法院采取并坚持了很高的标准。这是很清楚的。

与法律确信相关的一个大问题是,如果要求行为必须合法,那么如何才能创设新规则呢(因为创设新规则显然要求国家的行为不同于或者甚至违反当时被确认的法律)? 87
如果某国主张 3 海里的领海宽度,并相信那是合法的,该规则如何在习惯法中转变成例如允许 12 海里的领海宽度这样的新的习惯法呢(因为那样做显然不可能符合当时实行的法律)?[57] 很明显,如果坚持以严格的态度看待心理方面的问题,从逻辑上说,法律将会变得非常愚笨。看来,这样的事尚未发生。

因此,必须将这个问题作为一个过程来对待,在此过程中,国家以某种方式行事,相信这种行为是或者正在变成法律。这将取决于其他国家对这个立法过程如何作出反应:是被接受呢还是被拒绝? 接着,关于合法性的各种严格定义不得不得到修订,目的是了解国家的行为能否通过正当性的检验。如果某国主张 12 海里的领海宽度并相信,虽然 3 海里是公认的法律,但由于情况发生了变化,因此现在可能将 12 海里宽度作为正在变成法律的情况对待。对此的辩解是,如果其他国家跟着做,一项新的习惯法规则就确立了。如果其他国家反对这种提议,被提出的规则则慢慢消失,原来的规则继续存在,并得到国家实践和共同接受的巩固。正如法院自己在“尼加拉瓜”案[58]中指出的,“如果其他国家原则上同意一国主张的新权利或对某项原则的新的例外,那么这往往构成对已有

---

〔54〕 同上, p. 43. 另参见,例外:the *Asylum* case, ICJ Reports, 1950, pp. 266, 277; 17 ILR, p. 280, and the *Right of Passage* case, ICJ Reports, 1960, pp. 6, 42—3; 31 ILR, pp. 23, 55.

〔55〕 ICJ Reports, 1986, p. 14; 76 ILR, p. 349.

〔56〕 ICJ Reports, 1986, pp. 108—9; 76 ILR, pp. 442—3, citing ICJ Reports, 1969, p. 44; 41 ILR, p. 73.

〔57〕 关于试图否定或尽量减少法律确信的必要,参见 Akehurst, “Custom as a Source”, pp. 32—4。

〔58〕 ICJ Reports, 1986, pp. 14, 109; 76 ILR, pp. 349, 443.

习惯国际法的修订”。这种方法的困难是,有时很难确切查明一项规则何时取代另一项规则,但是,那是习惯法本性所固有的复杂性。变化不是顺利的,而是坎坷的。

这意味着对法律确信采取了一种灵活的态度,在国内和国际行为的情形中,将法律确信更加紧密地与某习惯的明显表现结合在一起。要理解作出下述行为时的想法,这样做是应该的,即该行为虽然与法律冲突,但却埋下了创设某种新法的种子。不过,要证明通过某种方式行事的某国之所以那样做是因为相信那是符合法律的,实际上是很困难的。这种方法的极端表述是,应当从实质行为中推定或推演法律确信。在“北海大陆
88 架”案中,田中(Tanaka)法官在反对意见中指出:

> 应当从某习惯的外部存在以及国际社会感觉到的必要性来确定法律确信的存在,而不是为每一个国家实践的主观动机寻找证据。除此之外别无他法。[59]

但是,当某国采取行动时,必须让各国意识到,它之所以这样做是因为它将其视为在国际法的范围之内,而不是单纯作出的诸如政治或道德姿态。国家的行为必须要有合法性的一面,行为国必须确保其行为就是这样的,只有这样国际社会才容易辨别哪些是法律的实践,哪些是非法律的实践。对于在国家之间发展并呈现某种法律框架,这是非常重要的。[60]

面对实践中难于证明法律确信是否存在的问题,开始越来越多地提及国际组织中的行为,特别是联合国这个组织。国际法院在一些案件中用联合国大会决议来确认法律确信的存在,重点强调决议或相关决议的内容以及决议通过时的状况。[61] 但是,关键在于无论是作为特定条约的参加国还是作为参与通过联合国决议[62]的相关国家所采取的态

---

〔59〕 ICJ Reports, 1969, pp. 3, 176; 41 ILR, pp. 29, 171. 劳特派特写道,人们应该将政府的所有一致行为视为法律确信的证据,除非相关行为没有伴随同样的意图。参见:*The Development of International Law*, p. 580; 但比较 Cheng, “Custom: The Future”, p. 36, and Cheng, “United Nations Resolutions”, pp. 530—2.

〔60〕 注意达·马托(D'Amato)的观点:“要成为习惯,就必须先有实践或由表述清楚的规则伴随的实践,这种表述比行为等等更能引起国家的注意,应有法律的含义”,参见:*Concept of Custom*, p. 75. 比较 Akehurst, “Custom as a Source”, pp. 35—6, 他也提出这种观点,“国家的实践在其可能成为法律之前需要伴随着某种东西已经是法律的声明”:这些声明不必是对给定情势的事实的确信,同上,第 37 页。阿库斯特也区分允许性规则与施加义务的规则,前者并不要求作出关于法律确信的明白声明;后者需要:同上,第 37—8 页。

〔61〕 参见,例如 the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 254—5; 110 ILR, p. 163. 又参见 the *Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, pp. 31—3; the *East Timor* case, ICJ Reports, 1995, pp. 90, 102; 105 ILR, p. 226; the*Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 100, 101 and 106; 76 ILR, p. 349; and the *Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 171—2; 129 ILR, pp. 37, 89—90.

〔62〕 参见, the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 99—100.

度。同样,国际法院还提及主要的公约编纂[63]以及国际法委员会的工作。[64] 89

抗议、默认与习惯法的变化[65]

因此,习惯法是通过提出主张、在相关问题上有特别利害关系的国家不提出抗议以及其他国家的默认这种模式确立起来的。[66] 与承认、接受和禁止反言等相关概念一起,这种作为或不作为形成复杂框架的一部分,法律原则在该框架内得以创造,并被认为适用于所有国家。[67]

在"缅因湾"案(the *Gulf of Maine* case)中,国际法院的一个分庭把默认界定为"通过单方行为表达的默示承认,另一方可能将其解释为同意",并且是建立在善意和公平原则基础之上的。[68] 一般说来,当国家不对其他国家的行为抗议从而被视为对该行为的默认时[69],假定一定是:这种行为已经被认为是正当的。[70]

一些学者认为,默认可以等同于同意某习惯规则,没有抗议就表示同意。换言之,当 90
某国或某些国家采取其宣布为合法的行动时,其他国家的沉默可被用来表示法律确信或对该新法律规则的同意。这意味着,为了阻止使该规则成为法律规则,需要提出实际的抗议。[71]

在"荷花号"案中,法院认为,"只有在这种放弃的基础是它们(国家)意识到有不作

---

〔63〕 参见,例如 the*North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 28—32(关于 1958 年《大陆架公约》以及许多案例的) *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 429—30 (关于 1969 年《维也纳条约法公约》)。

〔64〕 参见,例如 the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 38—42 and 46; 116 ILR, pp. 1, 47—51 and 55.

〔65〕 参见: H. Lauterpacht, "Sovereignty over Submarine Areas", 27 BYIL, 1950, p. 376; I. MacGib-bon, "Some Observations on the Part of Protest in International Law" 29 BYIL, 1953, p. 293, and MacGibbon, "Customary International Law and Acquiescence", 33 BYIL, 1957, p. 115; Wolfke, *Custom*, pp. 157—65, and I. Sinclair, "Estoppel and Acquiescence" in *Fifty Years of the International Court of Justice* (eds. A. V. Lowe and M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, p. 104.

〔66〕 关于对三个沿海国领海之外的丰塞卡湾的历史性水域共同主权,一个很好的例子参见,国际法院"萨尔瓦多/洪都拉斯"案, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 601; 97 ILR, pp. 266, 517。

〔67〕 参见,例如: Sinclair, "Estoppel and Acquiescence", p. 104 以及下面第 10 章,第 515 页。

〔68〕 ICJ Reports, 1984, pp. 246, 305; 71 ILR, p. 74.

〔69〕 注意:国际法院曾指出,"默认的思想是意志自由的前提", *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports, 1986, pp. 554, 597; 80 ILR, p. 459.

〔70〕 参见,例如: *Grand-Duchy of Luxembourg v. Cie. Luxembourgeoise de Télédiffusion*, 91 ILR, pp. 281,286.

〔71〕 参见,例如: MacGibbon, "Customary International Law", p. 131, and H. S. McDougal *et al.*, *Studies in World Public Order*, New Haven, 1960, pp. 763—72.

为的义务时，才有可能谈及国家习惯”。[72] 因此，不能仅仅因为国家没有从事某项行为，就推断一项禁止该行为的规则。但是，当某国以某种方式行事时不作出反应的问题与此略有不同。似乎在国际法的新领域，一项新的规则就是这样产生的，例如在空间法领域，其他国家的默认被视为加强了该规则。无论是基于实际的同意还是仅仅因为没有兴趣，这总是取决于具体情况。默认一个与公认的习惯相悖的新规则更是成问题的。

看来，“英挪渔业”案[73]的判决可能有下述暗示，即：当某国违反一项公认的习惯规则而且其他国家予以默认时，那么该国即被认为不受该原始规则的拘束。法院指出，“由于挪威总是反对将该规则适用于挪威海岸，在任何情形下，……该规则看来对挪威不适用”。[74] 换言之，某国从最初时就反对某习惯的存在，该国就不受该习惯的拘束。但是，一个或多个国家通过相反的行为反对公认的习惯并得到其他国家的默认或其他国家没有反应，它们是否也不受该习惯的拘束的问题仍未解决。

国家没有进行抗议有许多原因。国家可能不愿平白无故地进行冒犯，可能愿意加强政治联系，也有可能是出于其他外交和政治的相关考虑。对每一个国家不同意的行为都进行抗议很可能是过分的要求。因此，期望每个国家对其他国家的每一个行为都作出反
91 应是不现实的。如果承认在任何情况下没有抗议就要减损一项公认的习惯规则的合法性，那么不同的国家之间就会因为默认和抗议而出现大量的特殊关系。许多情况下，抗议可能纯属形式上的或外交行为，目的是在完全不同的领域施加压力，因此无意改变法律关系。

当大量的国家坚持认为一项新规则与先前的规则发生冲突时，几个国家的抗议不能推翻这种观点，其他国家没有作出反应只能是对这种观点的加强。某特定国家的不断抗议在得到其他国家的默认后可能创设了该规则的一项公认的例外，但在很大程度上将取决于该情势的事实以及国际社会的看法。与某习惯冲突的行为本身就包含着创设新规则的一个种子，如果得到其他国家的认可，先前的法律将消失并被取代。或者，可能在一段时期内，两项习惯共存，直到其中之一得到一般接受。[75] 许多年里，关于领海宽度的规则就是这种情况。[76] 因此，依据上述逻辑，习惯规则对所有国家都有拘束力，除非国

---

〔72〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 28; 4 ILR, p. 159.

〔73〕 ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86.

〔74〕 ICJ Reports, 1951, p. 131; 18 ILR, p. 93. 另参见：the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 26—7; 41 ILR, pp. 29, 55—6, and the *Asylum* case, ICJ Reports, 1950, pp. 266, 277—8; 17 ILR, pp. 280, 285.

〔75〕 关于抗议，另一般参见：Akehurst, “Custom as a Source”, pp. 38—42.

〔76〕 参见下文，第 11 章，第 568 页。

家从一开始就反对该习惯。[77] 这就产生了新国家与习惯的问题。传统学说的逻辑是，这些国家受独立日期现存所有习惯的拘束。反对的观点以法律的同意理论为基础，这种观点允许新国家在当时阶段选择它们要遵守的习惯，不管其他国家的态度如何。[78] 但是，由于这种理论可能引起相当的混乱。通常的做法是，通过无保留地与其他国家建立关系，新国家表示接受整个国际法。[79] 92

区域和地方习惯[80]

可能会发展仅对某特定一群国家有拘束力的规则，例如仅对拉丁美洲国家有拘束力[81]，也可能仅对两个国家有拘束力。[82] 采取这种方法可以被认为是为了“尊重区域法律传统”的某种需要。[83]

在“庇护”案[84]中，国际法院讨论了哥伦比亚关于专门适用于拉丁美洲国家的区域或地方习惯的主张，该习惯将使外交庇护合法化。法院宣称，“援引这种习惯的国家必须证明该习惯已经以下述方式得以确立，即它已经成为对另一方有拘束力的习惯”。[85] 法院发现，并不能证明存在这种习惯，因为证据是不确定的和相互矛盾的。

在这种情形下，所要求的证明标准，特别是关于反对存在某项地方习惯的一方接受的义务来说，比证明一项普通或一般习惯的标准要高得多。

在“印度领土通过权”案（the *Right of Passage over Indian Territory* case）[86]中，葡萄牙

---

〔77〕 参见，例如：the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 38, 130; 41 ILR, pp. 29, 67, 137, and *The Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, vol. I, pp. 25—6. 另参见：T. Stein, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, 26 *Harvard International Law Journal*, 1985, p. 457 and J. Charney, “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, 56 BYIL, 1985, p. 1.

〔78〕 参见，例如：Tunkin, *Theory of International Law*, p. 129.

〔79〕 同上。

〔80〕 参见：Akehurst, “Custom as a Source”, pp. 29—31; Thirlway, “Supplement”, p. 105; Pellet, “Article 38”, p. 762; D'Amato, *Concept of Custom*, chapter 8, G. Cohen-Jonathan, “La Coutume Locale”, AFDI, 1961, p. 133, and Wolfke, *Custom*, pp. 88—90. 地方习惯有时称为区域或特殊习惯。

〔81〕 参见，例如：H. Gros Espiel, “La Doctrine du Droit International en Amérique Latine avant la Première Conference Panaméricaine”, 3 *Journal of the History of International Law*, 2001, p. 1.

〔82〕 注意洪都拉斯在“萨尔瓦多/洪都拉斯”案中的主张，“关于某公约性质的三方地方习惯”可以建立共管安排，ICJ Reports, 1992, pp. 351, 597; 97 ILR, pp. 266, 513。

〔83〕 参见：the *Eritrea/Yemen* (*Maritime Delimitation*) case, 119 ILR, pp. 417, 448.

〔84〕 ICJ Reports, 1950, p. 266; 17 ILR, p. 280.

〔85〕 ICJ Reports, 1950, p. 276; 17 ILR, p. 284.

〔86〕 ICJ Reports, 1960, p. 6; 31 ILR, p. 23.

主张,存在着为往返葡萄牙飞地而从印度领土通过的权利。法院支持这种主张,驳回了印度关于两个国家之间不能确立地方习惯的反对意见。法院宣称,它对下述说法表示满意,即过去存在着允许自由通过的连续并一致的实践,并且"该实践被各方接受为法律,并产生了权利和相应义务"。[87] 从更一般的意义上说,法院指出:"法院发现在两个国家
93 之间明确形成的一种实践已经被当事方接受为调整他们之间关系的实践。为了确定它们的权利和义务,法院必须赋予该实践以决定性效果。这种特殊的实践必须优先于任何一般规则。[88]

因此,这种地方习惯取决于某国的特定行为被其他一国(或多国)接受为一种法律义务或权利的表述。在一般习惯规则的情形下,协商一致的过程在起作用,因此多数国家或利益相关的实质少数国家就足以创造一个新的习惯,地方习惯则需要该规则的双方(或所有当事方)的积极接受。[89] 这是因为地方习惯是习惯法一般性质的例外,后者涉及相当灵活的所有国家的造法,地方习惯还是前面提到的同意理论的体现,根据该理论,国家仅受其同意了的规则的约束。例外可以检验该规则,但需要比建立规则本身所需的更有证明力的证据。

条约[90]

与通过习惯创造法律的过程形成对比,条约(或国际公约)是更加现代和更细致的造法方法。[91] 《国际法院规约》第38条提及的是"不论普通或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之规条者"。在本书第16章中将更详细地讨论条约,但是在研究国际法渊源时必须提及国际公约的作用。

条约有各种不同的名称,从公约(Conventions)、国际协定(International Agreements)、协约(Pacts)、总文件(General Acts)、宪章(Charters),到规约(Statutes)、宣言(Declarations)和盟约(Covenants)。[92] 所有这些术语均指同一种类似的合意行为,即一种成文协议的创造,通过该协议参与国约束它们自己以某种特定方式行事或在它们之间建立特定

---

〔87〕 ICJ Reports, 1960, p.40; 31 ILR, p.53. 参见: Wolfke, *Custom*, p.90.

〔88〕 ICJ Reports, 1960, p.44.

〔89〕 参见: Cohen-Jonathan, "La Coutume Locale".

〔90〕 一般性参见:A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961. 进一步参见下面第十六章。

〔91〕 《奥本海国际法》强调"习惯不仅是国际法的原始渊源,而且条约渊源的效力和特征均来自习惯",第31页。

〔92〕 参见,例如: UKMIL, 70 BYIL, 1999, p.404.

关系,还规定了一系列参与国承诺遵守的条件和安排。[93] 94

条约的拘束力赖以建立的基础是约定必须遵守(*pacta sunt sevanda*)这项习惯法原则。可以将条约分为旨在具有普遍或一般意义的"造法性"条约和仅适用于两个或少数几个国家之间的"契约性"条约。之所以进行这种区分,仅仅是为了反映某项条约及其施加的义务的一般适用性或区域适用性,不能把这种区分看成是绝对的,实际上有许多重叠的灰色区域和不确定性。[94]

条约是明示的协议,是国家进行立法的一种替代形式。它们从表面上看与合同极为类似,合同的各方为他们自己创造有拘束力的义务,但条约有反映国际体系的特性。在20世纪,缔结的条约数量在增长,《联合国条约集》或《英国条约集》在数量上的增长就是见证。条约在国际关系中发挥了关键作用。

随着政府控制的加强以及技术和通讯革命对国际生活的影响,需要在国家间以某种形式加以规定的问题在数量上成倍增长。

对于许多学者来说,因为条约需要得到缔约国的明确同意,所以条约构成国际法最重要的渊源。条约被认为优于习惯,因为习惯在任何情况下都被视为是一种默示的协议。[95] 重要的条约有《联合国宪章》、关于战俘待遇和保护平民的《日内瓦公约》以及《维也纳外交关系公约》。从开发外层空间的规定到毒品的控制和国际金融和发展组织的建立,都存在着各种协议。如果没有各种国际协议规定必要的和公认的运作条件,那么打外国电话、向外国寄信或坐飞机去其他国家,都是不可能的。 95

与合同一样,从国际条约的本质来看,它规定的是一系列被认为对缔约方有拘束力的内容。那么,怎么可能将公约作为高于给缔约方施加义务的国际法的渊源呢?正是在这种情形下,才可能理解"造法性条约"这个术语。造法性条约的意图是具有一般的、而不是有限的效果,它们不同于那些仅在几个国家之间规定有限问题的条约。造法性条约是那些国家将其关于任何问题的国际法认知作出详细规定或建立新规则以指导其未来国际行为的协议。为强调这种效果,这种造法性条约有必要要求大量国家的参加,并可

---

〔93〕 参见1969年《维也纳条约法公约》,第2(1)a条为该公约目的对条约所下的定义是,"国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称为何"。关于无拘束力的国际协议,参见下文,第117页。

〔94〕 参见:Virally, "Sources", p.126; Sørensen, *Les Sources*, pp.58及其以下,以及:Tunkin, *Theory of International Law*, pp.93—5.

〔95〕 Tunkin, *Theory of International Law*, pp.91—113. 另参见:R. Muellerson, "Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking", 83 AJIL, 1989, pp.494, 501—9, and Danilenko, "Theory", p.9.

能制定对所有国家都有拘束力的规则。[96] 它们是规范性的条约，是规定那些必须遵循的行为规则的协议。关于这种条约的例子有《南极条约》和《灭种罪公约》。还有许多条约宣布或编纂现存的习惯规则，例如 1961 年的《维也纳外交关系公约》。

没有签署和批准某个相关条约的各方不受条约规定的约束。这是一项一般规则，并在“北海大陆架”案[97]中得到了解释。在该案中，联邦德国没有批准相关公约，并因此没有义务留意它的措辞。但是，当条约反映习惯法时，非缔约国是受约束的，这不是因为它是条约规定，而是因为它是对一项或多项习惯国际法规则的确认。同样，非缔约方也可以同意某特定条约的规定可以形成习惯法，但是，这总是取决于协议的性质、参与者的数
96 量以及其他相关因素。

条约的规定可能构成某项规则的基础。如果存在该规则的法律确信，那么它就可能创造一项调整所有国家的有拘束力的习惯。国际法院在“北海大陆架”案[98]中就考虑了这种可能性，并认为这是形成习惯国际法新规则的公认方法之一。但是，法院宣称，该具体规定必须“具有基本的造法性质”[99]，即能够形成一般法律规则的基础。虽然具体的含义可能会随时间和地点的不同而有差异，但法院确实肯定的是，条约规定可以形成习惯，条件是其他国家、条约的缔约方和非缔约方符合了一致的行为和法律确信这两个必要条件。有人争辩说，可以扩大这种可能性，以便那些可一般化的条约在无需体现法律确信并几乎没有经过很长时间的情况下本身就能产生习惯法规则。[100] 虽然需要承认条约的重要性，特别是在人权领域（因为人权条约包含着潜在的造法性规定），但上述观点

---

〔96〕 但这取决于其他国家的态度。这并不能构成国际立法的形式：参见，例如，*Oppenheim's International Law*, p. 32; the *Reparations* case, ICJ Reports, 1949, p. 185; 16 AD, p. 318, and the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, p. 56; 49 ILR, p. 2. 另参见：Brownlie, *Principles*, pp. 12—14, and R. Baxter, “Treaties and Custom”, 129 HR, 1970, p. 27. 另参见：O. Schachter, “Entangled Treaty and Custom” in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, p. 717, and Y. Dinstein, “The Interaction Between Customary International Law and Treaties”, 322 HR, 2006, p. 247.

〔97〕 ICJ Reports, 1969, pp. 3, 25; 41 ILR, pp. 29, 54.

〔98〕 ICJ Reports, 1969, p. 41; 41 ILR, p. 71. 法院强调，这种创造新习惯的方法不能轻易地被视为已经成立，同上。

〔99〕 但是参见少数意见，ICJ Reports, 1969, pp. 56, 156—8, 163, 169, 172—80, 197—200, 221—32 and 241—7; 41 ILR, p. 85. 另参见：the *Gulf of Maine* case, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 295; 71 ILR, pp. 74, 122, and the *Libya-Malta Continental Shelf*case, ICJ Reports, 1985, pp. 13, 29—34; 81 ILR, pp. 239, 261—6.

〔100〕 参见：D'Amato, *Concept of Custom*, p. 104, and D'Amato, “The Concept of Human Rights in International Law”, 82 *Columbia Law Review*, 1982, pp. 1110, 1129—47. 另参见：Akehurst, “Custom as a Source”, pp. 42—52.

显然是有点极端了。这种观点的危险是,少数国家将为所有国家立法,除非反对的国家实际上签订了相反的条约。[101] 这与目前国际社会中法律形成过程相去甚远。

现在得到承认的是,即使某条约规则产生的理由恰好与某习惯规则相同,条约规则仍不能简单地吸收习惯法规则,后者将继续独自存在。法院在"尼加拉瓜"案[102]中没有接受美国的争辩。美国认为,《联合国宪章》第 51 条已经吸收了关于自卫的习惯国际法规则,而且添加了更多的内容。法院强调,"即使与本案相关的某条约规则和习惯法规则的内容完全相同,法院也不能据此认为,在条约中规定了习惯法规则就一定剥夺了习惯 97
法的可适用性,因为它是一种不同于条约规则的独立规范"。[103] 法院的结论是,"因此很清楚,习惯国际法继续存在,并与条约国际法并行适用,即便这两种法律的内容是相同的"。[104] 在该案件中,这个结论的效果是,法院可以审查根据习惯法确立的规则,而根据美国的保留,法院将无法分析基于条约产生的义务。

当然,两个内容相同的规则在解释和适用方面可能要遵循不同的原则。因此,法院的方法不仅在理论上是正确的,而且还有实际价值。在许多情况下,一项规则有这种双重渊源表示两种说法实际上是不相同的,例如习惯法上的自卫与《宪章》第 51 条规定的自卫。不过,这总是取决于具体情况。[105]

某些条约试图建立某种"体制",该体制必要时也对非缔约方适用。[106] 例如,《联合国宪章》在建立维护世界和平与安全的权威性框架时在第 2 条第 6 款中宣称,"本组织在维持国际和平及安全之必要范围内,应保证非联合国会员国遵行(第 2 条中列举的)上述原则"。还可以举出 1947 年的《关税及贸易总协定》(《关贸总协定》,GATT)的例子。该总协定建立了国际贸易的共同行为准则,对非缔约方也有重要影响。《关贸总协定》现已转变成了世界贸易组织。

同样,某些条约可能具有宪章性质,因为它们创造国际组织,并发挥宪法的作用,对所提议的权力和职责作出纲领性规定。

另一方面,"契约性条约"本身不是造法性文件,因为它们只是少数国家之间缔结的,而且涉及有限的事项,但它们可以作为习惯法规则的证据。例如,包含类似规则的一

---

[101] D'Amato, "Concept of Human Rights", p. 1146.

[102] ICJ Reports, 1986, p. 14; 76 ILR, p. 349.

[103] ICJ Reports, 1986, pp. 94—5; 76 ILR, pp. 428—9. 另参见: W. Czaplinski, "Sources of International Law in the Nicaragua Case", 38 ICLQ, 1989, p. 151.

[104] ICJ Reports, 1986, p. 96; 76 ILR, p. 430.

[105] 参见下文,第 20 章,第 1131 页。

[106] 参见下文,第 16 章,第 834 页。

98 系列双边条约可以成为某项习惯法规则存在的证据。不过,考虑到双边条约通常反映比较随意的情况,因此在处理这种主张时需要一定的谨慎。[107]

一般法律原则[108]

任何法律体系都肯定会出现下面的情形,即法院在考虑一个案子时发现,不存在任何涉及该问题的法律,无论是议会的制定法还是司法判例。在这种情形下,法官将继续通过与现存规则类比或直接从指导该法律体系的一般法律原则中推演出一个相关的规则,无论将其称为出于公正、公平还是出于公共政策的考虑。这种情势在国际法上甚至更容易出现,因为国际法与其所面临的需要相比是相对欠发展的。

与国内体系相比,国际法上的已决案件相对较少,并且没有通过立法规定调整新情势的方法。[109] 正是由于这个原因,在第 38 条中作为一种法律渊源加进了"一般法律原则为文明国家所承认者"[110] 的规定,以便弥补国际法可能没有涵盖的空白,并解决了所
99 谓的无法可依(*non liquet*)的问题。[111] 法律体系的空白问题是非常重要的问题。不会总是有最直接并明确的规则可适用于每一种国际情势。然而,"每一种国际情势都能够作

---

[107] 关于引渡条约,参见下文,第 686 页,关于双边投资条约,参见下文,第 837 页。

[108] 参见,例如:B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953; A. D. McNair, "The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations", 33 BYIL, 1957, p. 1; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927; G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, 1969; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, pp. 50—5; O. Corten, *L'Utilisation du "Raisonnable" par le luge international*, Brussels, 1997; B. Vitanyi, "Les Positions Doctrinales Concernant le Sens de la Notion de 'Principes Généraux de Droit Reconnus par les Nations Civilisées'", 86 *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, p. 48; H. Waldock, "General Course on Public International Law", 106 HR, 1962, p. 54; Pellet, "Article 38", p. 764; Thirlway, "Supplement", p. 108; M. Sørensen, "Principes de Droit International", 101 HR, 1960, p. 16, and V. Degan, "General Principles of Law", 3 Finnish YIL, 1992, p. 1.

[109] 注意,国际法院认为"原则"和"规则"这两个词在国际法上基本是相同的: the *Gulf of Maine* case, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 288—90. 但是,加上"一般"这个形容词就使其含义具有了宽泛的概念。

[110] 关于"文明国家"的附加规定现在看来是多余的了:例如,参见 Pellet, "Article 38", p. 769.

[111] 参见,例如: J. Stone, *Of Law and Nations*, London, 1974, chapter 3; H. Lauterpacht, "Some Observations on the Prohibition of *Non Liquet* and the Completeness of the Legal Order", Symbolae Verzijl, 1958, p. 196; Pellet, "Article 38", p. 704; H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice", BYIL, 1988, p. 76, Thirlway, "Supplement", p. 44, and P. Weil, "The Court Cannot Conclude Definitively...? *Non Liquet* Revisited", 36 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, p. 109. 另参见: the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, p. 46; 41 ILR, p. 29, and the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, p. 135; 76 ILR, p. 349.

为法律问题予以解决”[112]，充分认识到这一点是非常重要的。

关于一般法律原则的概念指的是什么，存有各种观点。一些学者将其视为对自然法概念的肯定，自然法的概念被认为是国际法律体系的基础，并是检验实在法（即人定法）规则合法性的方法。[113] 其他学者，特别是实证主义者，将其作为在条约和习惯法之下的概念，除非反映国家的同意，否则对国际法并没有增加任何新东西。像童金这样的苏联学者同意这种理论，他们认为，“一般法律原则”是对国际法基本原则的重申，例如和平共处，这些规则可以在条约和习惯法中找到。[114]

在这两种理论之间，大多数作者容易接受的观点是，一般法律原则的确构成一种独立的法律渊源，但范围相当有限，在常设国际法院和国际法院的判决中也反映了这种观点。但是，在任何情形下，所涉及的是出现在国内体系的一般法律原则还是国际法的一般法律原则，这一点并不清楚。不过，这可能不是一个非常严重的问题，因为可以说，国内法律概念和起源于现行国际实践的概念都属于公认的共同法律领域。[115] 100

虽然我们可以提取的法律库中有大约 190 个国家的法律，但这并不意味着法官们必须是每个法律体系的专家。在许多不同的秩序中有某些贯通的共同主题。英美普通法与法国和德国的体系一样，对于世界上的许多国家都有影响。拉丁美洲国家有许多法律的共同因素，多数亚非国家在努力使其管理国家的结构现代化并使其经济和其他企业西方化时借鉴了许多欧洲的经验。[116]

下面将用这个领域的一些主要判例说明这个问题是如何提出的。

在 1928 年的“霍茹夫工厂”案（the *Chorzów Factory* case）中[117]，在波兰没收了上西里

---

[112] *Openheim's International Law*, p. 13. 但是，参见国际法院的结论，法院不能指出是否存在允许国际法规则，当国家的生存出现危机时禁止或允许国家在自卫时使用或威胁使用核武器：the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 244; 110 ILR, pp. 163, 194. 比较 the Dissenting Opinion of Judge Higgins, 同上; 110 ILR, pp. 532 及以下. 另参见：*Eritrea/Yemen*（First Phase）, 114 ILR, pp. 1, 119 and 121—2.

[113] 参见，例如：Lauterpacht, *Private Law Sources*. 另参见：Waldock, “General Course”, p. 54; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, 1958, p. 169, and Judge Tanaka（dissenting）, *South-West Africa* case,（Second Phase）, ICJ Reports, 1966, pp. 6, 294—9; 37 ILR, pp. 243, 455—9.

[114] Tunkin, *Theory of International Law*, chapter 7.

[115] 参见：Brownlie, *Principles*, p. 16, and Virally, “Sources”, pp. 144—8.

[116] 一般性参见：R. David and J. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 2nd edn, London, 1978. 注意，在 *AMCO v. Republic of Indonesia* 案中，仲裁庭指出，虽然一些国家共同的实践或法律规定可能是重要的国际法渊源，但是法国的单方面行政行为或行政合同的概念不是这种实践或法律规定：89 ILR, pp. 366, 461.

[117] PCIJ, Series A, No. 17, 1928, p. 29; 4 AD, p. 258. 另参见智利和美国委员会关于莱特利尔（Letelier）和墨菲特（Moffitt）的死亡的裁决，31 ILM, 1982, pp. 1, 9; 88 ILR, p. 727.

西亚的硝酸盐工厂之后，常设国际法院宣称，“任何违反诺言的行为都产生赔偿的义务”。法院还认为下述原则是一项国际法原则，即：

> 作为违反国际法行为的结果，对错误的补偿可能包括在与受害国国民所受的损害相当的赔款之中。

然而，使用国内法类比最多的领域是程序、证据和司法程序机构。在“在波兰的德国定居者”案（the *German Settlers in Poland* case）中[118]，法院从反面的角度处理了这个问题[119]，法院宣称，“私人根据现行法律取得的权利不因主权的变化而终止……很难认为，
101 虽然法律得到了保存，但是根据该法律获得的私人权利却消灭了。这种争辩没有任何原则基础，并与几乎普遍接受的观点和实践相悖”。[120] 在“科孚海峡”案（the *Corfu Channel* case）[121] 中，国际法院在提及情形证据时指出，“这种间接证据在所有法律体系中都是被承认的，其用处在国际判决中得到承认”。国际司法中还提到了既判力的概念，即对该案件情形的判决是最终的，有拘束力的，并且是不得上诉的。[122]

在“行政法庭”案（the *Administrative Tribunal* case）[123] 中，法院处理解雇联合国秘书处的职员以及联合国大会是否有权拒绝执行相关法庭作出的裁决的问题。法院作出否定的回答，并强调：

> 根据牢固确立并得到普遍承认的法律原则，这种司法机关作出的判决是具有既判力的，并对争端各当事方具有拘束力。[124]

---

[118] PCIJ, Series B, No. 6, p. 36.

[119] 公益诉讼（*actio popularis*）的概念不是国际法的一部分并因此不能认为引入了一般法律原则概念中，关于上述表述，另参见：“西南非洲”案，ICJ Reports, 1966, pp. 3, 47; 37 ILR, pp. 243, 280—1。

[120] 另参见：the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case, PCIJ, Series A, No. 7, p. 42, and the *Free Zones of Upper Savoyand the District of Gex* case, PCIJ, Series A/B, No. 46, p. 167.

[121] ICJ Reports, 1949, pp. 4, 18; 16 AD, pp. 155, 157.

[122] The *Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, p. 248.

[123] ICJ Reports, 1954, p. 47; 21 ILR, p. 310.

[124] ICJ Reports, 1954, p. 53; 21 ILR, p. 314, and the *Laguna del Desierto* (*Argentina/Chile*) case, 113 ILR, pp. 1, 43, 法院在该案中指出：“具有既判力的判决对于争端各方在司法上是拘束力的。这里在法院判例中反复引用的国际法基本原则。法院判例认为既判力是普遍和绝对的国际法原则。”另参见：*AMCO v. Republic of Indonesia*, 89 ILR, pp. 366, 558; Cheng, *General Principles*, chapter 17; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920—2005, 4th edn, Leiden, 2006, pp. 1598 及其以下；M. Shahabuddeen, *Precedent in the International Court*, Cambridge, 1996, pp. 30 and 168, and I. Scobbie, “*Res Judicata*, Precedent and the International Court”, 20 Australian YIL, 2000, p. 299.

在“灭种罪公约”(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)案[125]中,既判力问题得到较为详尽的讨论,问题的焦点是法院驳回管辖权的初步反对意见的含义。[126] 法庭强调,该原则的“意义在于,法院的判决不仅对当事方有拘束力,而且是终局判决,意思是当事方不能对已决的问题重新提起诉讼,除非依据程序,为此目的专门作出规定属于例外”。[127] 法院指出,既判力原则在国际和国内有两个目的,一个是一般性的,一个是具体 102
的。第一个目的关系到法律关系的稳定性,需要诉讼有个结局。第二个目的关涉每个当事方的利益,已经作出对该当事方有利判决的问题不要再进行争辩。法院强调,一般应把剥夺诉讼当事方已经从判决中获得的利益视为对法律解决争端原则的违反。法院指出,该原则平等地适用于初步反对意见的判决和实质问题的判决。既然 1996 年的判决已确立法院的管辖权,因此在目前的程序中,任何一方无权以其中一个当事方在现在看来当时是不能出庭为由,主张法院在当时无权作出先前的判决。否则,将使人们对判决中有效的既判力产生怀疑。[128]

法院在“通过权”案[129]的初步反对阶段进一步指出:

> 一旦法院有效受理了某项争端,被告国单方面全部或部分终止其声明(即接受国际法院管辖的声明)的行为不能剥夺本法院的管辖权。这是一项一般接受的法律规则,也是本法院遵循的规则。

法院还考虑了禁止反言的原则,该原则规定,某当事方已经默认了某特定情势就不能对其提出挑战。在“隆端寺”案(the *Temple* case)[130]中,国际法院适用了该原则,不过在 1929 年“塞尔维亚贷款”案(the *Serbian Loans* case)[131]中,法国的债券持有人要求以金法郎而不是纸币支付一系列塞尔维亚的贷款时,法院宣布该原则不能适用。

正如国际法院在“锡库拉电子有限公司(埃尔西)”案(the *ELSI* case)[132]中指出的, 103
在任何情形下援引禁止反言的过程都是有限制的,因为“虽然不能排除在某种情形下在应该说些什么时沉默会构成禁止反言,但在有些不连贯的外交照会中没能提及某个特定

---

[125] ICJ Reports, 1954, p. 47; 21 ILR, p. 310.
[126] ICJ Reports, 1996, p. 595; 115 ILR, p. 110.
[127] 同上,第 115 段。
[128] 同上,第 116—23 段。
[129] ICJ Reports, 1957, pp. 125, 141—2; 24 ILR, pp. 840, 842—3.
[130] ICJ Reports, 1962, pp. 6, 23, 31 and 32; 33 ILR, pp. 48, 62, 69—70.
[131] PCIJ, Series A, No. 20; 5 AD, p. 466.
[132] ICJ Reports, 1989, pp. 15, 44; 84 ILR, pp. 311, 350.

问题,将其解释为禁止反言是有明显困难的"。[133] 在"喀麦隆诉尼日利亚案"[134]中,禁止反言的含义被明确,法院在该案中强调,"只有当喀麦隆通过其行为或声明不断清晰地表明她同意只能通过双边途径解决提交法院解决的边界争端时,才能构成禁止反言。由于存在对这种态度的依赖,尼日利亚因改变立场而蒙受损失或受到某种损害,这也是构成禁止反言的必要条件"。

仲裁庭在"阿姆科诉印度尼西亚共和国"案(*AMCO* v. *Republic of Indonesia*)[135]中提供了一般法律原则的另一个例子。该仲裁庭指出,"对损害进行充分赔偿,在本案中就是对受害方赔偿实际遭受的损失(*damnum emergens*)以及可期待的利益损失(*lucrum cessans*),是主要的国内法体系共有的一项原则,因此,可以被视为是作为国际法渊源的一般法律原则"。另一项原则是对既得权的尊重。[136] 国际法的一项重要的一般原则是,约定必须遵守,或国际协议有拘束力。条约法毫无疑问地建立在该原则基础之上,因为有拘束力的国际协议的整个概念只能建立在这种假定之上,即这种文件被共同接受为具有那种性质。[137]

104 构成许多国际法律规则基础的最重要的一般原则可能是善意原则。[138] 该原则体现在《联合国宪章》中,后者在第 2 条第 2 款中规定,"各会员国应一秉善意,履行其依本宪章所担负之义务,以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益"。联合国大会 1970 年 2625(XXV)号决议通过的《关于依照联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》对该规定作了详细阐述。该宣言提及国家有义务忠实履行其依一般国际法,包括

---

[133] 另参见: the *Eastern Greenland* case, PCIJ, Series A/B, No. 53, pp. 52 及其以下; 6 AD, pp. 95, 100—2; the decision of the Eritrea/Ethiopia Boundary Commission of 13 April 2002, 130 ILR, pp. 1, 35—6; and the *Saiga* (*No. 2*) case, 120 ILR, pp. 143, 230; Brownlie, *Principles*, p. 615, and H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960—89 (Part One)", 60 BYIL, 1989, pp. 4, 29. 参见下文,第 10 章,第 515 页。

[134] ICJ Reports, 1998, pp. 275, 303.

[135] 89 ILR, pp. 366, 504.

[136] 例如,参见,the *German Interests in Polish Upper Silesia* case, PCIJ, Series A, No. 7, 1926, p. 22; *Starrett Housing Corporation v. Iran*, 85 ILR p. 34; the *Shufeld* claim, 5 AD, p. 179, and *AMCO v. Republic of Indonesia*, 89 ILR, pp. 366, 496. 参见下文,第 830 页。

[137] 参见: Brownlie, *Principles*, p. 616, and McNair, *Law of Treaties*, vol. I, chapter 30. 另参见:《维也纳条约公约》第 26 条, and *AMCO v. Republic of Indonesia*, 89 ILR, pp. 366, 495—7.

[138] *Oppenheim's International Law* notes that this is "of overriding importance", p. 38. 参见: E. Zoller, *Bonne Foi en Droit International Public*, Paris, 1977; R. Kolb, *La Bonne Foie en Droit International Public*, Paris, 2000; Thirlway, "Law and Procedure of the ICJ (Part One)", pp. 3, 7 及其以下, and Thirlway, "Supplement", p. 7; and G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 1986, vol. I, p. 183 and vol. II, p. 609.

条约所负的义务。因此,该原则成为一般国际法规则不可分割的一部分。[139]

国际法院在"核试验"案(the *Nuclear Tests* cases)[140]中宣称:

> 调整法律义务的创设和履行的基本原则之一,无论渊源为何,是善意原则。特别是在许多领域国际合作越来越必不可少的时代里,信任和信心是这种合作固有的。与条约法中的约定必须遵守的规则以善意为基础一样,以单方面行为承担的国际义务的拘束性也是以善意为基础。

但是,法院特别注意善意作为一个概念,"其本身不是义务的渊源,否则任何义务都不会存在"。[141] 因此,善意原则是告知并形成现存国际法规则的遵守并限定这些规则正当实施方式的基础原则。[142] 正像国际法院指出的,善意原则"仅与履行现存义务有关"。[143] 应该注意的另一项原则是不法行为不产生权利(*ex injuria jus non oritur*),意思是由不法行为产生的事实不能决定法律。[144] 105

据此,法院有权自由决定对正在考虑的特定案件的具体情况应适用什么法律原则,法院这样做的基础是习惯和条约法都不能提供所需要的解决方法。在这种情形下,必定会考虑比利时与西班牙之间的"巴塞罗那牵引公司"案(the *Barcelona Traction* case)。[145] 国际法院非常依赖国内法上有限责任公司这个概念,并强调,如果法院无视国内法上的相应制度去判定此案,它显然将带来严重的法律困难。它将脱离实际,因为国际法上没有法院可以援引的相应的制度。[146]

---

[139] 另参见: Case T-115/94, *Opel Austria Gmbh v. Republic of Austria*, 22 January 1997.

[140] ICJ Reports, 1974, pp. 253, 267; 57 ILR, pp. 398, 412.

[141] The *Border and Transborder Armed Actions* case (*Nicaragua* v. *Honduras*), ICJ Reports, 1988, p. 105; 84 ILR, p. 218. 另参见:阿吉波罗法官(Judge Ajibolo)在"利比亚/乍得"案中的个别意见, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 71—4; 100 ILR, pp. 1, 69—72,以及美洲人权法院在"秘鲁重新引入死刑"案中的声明, 16 *Human Rights Law Journal*, 1995, pp. 9, 13.

[142] 另参见: the *Fisheries Jurisdiction* cases, ICJ Reports, 1974, pp. 3, 33; 55 ILR, pp. 238, 268; the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 46—7; 41 ILR, pp. 29, 76; *the Lac Lannoux* case, 24 ILR, p. 119, and *the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 264 及其以下; 110 ILR, pp. 163, 214—15. 另应注意《环境与发展里约宣言》原则第 19 和 27, 1992, 31 ILM, 1992, p. 876.

[143] *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 1998, pp. 275, 304.

[144] 参见,例如: the *Gabcíkovo-Nagymaros Project* case, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 76; 116 ILR, p. 1, and the *Brcko* case, 36 ILM, 1997, pp. 396, 422.

[145] ICJ Reports, 1970, p. 3; 46 ILR, p. 178.

[146] ICJ Reports, 1970, p. 37; 46 ILR, p. 211. 另一般参见: the *Abu Dhabi* arbitration, 1 ICLQ, 1952, p. 247; 18 ILR, p. 44, and *Texaco v. Libya*, 53 ILR, p. 389.

但是,国际法并不援引某个特定国家的国内法,而是国内法律体系一般接受的规则。在本案中,法院承认了有限责任公司的思想。

公允与国际法[147]

除了用国内法律体系的程序和制度来补充国际法外,在一些案例中还可能看到提及
106 公允的情况,公允[148]是一套构成该法律体系价值的原则。这方面最著名的判决是1937年赫德森法官(Hudson)在"缪斯河改道"案(the *Diversion of Water from the Neuse* case)[149]中作出的。该案涉及荷兰与比利时之间的争端。赫德森指出,被视为公允的原则长期以来是作为国际法的一部分对待、并被法院适用的。他宣称,"根据《规约》第38条,如果

---

[147] 参见: M. Akehurst, "Equity and General Principles of Law", 25 ICLQ, 1976, p. 801; B. Cheng, "Justice and Equity in International Law", 8 *Current Legal Problems*, 1955, p. 185; V. Degan, *L'Equitè et le Droit International*, Paris, 1970; C. de Visscher, *De l'Equité dans le Réglement Arbitral ou Judicaire des Litiges de Droit International Public*, Paris, 1972; E. Lauterpacht, "Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law", *Proceedings of the American Branch of the ILA*, 1977—8, p. 33, and E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, 1991, pp. 117—52; R. Y. Jennings, "Equity and Equitable Principles", *Annuaire Suisse de Droit International*, 1986, p. 38; *Oppenheim's International Law*, p. 43; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, chapter 13; M. Miyoshi, *Considerations of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes*, The Hague, 1993; S. Rosenne, "Equitable Principles and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals", *Festschrift fuer Rudolf Bindschedler*, Berne, 1980, p. 410, and Rosenne, "The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law" in *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equality and Equity* (eds. A. Bloed and P. Van Dijk), Dordrecht, 1988, p. 108; Pirotte, "La Notion d'Equité dans la Jurisprudence Récente de la CIJ", 77 *Revue Générale de Droit International Public*, 1973, p. 131; Chattopadhyay, "Equity in International Law: Its Growth and Development", 5 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1975, p. 381; R. Lapidoth, "Equity in International Law", 22 *Israel Law Review*, 1987, p. 161; Schachter, *International Law*, p. 49; A. V. Lowe, "The Role of Equity in International Law", 12 Australian YIL, 1992, p. 54; P. Weil, "L'Equité dans la Jurisprudence de la Cour International de Justice" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 121; Pellet, "Article 38", p. 723; Thirlway, "Law and Procedure of the ICJ (Part One)", p. 49, and Thirlway, "Law and Procedure of the ICJ (Part One)", p. 49., and Thirlway, "Supplement", p. 26. 特别注意韦拉曼特利法官在下列案件中对公允原则所发表的看法,the *Jan Mayen* (*Denmark v. Norway*) case, ICJ Reports, 1993, pp. 38, 211; 99 ILR, pp. 395, 579.

[148] 公允一般可以理解为在具体情况下使法律适应具体领域或在几个不同法律解释中作出选择(*equity infra legem*),填补法律的空白(*equity praetor legem*),并作为不适用不公正的法律的理由(*equity constra legem*):参见 Akehurst, "Equity", 以及韦拉曼特利法官在下面案件中的观点:the *Jan Mayen* case, ICJ Reports, 1993, pp. 38, 226—34; 99 ILR, pp. 395, 594—602. 关于国家继承情况下广泛适用公允的情况,另参见:下面第17章。

[149] PCIJ, Series A/B, No. 70, pp. 73, 77; 8 AD, pp. 444, 450.

公允原则与该条款是相关的,法院可以将其作为它必须适用的国际法的一部分,它是有某种程度的自由的”。但是,尽管从最广义的角度看,(与国内法比拟)有可能将公允的适用看作法律的重大发展,并使因严格适用规则造成的僵硬体系产生富有活力的变化,但在对此作出解释时必须特别谨慎。[150]

在几个案例中,都提到公允这个概念。[151] 在1968年印度与巴基斯坦之间的“刻赤荒地仲裁”案(the *Rann of Kutch* Arbitration)中[152],仲裁庭同意公允是国际法的一部分,因此各当事方在提交案件时可以依赖这些原则。[153] 在“北海大陆架”案中,国际法院直 107
接“依据公平原则”指导划出了各当事方(西德、荷兰和丹麦)之间的界限[154],并在“巴塞罗那牵引公司”案[155]中讨论的内容涉及公允。但是,田中法官在“西南非洲”案[156]的第二阶段的反对意见中为更加宽泛的解释而争辩,并将这种宽泛的概念视为人权思想的渊源。[157]

但是,这里真正的问题是,在需要使用这种方法的某项规则的具体情形下,如何适用公平原则。相关的法院并不是对案件适用抽象的正义[158],而是从可适用的法律中寻求

---

〔150〕 参见,例如韦拉曼特利法官的意见:the *Jan Mayen* (*Denmarkv. Norway*) case, ICJ Reports, 1993, pp. 38, 217; 99 ILR, pp. 395, 585. 比较:Judge Schwebel's Separate Opinion, ICJ Reports, 1993, p. 118; 99 ILR, p. 486.

〔151〕 注意国际法院在“突尼斯/利比亚”案中宣布,“公允作为法律概念是公正思想的直接模仿”,ICJ Reports, 1982, pp. 18, 60; 67 ILR, pp. 4, 53。但是,参见阿比萨(G. Abi-Saab)在下面一篇文章中提到国际法院的“跨进公允”的说法:“The ICJ as a World Court” in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, pp. 3, 11.

〔152〕 50 ILR, p. 2.

〔153〕 同上,第18页。在划定两个小岛的边界走向时,法庭运用了公允的概念。同上,第520页。

〔154〕 ICJ Reports, 1969, pp. 3, 53; 41 ILR, pp. 29, 83. 在该案中使用公允是为了排除在具体情况下使用等距离方法:同上,第48—50页;41 ILR, pp. 78—80.

〔155〕 ICJ Reports, 1970, p. 3; 46 ILR, p. 178. 另参见: the *Burkina Faso v. Mali* case, ICJ Reports, 1986, pp. 554, 631—3; 80 ILR, pp. 459, 532—5.

〔156〕 ICJ Reports, 1966, pp. 6, 294—9; 37 ILR, pp. 243,455—9. 另参见: the *Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22; 16 AD, p. 155.

〔157〕 另参见: *AMCO v. Republic of Indonesia*, 89 ILR, pp. 366, 522—3.

〔158〕 根据其规约第38条第2款,国际法院可以在当事方同意的情况下适用公允与善良,但是它从未适用过。参见,例如 Pellet, “Article 38”, p. 730.

公平原则和解决方法的渊源。[159] 在“利比亚/马耳他”案[160]中,法院宣称,“由公平表现出来的公正不是抽象的,而是依据法律规则的公正;这就是说,公允的适用应显示连贯性和一定程度的可预见性,尽管法院还参考了公允以外的更具一般适用性的原则”。

法院将公允作为一种减少不公平的方法,而不是作为带有重塑性质的破坏法律规则的工具。[161] 因此,作为单独、不同的法律渊源,其存在是非常有争议的。在“突尼斯/利
108 比亚大陆架”案(the *Tunisia/Libya Continental Shelf* case)[162]中,国际法院注意到:

> 法院有义务适用作为国际法一部分的公平原则,并且为了取得公平的结果,有义务权衡法院认为相关的各种考虑因素。虽然在案件中显然不存在给予每个因素以确切效力的明确规则,但这显然不是在行使自由裁量权或进行和解;也不是在分配正义。[163]

然而,公平原则的运用在1982年的《海洋法公约》中是特别明显的。例如,第59条规定,沿海国与其他国家之间关于专属经济区发生的争端要“在公平的基础上”加以解决。根据第74条,海岸相向或相邻国家间专属经济区的界限,应在国际法的基础上以协定划定,以便得到公平解决。第83条有适用于大陆架划界的类似规定。[164] 这些规定具有灵活性,这是很重要的,但也有某种不确定性。某个争端如何具体地得到解决?可能以何种方式发生以及将适用哪些原则?这些都太不清楚,并引进了一种不可预见的因

---

[159] 参见:the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 47; 41 ILR, pp. 29, 76, and the *Fisheries Jurisdiction* cases, ICJ Reports, 1974, pp. 3, 33; 55 ILR, pp. 238,268. 法院在“利比亚/马耳他”案中再次确认了“不存在分配正义问题的原则”, ICJ Reports, 1985, pp. 13, 40; 81 ILR, pp. 238, 272, “the principle that there can be no question of distributive justice”.

[160] ICJ Reports, 1985, pp. 13, 39; 81 ILR, pp. 238, 271.

[161] 参见:the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 49—50; 41 ILR, pp. 29, 78—80, and the *Anglo-French Continental Shelf* case, Cmnd 7438, 1978, pp. 116—17; 54 ILR, pp. 6, 123—4. 另参见:the *Tunisia/Libya Continental Shelf* case, ICl Reports, 1982, pp. 18, 60; 67 ILR, pp. 4, 53, and the *Gulf of Maine* case, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 313—14 and 325—30; 71 ILR, pp. 74, 140—1 and 152—7.

[162] ICJ Reports, 1982, pp. 18, 60; 67 ILR, pp. 4, 53.

[163] 一般参见:R. Y. Jennings, “The Principles Governing Marine Boundaries” in *Festschrift fuer Karl Doehring*, Berlin, 1989, p. 408, and M. Bedjaoui, “L ‘énigme’ des ‘principes équitables’ dans le Droit des Délimitations Maritimes”, *Revista Espanol de Derecho Internacional*, 1990, p. 376.

[164] 另参见第140条,该条规定公平分享从深海海底区域所得的财政和其他利益。

素。[165] 1997 年《国际水道非航行使用法公约》[166] 也非常强调公允的概念。例如第 5 条规定,在自己的领土内并在参与这种水道的一般使用、发展和维护时,水道国应该以公平合理的方式使用国际水道。

除了海上划界以外的其他某些情形也可以适用公允。当没有证据表明界限划在哪里时,国际法庭可能诉诸公允。例如,在"布基纳法索/马里共和国"案(the *Burkina Faso/Republic of Mali* case)中[167],在关于索姆(Soum)池塘的问题上,国际法院注意到,"必须承认索姆是一个边界池塘,在边界线位置的条文中没有确切标明时,这条线的划分应以公平的方式分割索姆池塘"。分割的方法就是平等地将该池塘分成两份。虽然公允并不总意味着平等,但在没有特殊情况时,一般情况下平等是公平的最好表述。[168] 法院还强调,"为了调整已确立的边界而援引公允概念是相当站不住脚的"。[169] 109

尽管作为社会价值判断加以归纳的原则或概念充斥在最广泛意义上的政治和法律秩序中,但这些原则或概念本身并不构成有拘束力的法律规范。只有当它们通过国际法的创造机制和技术被国际社会作为法律规范接受时,才能成为有拘束力的法律规范。然而,"有关人道的基本原则"可以建立在这种规范基础之上,可以帮助证明这些规范在最广泛的意义上的存在,实际上还可以在使这些规范在该法律体系内具有额外威力方面发挥重要作用。例如,国际法院在"威胁或使用核武器的合法性"(the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*)咨询意见[170] 中强调,关于国际人道法的规则和原则的核心是"压倒一切的人道考虑"。

---

[165] 但是,参见 *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 443, 法院在该案中宣布,法院的判例表明在海洋划界争端中"公允不是划界方法,而仅仅是在使划界有效时应该牢记的一个目的"。并参见下文,第 11 章,第 590 页。

[166] 以国际法委员会的《条款草案》为基础:参见 the Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session, A/49/10, 1994, pp. 197, 218 及其以下。

[167] ICJ Reports, 1986, pp. 554, 633; 80 ILR, pp. 459, 535.

[168] 同上。

[169] 同上,另参见: the *El Salvador/Honduras* case, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 514—15, and the *Brcko* case, 36 ILM, 1997, pp. 396, 427 及其以下。但是,注意在后面一个案件中,明确授权仲裁庭有权适用"相关的法律和公平原则",参见:《代顿协议》附件二第五条,1995,同上,第 400 页。另参见:J. M. Sorel, "L" Arbitrage sur la Zona de Brcko Tragi-comédie en Trois Actes et un Epilogue à Suivre', AFDI, 1997, p. 253.

[170] ICJ Reports, 1996, paras. 79 and 95; 35 ILM, 1996, pp. 809, 827 and 829. 另参见:"科孚海峡"案,ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22; 16 AD, p. 155. 参见下文,第 21 章,第 1187 页。

司法判例[171]

用第 38 条的话来说，虽然司法判例被用作法律原则的辅助资料而不是实际的法律
110 渊源，但是它们可能具有相当大的重要性。尽管根据《国际法院规约》第 59 条的规定，法院的判决除了在当事方之间以及对正在受理的案件外没有拘束力，但法院曾努力遵循其过去的判决，并在此过程中增加了衡量确定性的标准。因此，虽然国际法上不存在普通法中所谓的遵循先例理论（根据该理论，某些法院的判决必须得到其他法院遵循），人们仍然可以发现，争端当事国和教科书的作者们将国际法院和常设国际法院的判决作为权威判决加以援引。

国际法院自身会对其过去的判决进行认真研究，并会对那些它认为对其正在研究的问题不应该适用的案件仔细加以区分。[172] 但是，例如，与英国法官在解释法律的过程中创造法律一样，国际法院的法官有时也做一点略微超出仅仅是“确定”案子的事情。最著名的例子之一发生在“英挪渔业”案中[173]，法院指出了关于承认测算领海宽度基线的标准，该标准后来在 1958 年的《领海及毗连区日内瓦公约》中体现出来。

其他例子包括承认国际组织在某些情况下的法律人格的“赔偿”案（the *Reparations* case）[174]、关于条约保留的“灭种罪”案（the *Genocide* case）[175]、考虑国籍的作用和特点的“诺特鲍姆”案（the *Nottebohm* case）[176] 以及一系列关于海上划界的案例。[177]

当然，这并不意味着在后来的讨论和法律的形成中总会接受法院的判决。“荷花号”案[178] 的部分判决受到批评，并被日内瓦海洋法公约摒弃。这就是一个例子。但是，这种情况相对不太正常。国际法院的实践是相当认真地研究其相关的案例法，并很少与

---

[171] 参见，例如：Lauterpacht, *Development of International Law*; Waldock, “General Course”, and Schwarzenberger, *International Law*, pp. 30 及其以下。另参见：Thirlway, “Law and Procedure of the ICJ (Part Two)”, pp. 3, 127, and Thirlway, “Supplement”, p. 114; Pellet, “Article 38”, p. 784, and P. Cahier, “Le Rôle du Juge dans l'Elaboration du Droit International” in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (ed. J. Makerczyk), The Hague, 1996, p. 353.

[172] 进一步参见：Shahabuddeen, *Precedent*.

[173] ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86. 进一步参见下文，第 11 章，第 558 页。

[174] ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318. 进一步参见下文，第 23 章，第 1296 页。

[175] ICJ Reports, 1951, p. 15; 18 ILR, p. 364.

[176] ICJ Reports, 1955, p. 4; 22 ILR, p. 349.

[177] 参见，例如 Thirlway, “Supplement”, p. 116, 以及下文，第 11 章，第 590 页。

[178] PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, p. 5. 参见下文，第 618 页。

其背道而驰。[179] 至少这可以成为分析问题的起点。例如,在“喀麦隆诉尼日利亚案”中, 111
法院指出,“在本案中,实际的问题是,是否有理由不去遵循过去案例中的推理和结论”。[180]

除了常设国际法院和国际法院之外,“司法判例”这一用语还包括国际仲裁裁决和国内法院的判决。曾有很多国际仲裁庭,例如 1899 年和 1907 年海牙会议建立的常设仲裁法院和各种混合求偿庭,包括伊美求偿庭。虽然它们与国际法院有某种不同,但它们的许多判决对于国际法的发展都非常重要。1948 年以来联合国出版的《国际仲裁裁决报告》(*Reports of International Arbitral Awards*)的存在及其数量可以证明这一点。

一个重要的案例是“阿拉巴马号求偿仲裁”案(the *Alabama Claims* arbitration)[181],该案揭开了和平解决国际争端的新篇章,在这一时期越来越多地使用司法和仲裁的方法解决争端。该案涉及在默西塞德郡(Merseyside)按照美国南方邦联的详细说明建造的一艘船舶。该船在美国内战中成功地捕获了约 70 艘北方联邦的船舶。美国在战后要求对“阿拉巴马号”和其他船舶的掠夺予以赔偿。仲裁庭接受了此要求。英国违反了中立规则,并因此有义务赔偿美国的损失。这种仲裁裁决影响的另一个例子是“帕尔马斯岛”案(the *Island of Palmas* case)。[182] 该裁决对领土主权问题的重要意义已得到证明,并将在后面第 10 章加以讨论。此外,前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的案例法也变得很重要,需要加以关注。结果,这样那样的国际法院相互援引判决的事情不在少数,有时持支持态度[183],有时反对。[184]

---

[179] 参见,例如 *Qatar* v. *Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 93; *Liechtenstein* v. *Germany*, ICJ Reports, 2005, p. 6 and the *Construction of a Wall* advisory opinion, ICJ Reports, 2004, pp. 135, 154—6; 129 ILR, pp. 37, 71—4.

[180] ICJ Reports, 1998, pp. 275, 292.

[181] J. B. Moore, *International Arbitrations*, New York, 1898, vol. I, p. 653.

[182] 2 RIAA, p. 829; 4 AD, p. 3. 另参见:“比格尔海峡”裁决, HMSO, 1977; 52 ILR, p. 93,和“英法大陆架”案,Cmnd 7438, 1978; 54 ILR, p. 6.

[183] 参见,例如 the references in the *Saiga* (*No. 2*) case, International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 1 July 1999, paras. 133—4; 120 ILR, p. 143, to the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, ICJ Reports, 1997, p. 7.

[184] 例如,前南国际刑事法庭 the *Tadić* case (IT-94-1-A, paras. 115 ff; 124 ILR, p. 61)所表达的观点不同意国际法院在“尼加拉瓜”案中采取的方法, ICJ Reports, 1986, p. 14,(关于检验对准军事单位承担国家责任)。国际法院确实重申了其在“灭种罪公约”(波斯尼亚诉塞尔维亚)案中的观点,ICJ Reports, 2007, paras. 402 及以下。

112 正如已经看到的，国内法院[185]可能为某项习惯的存在提供证据，还可以构成国家的实际实践的证据。这种证据虽然不是对认为应适用的法律所做的描述，但却提供了国家实际行为的例子。换言之，所提供的是对于确立某习惯法规则非常重要的实质行为。[186]英美学者尤其倾向于相当广泛地参考国内法院的判例。

最后，还可以指出联邦国家（例如瑞士和美国）最高法院关于解决这些国家组成单位之间冲突的判决，因为这些判决与诸如边界争端国际法领域的发展相关。通过最高法院解决的关于美国两个州之间的边界分歧与国际法院受理的两个独立国家之间的边界争端在许多方面都是类似的，因此为国际法提供了宝贵资料。[187]

学者[188]

作为确定法律规则的辅助资料，第 38 条包括了“各国权威最高之公法学家学说”。

当然，学者对国际法发展的影响在历史上是显著的。在自然法鼎盛时期，起关键作用的是分析学和法学家的意见，而国家实践和法院判决的作用则具有较低的价值。像贞提利、格老秀斯、普芬道夫、宾刻舒克和瓦泰尔这类学者是 16 至 18 世纪的最高权威，他
113 们确定了国际法的范围、形式和内容。[189]

随着实证主义的兴起以及随之而来的对国家主权的强调，条约和习惯取得了主导国际体系规则的统治地位，法学著述的重要性开始下降。因此，人们注意到，在任何特定情形下，教科书被用作寻找法律的方法，而不是实际法律规则的源泉或渊源。仍然有一些学者对于某特定法律具有决定性影响，例如日德尔（Gidel）对海洋法的影响。[190] 还有一些学者的导论性国际法著作常常几乎是作为经典著作被参考，例如奥本海和卢梭，但是，教科书作者的一般影响有些下降。

---

〔185〕 参见，例如：*Thirty Hogsheads of Sugar*, *Bentzon v. Boyle* 9 Cranch 191 (1815); the *Paquete Habana* 175 US 677 (1900) and the *Scotia* 14 Wallace 170 (1871). 另参见：the *Lotus* case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, p. 153. 特别是关于国家和外交豁免领域的进一步的例子，参见下文，第 13 章。

〔186〕 参见，例如 *Congo* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2002, pp. 3, 24; 128 ILR, pp. 60, 80.

〔187〕 参见，例如：*Vermont v. New Hampshire* 289 US 593 (1933) and *Iowa v. Illinois* 147 US. 1 (1893).

〔188〕 参见，例如：Parry, *British Digest*, pp. 103—5 and Lauterpacht, *Development of International Law*, pp. 23—5. 另参见：R. Y. Jennings, “International Lawyers and the Progressive Development of International Law” in Makerczyk, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 1996, p. 325, and Pellet, “Article 38”, p. 790.

〔189〕 参见上文，第 1 章。

〔190〕 *Droit International Public de la Mer*, Chateauroux, 3 vols., 1932—4.

然而,教科书是一种重要方法,它被用来安排并将国际法的结构和形式集中起来以及讲解法律规则的性质、历史和实践。学术著作还在激励关于国际法的价值和目标的思想,指出该体系中的不足,并对未来提出建议方面起着重要作用。

由于在国际法律秩序中不存在最高当局和机构,要让国际法具有相关性和秩序性的要素并对国际法规则的趋向和目标提出质疑的责任就更多地落在了各国公法学家的肩上。

当国家在提出它们的主张、它们的法律官员向政府提供咨询、各国际司法和仲裁机构考虑其判决以及国内法院的法官认为有必要时,都会参考并引用著名法律权威的学说。[191]

当然,有人可能会而且实际上经常有人主张,教科书的作者们反映并加强民族偏见。[192] 不过这种主张被夸大了。这不应该使我们无视学者的价值,而应当在特定环境里对其作出正确评价。

其他可能的国际法渊源

在讨论《国际法院规约》规定的各种国际法渊源时,人们可能注意到了规则的实际 114
渊源与实践之间的区分。规则的实际渊源是那些能够构成新规则的东西,例如造法性条约、习惯法和国际法院的许多判决,因为不能将其局限于仅仅是确定或解释法律的种类;实践和那些为规则的存在提供证据的东西则是指诸如法学家的学说、许多契约性条约和国际和国内法院的判决。事实上,每个渊源在某种程度上都既能发展新法,也能证明现存法律。这一部分是由于国际法无组织的状态,还有一部分是由于第 38 条本身的规定。

在讨论第二次世界大战结束以来出现的发展法律的各种其他方法时,人们可以看出,在法律的制定、确定和证明之间存在类似的混乱。在出现的众多问题中,最显著的是联合国大会的决议和宣言的地位,它们反映了第三世界国家重要性的增长和世界秩序逐

---

[191] 参见: Brownlie, *Principles*, pp. 23—4.

[192] 参见,例如: Huber in the *Spanish Zone of Morocco* case, 2 RIAA, pp. 615, 640; 2 AD, pp. 157, 164 (note). 另参见: Carty, *Decay of International Law?*, pp. 128—31.

渐非欧洲化。[193]

与安全理事会有权根据《联合国宪章》第 24 和 25 条通过拘束联合国组织所有成员均有拘束力[194]的决议不同，联大的决议一般没有法律拘束力，仅具有建议的性质，在得
115 到不同程度的多数支持情况下提出对各种问题的意见。[195] 这是一种非常典型的立场、并反映了下述意图，即联大将基本上是议会咨询机构，安全理事会有权作出有拘束力的决定。

当今的情势似乎更加复杂。联大通过了大量极为重要的决议和宣言，它们不可避免地会影响现代国际法的发展方向。国家在联大投票的方式及其在这种情形下作出的解释构成国家实践和国家对法律理解的证据。例如，当某特定国家一贯地对废除种族隔离制投赞成票时，它事后不可能否认存在谴责种族歧视的惯例，甚至该惯例很可能对该国已经转变为有拘束力的习惯。

国际法院在“尼加拉瓜”案中有意表达了下述观点，即法律确信的要求可以来自与联大决议的通过和适用相关的情形。法院指出，相关的

> 法律确信，除其他外，可以（尽管需要谨慎地）从当事方（即美国和尼加拉瓜）和国家对某些联大决议的态度推演出来，特别是《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》的 2625（XXV）号决议。[196]

---

[193] 参见，例如：O. Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, 1966; D. Johnson, “The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations”, 32 BYIL, 1955—6, p. 97; J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, New York, 1969, and R. A. Falk, “On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly”, 60 AJIL, 1966, p. 782. 另参见：A. Cassese, *International Law in a Divided World*, London, 1986, pp. 192—5; M. Virally, “La Valeur Juridique des Recommendations des Organisations Internationales”, AFDI, 1956, p. 69; B. Sloan, “The Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations, 25 BYIL, 1948, p. 1, and Sloan, General Assembly Resolutions Revisited (40 Years After)” 58 BYIL, 1987, p. 39; Thirlway, “Law and Procedure of the ICJ (Part One)”; p. 6; O. Schachter, ‘United Nations Law’, 88 AJIL, 1994, p. 1; A. Pellet, “La Formation du Droit International dans le Cadre des Nations Unies”, 6 EJIL, 1995, p. 401, and Pellet, “Article 38”, p. 711; and S. Schwebel, “United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law” in *Realism in Law-Making* (eds. M. Bos and H. Siblesz), Dordrecht, 1986, p. 203. 另参见韦拉曼特利法官在下面案件中所发表的反对意见：the *East Timor* case, ICJ Reports, 1995, pp. 90, 185; 105 ILR, pp. 226, 326.

[194] See e. g. the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 54; 49 ILR, p. 29 and the *Lockerbie* case, ICJ Reports, 1992, pp. 3, 15; 94 ILR, p. 478. 进一步参见下文，第 22 章。

[195] 一些比较行政性的决议时有拘束力的，参见，例如《联合国宪章》第 17 条。

[196] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 99—100; 76 ILR, pp. 349, 433—4.

对类似这种决议的同意产生的效果“可能被理解为接受了决议宣布的规则或一套规则本身的效力”。[197] 然而,该评论仅涉及上述决议界定或解释现存条约(即宪章)规定的情形。

当大多数国家不断地投票赞成关于某问题的决议或宣言时,那就等于国家的实践,一项有拘束力的规则可能会这样产生,但条件是法律确信的要求可以得到证明。例如,1960 年《给予殖民地国家和人民独立宣言》,该宣言的通过没有任何反对票,只有 9 票弃权,并且接着又通过了一系列一般性和专门打击殖民主义、并提倡剩下的殖民地实行自 116
决的决议,该宣言似乎标志着自决已经从政治和道德原则转变为一项法律权利和相应义务,与 1970 年的《国际法原则宣言》一起加以考虑时尤其如此。[198]

像 1963 年《关于各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》那样的宣言也可以视为导致有拘束力的习惯法的国家实践的例子。除了构成国家实践外,这些决议还可以用来作为存在或正向法律确信转变的证据。没有法律确信不能产生习惯。此外,决议还可以理解为联大根据具体情况对《联合国宪章》各种原则作出的权威解释。[199]

因此,这种决议能够加速国家实践的立法过程,并因此加快习惯法适应现代生活的速度。出席联大的几乎是世界上所有国家的代表,他们的出席从一般政治的意义上和从产生国家实践的意义上大大提高了联大这个机关的价值,这种国家实践可能导致也可能不会导致有拘束力的习惯。例如,国际法院在“尼加拉瓜”案[200] 中指出,“国家通过的某些联大决议的措辞表明,它们承认禁止使用武力原则肯定是习惯国际法”。法院在“威胁或使用核武器的合法性”(the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*)咨询意见中用下面的方式提出这个问题[201]:

> 法院注意到,联大决议虽然没有拘束力,但有时具有规范的价值。在某种情形下,它们为确定某规则的存在或法律确信的产生提供重要证据。为了确定某联大决 117
> 议是否真的是这样的,有必要查看其内容及其通过的条件;还有必要查看是否存有关于其规范性质的法律确信。或者,一系列决议可能表明确立一项新规则所需要的

---

[197] ICJ Reports, 1986, p. 100; 76 ILR, p. 434.

[198] 进一步参见下文,第 5 章,第 251 页。

[199] 参见,例如:O. Schachter, “Interpretation of the Charter in the Political Organs of the United Nations” in *Law, States and International Order*, 1964, p. 269; R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, and M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, chapter 2.

[200] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 102; 76 ILR, pp. 349, 436.

[201] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 254—5; 110 ILR, pp. 163, 204—5.

法律确信的逐渐演变。

在此案中，法院审查了一系列关于核武器合法性的联大决议，并注意到其中几个决议的通过有实质数量的反对票和弃权票。法院还指出，这些决议的内容不都是一贯的。因此法院的结论是，这些决议不能确定存在着关于核武器非法的法律确信。[202]

然而，我们必须敏于发现在将法律价值归咎于联大通过的任何东西时存在的危险。决议常常是政治妥协和安排的结果，在这种意义上去理解，决不会有构成有拘束力的规范的意图。在从大量实践迈向确定法律规范的一步时，必须特别谨慎。

至于其他国际组织的实践[203]，可以用相同的方法，但需要更加小心。决议可能证明现存的习惯或可能导致创造习惯的惯例。类似地，法律确信的要求也可能从相关的情形中出现，不过必须小心从事。[204]

有时会更加笼统地争辩说，特定的没有拘束力的文书或文件，或条约中没有拘束力的规定形成一种被称为“软法”的特殊种类的规则。“软法”这个术语的意思是表示相关的文件或规定本身不是“法律”，但是其在国际法律发展的一般框架内的重要性特别引
118 人注意。[205] “软法”不是法。这是需要强调的，但是，某个文件在对国际政治施加影响之前不必构成有拘束力的条约。1975 年《赫尔辛基最后文件》就是最好的例子。它不是有

---

[202] 同上，p. 255；110 ILR，p. 205. 关于其他案例参见上面，p. 84.

[203] 关于在这种情形下的其他国际组织，一般参见，A. J. P. Tammes，“Decisions of International Organs as a Source of International Law”，94 HR，1958，p. 265；Virally，“La Valeur Juridique”，p. 66，and H. Thierry，“Les Résolutions des Organes Internationaux dans la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice”，167 HR，1980，p. 385.

[204] 参见：*the Nicaragua case*，ICJ Reports，1986，pp. 14，100—2；76 ILR，pp. 349，434—6.

[205] 参见，例如：Boyle and Chinkin，*The Making of International Law*，pp. 211 ff.；Pellet，“Article 38”，p. 712；H. Hillgenberg，“A Fresh Look at Soft Law”，10 EJIL，1999，p. 499；M. Bothe，“Legal and Non-Legal Norms-A Meaningful Distinction in International Relations”，11 Netherlands YIL，1980，p. 65，I Seidl-Hohenveldern，“International Economic Soft Law”，163 HR，1980，p. 164，and Seidl-Hohenveldern，*International Economic Law*，2nd edn，Dordrecht，1992，p. 42；J. Gold，“Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements”，77 AJIL，1983，p. 443；PASIL，1988，p. 371；G. J. H. Van Hoof，*Re-thinking the Sources of International Law*，Deventer，1983，p. 187；C. M. Chinkin，“The Challenge of Soft Law：Development and Change in International Law”，38 ICLQ，1989，p. 850；L. Henkin，*International Law，Politics and Values*，Dordrecht，1995，pp. 94 and 192；W. M. Reisman，“The Concept and Functions of Soft Law in International Politics” in *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias*（eds. E. G. Bello and B. Ajibola），Dordrecht，1992，vol. I，p. 135；A. E. Boyle，“SomeReflections on theRelationship ofTreaties and Soft Law”，48 ICLQ，1999，p. 901；F. Francioni，“International ‘Soft Law’：A Contemporary Assessment” in Lowe and Fitzmaurice，*Fifty Years of the International Court of Justice*，p. 167，and *Commitment and Compliance：The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*（ed. D. Shelton），Oxford，2000.

拘束力的协议,但它在强调国际人权的作用和重要性上在中欧和东欧的影响被证明是无法估计的。[206] 某些国际法领域产生了比其他领域更多的"软法",意思是产生了重要的、但却没有拘束力的文件。这里可以特别提及国际经济法[207]和国际环境法。[208] 无论称为建议、纲领、行为准则还是标准,利用这种文件对于预示可能最终转变成法律上有拘束力的规则的演变和确立具有重要意义。达到这种转变可以通过将其变成有拘束力的条约的形式,或者将其接受为习惯规则,条件是应满足必要的条件。"软法"的主张是重要和有影响的,但其本身构不成法律规范。在许多情况下,国家相互之间或通过国际组织达成协议,由于无意成为有拘束力的并因此而受制于正式的法律实施的协议,它们对国家是有利的。但是,这些协议反映了以某种方式作出行为的政治意向。这样的协议可能更加灵活,比较容易达成,由于国内的原因也比较容易遵守。

美国国务院发表的一项关于国家之间无拘束力的国际协议的研究[209]指出: 119

> 下述国际实践早已得到承认,即政府可能同意并不确立法律义务的关于政策或意图的共同声明。最近几十年来,这已成为一种普遍方法,用来宣布外交往来的结果、指出关于政策问题的共同立场、记录就相互关注的问题有意作出的行为或相互作出政治承诺。这些文件有时被称为无拘束力的协议、君子协定、联合声明或宣言。

在这种情形下,确定其地位的不是相关文件的名称,而是从相关的情况推演出来的各方的意图,即它们是否有意在它们之间就相关问题创造有拘束力的法律关系。

国际法委员会

国际法委员会于1947年由联大建立,其宣布的目标是促进国际法的逐步发展与编纂。[210] 该委员会由来自非洲、亚洲、美洲和欧洲的34名委员组成,任期为5年,由各国政府提供的名单中选派。委员会得益于咨询各种外面的机构,包括亚非法律协商委员会、

---

[206] 参见,例如在"尼加拉瓜"案中提到了该文件,ICJ Reports, 1986, pp. 3, 100; 76 ILR, pp. 349, 434.

[207] 参见,例如: Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, pp. 42 及其以下。

[208] 参见,例如:P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd edn, Oxford, 2002, pp. 24 及其以下。

[209] Memorandum of the Assistant Legal Adviser for Treaty Affairs, US State Department, quoted in 88 AJIL, 1994, pp. 515 及其以下。另参见:A. Aust, "The Theory and Practice of Informal International Instruments", 35 ICLQ, 1984, p. 787; O. Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", 71 AJIL, 1977, p. 296; McNair, *The Law of Treaties*, p. 6, and A. T. Guzman, "The Design of International Agreements", 16 EJIL, 2005, p. 579.

[210] 关于编纂与逐步发展的关系,参见专案法官索伦森(Sørensen)在"北海大陆架"案中的反对意见, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 242—3; 41 ILR, pp. 29, 217—19.

120 欧洲法律合作委员会和美洲国家间法学家理事会。[211]

许多最重要的国际公约都出自该委员会的工作。确定某个题目之后,国际法委员会将准备一个草案。草案将送交各国提出评论,通常接下来的是由联合国召集国际会议。最后条约就产生了。1958 年《海洋法公约》、1961 年《外交关系公约》、1963 年《领事关系公约》和 1969 年《特别使团公约》以及 1969 年《条约法公约》都是按照这个程序进行的。当然,并不一定都如此顺利地进行。为了海洋法新公约的产生于 1974 年在加拉加斯以及从 1975 年到 1982 年在日内瓦和纽约召开的许多会议就是例证。

除了准备这些草案外,国际法委员会还发布报告和研究成果,并已经完成了诸如 1949 年《国家权利和义务宣言草案》和 1950 年《纽伦堡法庭宪章和该法庭判决中承认的国际法原则》等文件。该委员会起草了 1991 年《关于管辖豁免问题的条款草案》、1994 年《国际刑事法院规约条款草案》和 2001 年一套关于国家责任的条款草案。在国际法院的判决中常常提及委员会的草案。确实,在 1997 年向联合国大会发表的演讲中,国际法院院长施威贝尔(Schwebel)在提及"加布奇科沃—大毛罗斯多瑙河水坝"案(the *Gabčíkovo-Nagymaros Danube Dam* case)[212] 的判决时指出:该判决

> 还是值得注意的,因为该判决给予国际法委员会工作成果的重要性以广泛并深入的重视。该法院不仅援引了根据委员会关于条约法、条约事项的国家继承和国际水道法起草的草案缔结的条约,还在关于匈牙利和斯洛伐克的问题上非常重视委员会关于国家责任的条款草案。这并不全都属于例外,相反,这表明,事实上,正是由于国际法院的判决和意见影响了国际法委员会的工作,国际法委员会的工作同样对国际法院发生影响。[213]

因此,可以看出,国际法委员会至少涉及两个主要法律渊源。其草案可能形成国际

---

[211] 参见《国际法委员会规约》第 2、3 和 8 条。另参见,例如:B. Ramcharan, *The International Law Commission*, Leiden, 1977; *The Work of the International Law Commission*, 4th edn, New York, 1988; I. Sinclair, *The International Law Commission*, Cambridge, 1987; *The International Law Commission and the Future of International Law* (eds. M. R. Anderson, A. E. Boyle, A. V. Lowe and C. Wickremasinghe), London, 1998; *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, New York, 1997; S. Rosenne, "The International Law Commission 1949—59", 36 BYIL, 1960, p. 104, and Rosenne, "Relations Between Governments and the International Law Commission", 19 YBWA, 1965, p. 183; B. Graefrath, "The International Law Commission Tomorrow: Improving its Organisation and Methods of Work", 85 AJIL, 1991, p. 597, and R. P. Dhokalia, *The Codification of Public International Law*, Manchester, 1970.

[212] ICJ Reports, 1997, p. 7; 116 ILR, p. 1.

[213] 参见: http://www, icj-cij. org/icjwww/ipresscom/SPEEcHES/Ga1997e. htm.

条约的基础,后者对于签署并批准的国家具有拘束力,并且还可以继续形成一般国际法的 121
一部分。其工作是整个国家实践的一部分,后者可以导致习惯法的新规则。委员会的草案确实可以构成习惯的证据,汇集到可以创造新的法律和法律确信证据的惯例中去。[214] 此外,不可忽视的是,国际法委员会是由杰出的资深公法学家,包括许多政府的法律顾问组成的机构,国际法委员会的报告和研究成果可以像书籍那样被用作确定什么是实际法律的工具。

其他机构

虽然国际法委员会目前是研究并发展国际法的最重要的机构,但的确有一些担负同样使命的其他机构。例如,联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)和联合国贸易与发展会议(UNCTAD)正在积极扩大经济、财政和发展活动领域国际法的范围。此外,一些临时的委员会,例如关于国际法原则的委员会,从事着制定各种宣言和声明的工作。各种联合国专门机构的大量工作也是不容忽视的,例如国际劳工组织和联合国教科文组织,它们在各自的领域里不断地发展着国际法。

还有一些积极涉及这个领域的独立实体。国际法协会(International Law Association)和国际法研究院(Institut de droit International)是研究并促进世界社会的法律最有名的组织。此外,哈佛大学的国际法研究部在第二次世界大战前作出的各种草案至今仍然是有价值的。

单方面行为

在某些情势下,国家的单方面行为,包括相关国家官员作出的声明,可能产生国际法律 122
义务。[215] 这种行为可能包括有产生法律后果意图的承认和抗议。尽管单方面行为不是《国际法院规约》第 38 条第 1 款意义上的国际法的渊源,但却可能构成义务的渊源。[216]

---

[214] 参见上文,第 84 页。

[215] 参见: Virally, "Sources", pp. 154—6, Brownlie, *Principles*, pp. 612—15; W. Fiedler, "Unilateral Acts in International Law" in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 2000, vol. IV, p. 1018; G. Venturini, "La Portée et les Effets Juridiques des Attitudes et des Actes Unilatéraux des Etats", 112 HR, 1964, p. 363; J. Charpentier, "Engagement Unilatéraux et Engagements Conventionnels" in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, p. 367; A. P. Rubin, "The International Legal Effects of Unilateral Declarations", 71 AJIL, 1977, p. 1; K. Zemanek, "Unilateral Legal Acts Revisited" in Wellens, *International Law*, p. 209; E. Suy, *Les Actes Unilateraux en Droit International Public*, Paris, 1962, and J. Garner, "The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations", 27 AJIL, 1933, p. 493. 1996 年以来,国际法委员会一直在研究国家单方面行为的问题,参见 A/51/10, pp. 230 and 328—9. 另参见: the Fifth Report, A/CN. 4/525, 2002.

[216] 参见,例如: the Report of the International Law Commission, A/57/10, 2002, p. 215.

要让这种情况发生，作出相关宣言的国家被约束的意图是关键，宣言的公开性或闻名度也同样非常重要。[217] 可以通过对该行为的解释确定其意图，善意原则发挥着关键的作用。国际法院曾强调，当国家作出声明从而限制其行动自由时，需要作出严格的解释。[218] 当涉及第三国时，为了使这种行为或声明可以对抗这些国家，承认是非常重要
123 的。此外，这种单方面行为可以用来证明相关国家采取的特定观点。[219]

渊源的等级与强行法[220]

渊源的等级问题比初看上去要复杂得多。尽管有反对规范冲突的假定[221]，但是国

---

[217] The *Nuclear Tests* cases, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 267; 57 ILR, pp. 398, 412. 另参见：the *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests* (*New Zealand v. France*) Case, ICJ Reports, 1995, pp. 288, 305; 106 ILR, pp. 1, 27; the *Nova-Scotia/Newfoundland* (*First Phase*) case, 2001, para. 3.14; 128 ILR, pp. 425, 449; and the *Eritrea/Ethiopia* case, 2002, para. 4.70; 130 ILR, pp. 1, 69. 此种承诺可以在国际法院的口头程序中出现，参见 *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, p. 452.

[218] *Nuclear Tests* cases, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 267; 57 ILR, pp. 398, 412. 另参见：the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 132; 76 ILR, pp. 349, 466, and the *Burkina Faso v. Mali* case, ICJ Reports, 1986, pp. 554, 573—4; 80 ILR, pp. 459, 477—8. 法院在"北海大陆架"案中宣布，某个公约的非缔约国单方面承受该公约义务的假定是"不可轻易推论的"，ICJ Reports, 1969, pp. 3, 25; 41 ILR, p. 29. 法院在马来西亚/新加坡案(ICJ Reports, 2008, para. 229)中指出，如果拒绝不是对另一方的求常作出的反应或不是在双方争议的情形下作出的，就不应解释为有拘束力的承诺。

[219] 参见，例如在"扬马延"案中提及挪威外交部发布的新闻简报以及挪威政府对议会的一个协议文本的来文的措辞，ICJ Reports, 1993, pp. 38, 51; 99 ILR, pp. 395, 419. 另参见阿吉卜拉法官(Ajibola)在下面这个案件中的个别意见：ICJ Reports, 1994, pp. 6, 58; 100 ILR, pp. 1, 56.

[220] 参见：D. Shelton, "Normative Hierarchy in International Law", 100 AJIL, 2006, p. 291; M. Koskenniemi, "Hierarchy in International Law: A Sketch", 8 EJIL, 1997, p. 566; B. Simma and D. Pulkowski, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", 17 EJIL, 2006, p. 483; P. Weil, "TowardsRelativeNormativity inInternational Law?", 77 AJIL, 1983, p. 413, and "Vers une Normativité Relative en Droit International?" 86 RGDIP, 1982, p. 5; M. Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", 47 BYIL, 1974—5, p. 273, and Virally, "Sources", pp. 165—6. 另参见：H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Leiden, 1980, pp. 84—6; Thirlway, "Law and Procedure of the ICJ (Part One)", p. 143, and Thirlway, "Supplement", p. 52, and U. Fastenrath, "Relative Normativity in International Law", 4 EJIL, 1993, p. 305.

[221] 参见，例如 "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from theDiversification and Expansion of International Law", Report of the Study Group of the International Law Commission (finalised by M. Koskenniemi), A/CN. 4/L. 682, 2006, p. 25.

际法在排列宪法权威顺序方面没有国内法那样清晰[222]，而且无等级的国际法院和法庭的泛滥[223]，再加上国际法数量在实体和程序方面的剧增，使得情况变得复杂了。很清楚，根据第 38 条第 1 款，司法判例和学说具有次要的功能，一般法律原则具有辅助习惯和条约法律的作用，从而使这种渊源必定处于第三的地位。[224] 习惯与条约法律之间的优先性问题更复杂些。[225] 作为一般规则，后法优于先法。条约的制定常常是为了取代或编纂现存习惯[226]，然而条约本身也可能会过时，并被新的习惯规则所取代。但是，当同样的规则同时出现在条约和习惯中时，不能推定后者被前者所取代，它们可以共 124
存。[227] 此外，有这样一个原则，即特别法优于一般法（*lex specialis derogat legi generali*），因此，例如两个国家之间作为特别法的条约规则将优先于这两个国家之间的条约或习惯法的一般规则[228]，但是如果该一般规则是强行法则不在此限。[229]

由于存在着被认为与其他规范或义务不同或具有更高地位的规范或义务，无论源于习惯还是条约，问题变得复杂了。这就是对一切的义务或强行法规则。虽然从与其相关的规则内容来看，这两个概念可能有相当大的重叠，但是在性质上它们是不同的。前一个规范所涉及的是相关规则的适用范围，也就是说，概括地讲，那是国家可能服从相关规则的情景，并以此被认为对该问题有法律利益。[230] 因此，问题的焦点基本上是程序上

---

[222] 但是 Pellet 指出，虽然在公约、习惯与一般法律原则之间没有形式等级，但国际法院按照一个接一个的顺序来对其加以适用并“形成了他们之间的互补性”。“Article 38”, p. 773. Dupuy 争辩说渊源没有等级：参见 *Droit International Public*, 8th edn, Paris, 2006, pp. 370 及以下。但是比较 The ILC Study on Fragmentation, 该研究同意作者们的下述主张，即“条约一般优先于习惯，特别条约优先于一般条约”，p. 47.

[223] 参见下文第 19 章，第 1115 页。

[224] Pellet, “Article 38”, p. 780.

[225] 同上，p. 778，并参见：H. Villager, *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985.

[226] 参见：R. Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, BYIL, 1965—6, p. 275.

[227] 参见 the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 95.

[228] 参见：ILC Report on Fragmentation, pp. 30 及以下, and *Oppenheim's International Law*, pp. 1270 and 1280. 另参见：the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 76; 116 ILR, pp. 1, 85; the *Beagle Channel* case, 52 ILR, pp. 141—2; the *Right of Passage* case, ICJ Reports, 1960, pp. 6, 44; 31 ILR, pp. 23, 56; the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 240; 110 ILR, pp. 163, 190; the *Tunisia/Libya Continental Shelf* case, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 38; 67 ILR, pp. 4, 31, and the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 3, 137; 76 ILR, pp. 349, 471.

[229] 参见，例如 the *OSPAR* (*Ireland* v. *UK*) case, 126 ILR, p. 364, para. 84, 以及后面第 623 页。

[230] 参见，例如 Article 48 of the ILC Draft Articles on State Responsibility and the commentary thereto, A/56/10, pp. 126 及以下。另参见 the *Furundžija* case before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 121 ILR, pp. 213, 260.

的。另一方面,强行法规则是被承认具有更高地位的实质性规则。在“巴塞罗那牵引公司”案[231]中,国际法院指出,国家对整个国际社会的义务与在外交保护中产生的对另一国的义务之间有根本区别。由于性质的不同,前者涉及所有国家,“所有国家被认为对于其保护具有法律利益,它们是对一切的义务”。这种义务的例子包括禁止侵略和种族灭
125 绝,以及防止奴隶制和种族歧视。[232] 还可以加上禁止酷刑。[233] 此外,国际法院在“东帝汶”案(the *East Timor* case)中强调,“人民自决权具有对一切的性质”[234],并在“适用《防止及惩治灭绝种族罪公约》”案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫(塞尔维亚和黑山))中重申,“该公约中体现的权利和义务是对一切的权利和义务”。[235]

在某些情况下,关于向据称的犯罪国寻求法律救济方面涉及出庭资格的传统规则不再严格了,这可能与国际法中更为高级的原则问题有关。1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条规定,条约“在缔结时与一般国际法强制规律抵触者”无效。第 64 条进一步规定,遇有新一般国际法强制规律产生时,任何现有条约与该项规律抵触者即成为无效而终止。该规则(强行法)同样适用于习惯法的情形,因此不能允许任何通过地方或特殊习惯的方式予以减损。

这种强制规范被该公约界定为“全体国家的整个国际社会所接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”。[236] 强行法的概念以接受体系内有基本和更高的价值为基础,在某些方面类似于国内法律秩序的公共秩序或公

---

[231] ICJ Reports, 1970, pp. 3, 32; 46 ILR, pp. 178, 206.

[232] 另参见:“尼加拉瓜”案,ICJ Reports, 1986, pp. 14, 100; 76 ILR, pp. 349, 468, 和韦拉曼特利法官在“东帝汶”案中的反对意见, ICJ Reports, 1995, pp. 90, 172 and 204. 105 ILR pp. 226; 313 and 345。此外, Simma, “Bilateralism”, pp. 230 及以下; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 1997, 以及 J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002, pp. 242—4.

[233] 参见,例如: the *Furundžija* case, 121 ILR, pp. 213, 260.

[234] ICJ Reports, 1995, pp. 90, 102; 105 ILR, p. 226.

[235] ICJ Reports, 1996, pp. 595, 616; 115 ILR, p. 10.

[236] 在“美国诉马塔—巴利斯代罗斯”(*US v. Matta-Ballesteros*)中指出,“不可减损的强制的强行法规范在习惯国际法中享有最高的地位,对所有国家都有拘束力,并且不能被条约所废除”, 71 F. 3d 754, 764 n. 4 (9th circuit, 1995).

共政策。[237] 该规范还反映了自然法思想的影响。强行法规则不是国际法的新规则。其 126
实,这是一个关于有些规则具有特别且更高质量的问题,这些在现存国际法规则中的规则被承认带有这种性质。特别是在国际法委员会讨论这个问题时,有各种强行法内容的例子,例如非法使用武力、种族灭绝、奴隶贩卖和海盗。[238] 然而,在其他领域尚未表现出清晰的一致意见[239],甚至所给出的例子也绝不是无可争辩的。然而,直接因国际罪行而产生个人责任标志着强行法规则的进一步发展。但是,既然一旦被创造出来就不许损抑,甄别可以创造强行法规则的机制就具有特别的重要意义。

根据第 53 条,这里涉及两个步骤:第一,确立某命题为一般国际法规则;第二,由国家组成的国际社会全体将该规则接受为强制规则。因此,我们将了解到这里涉及一种严格的过程,这是正确的,因为确立更高级的有拘束力的规则对于国际法律体系意义重大。应当避免的情形是将强制规则强加于政治的或思想意识上的少数,因为那样最后会贬低此概念。因此,适当的检验标准应该是国家普遍将该命题接受为法律规则,并且压倒性 127
多数的国家,无论是否有思想意识和政治上的分歧,都将其承认为强行法规则。[240] 只有在习惯或条约的基础上才能形成强行法规范的基础,这一点也是很清楚的。考虑到国家

---

[237] 参见,例如:J. Sztucki, Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties, New York, 1974; I. Sinclair, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2nd edn, Manchester, 1984, p. 203; M. Virally, "Réflexions sur le Jus Cogens", 12 AFDI, 1966, p. 1; Shelton, "Normative Hierarchy", pp. 297 及以下.; C. Rozakis, The Concept of jus Cogens in the Law of Treaties, 1976; A. Cassese, *International Law*, chapter 11;; Gomez Robledo, "Le Jus Cogens International", 172 HR, 1981 p. 17; G. Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Conventions", 172 HR, 1981, p. 279; Crawford, ILC's Articles, pp. 187—8 and 243; J. Verhoeven, "Jus Cogens and Reservations or 'Counter-Reservations' to the Jurisdiction of the International Court of Justice" in Wellens, International Law, p. 195, and L. Hannikainen, Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law, Helsinki, 1988. 另参见:2001 年国际法委员会《国家责任条款草案》第 26 条,和下文,第 16 章,第 944 页。

[238] Yearbook of the ILC, 1966, vol. II, p. 248. 关于禁止酷刑作为强行法,参见南斯拉夫战争犯罪法庭在下面这个案件中的裁决:the *Furundzija* case, 121 ILR, pp. 257—8 以及 260—2; *Siderman v. Argentina* 26 F. 2d 699, 714—18; 103 ILR, p. 454, and *Ex Parte Pinochet* (No. 3) [2000] 1 AC 147, 247 (Lord Hope), 253—4 (Lord Hutton) and 290 (Lord Phillips); 119 ILR, pp. 135, 200, 206—7 and 244. and the *Al-Adsani* case, European Court of Human Rights, Judgment of 21 November 2001, para. 61; 123 ILR, pp. 24, 41—2. 关于司法外处决,另参见:the decision of the US District Court in *Alejandre v. Cuba* 121 ILR, pp. 603, 616, 关于不歧视,参见:美洲人权法院关于 the *Juridical Condition and Rights of theUndocumented Migrants* 的咨询意见, OC-18/03, Series A, No. 18 (2003).

[239] 参见,例如: Lord Slynn in *Ex Parte Pinochet* (No. 1),他指出"不存在关于国际法这种违反(国际罪行)的强行法,因此国家豁免或国家元首的豁免的主张……,应被驳回", [2000] 1 AC 61, 79; 119 ILR, pp. 50, 67.

[240] 参见,例如: Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 218—24, and Akehurst, "Hierarchy".

对于作为国际法独立渊源的一般法律原则的敌对态度以及强行法形成所要求的普遍性，这一点特别重要。正如第 53 条所指出的，与现存一般国际法强制规则抵触的条约无效[241]，然而，根据第 64 条，现存条约如果与一个正在出现的强行法规则冲突，该条约于该规则出现的日期终止。它不是自始无效的，而且根据第 71 条，条约创设的任何权利、义务和法律情势不受影响，但条件是，它的继续存在本身与新的一般国际法强制性规范不发生抵触。2001 年国际法委员会《关于国家责任条款草案》第 41 条(2)规定，任何国家不得承认“严重违背”强行法规范的行为所造成的情况为合法。[242] 违反强行法规则的保留可能也是非法的。[243] 此外，有人建议，违反强行法规则的国家行为不能主张国家豁免。[244] 劳特派特法官在“波斯尼亚”案(the *Bosnia* case)[245]的个别意见中讨论了强行法规则与《联合国宪章》第 103 条之间的关系，该条规定，国家在宪章下的义务与其依任何其他国际协定之义务有冲突时，其在宪章下的义务应居优先。他特别指出，“第 103 条可能允许安全理事会在其某项决定与某项有效的条约义务冲突时免受该条约义务的影响，
128 但是由于简单的规范等级，这种减免不能适用于安全理事会决议与强行法的冲突”。

进一步阅读推荐书目

M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, 47 BYIL, 1974—5, p. 1

A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, 2007

B. Cheng, *General Principles of Lawas Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953

C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Cambridge, 1965

A. Pellet, “Article 38” in *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (eds. A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm), Oxford, 2006, p. 677

P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, 77 AJIL, 1983, p. 413

---

[241] 参见：Yearbook of the ILC, 1966, vol. II, pp. 91—2.

[242] 那种涉及责任国大规模或系统地不履行义务，第 40(2)条。另参见：第 50(d)条。

[243] 参见，例如帕迪拉法官(Padilla Nervo)、田中法官和索伦森法官在“北海大陆架”案中的意见：ICJ Reports, 1969, pp. 3, 97, 182 以及 248; 41 ILR, p. 29. 另参见：人权事务委员会一般性意见 24 (52), CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6.

[244] 参见，例如：Cassese, *International Law*, p. 145，他援引了沃尔德法官(Judge Wald)在“普林滋诉德意志联邦共和国”案中的反对意见，in *Princz v. Federal Republic of Germany*, a decision of the US Court of Appeals, 1994, 103 ILR, p. 618，但是，参见：the *Al-Adsani* case, European Court of Human Rights, Judgment of 21 November 2001; 123 ILR, p. 24.

[245] ICJ Reports, 1993, pp. 325, 440; 95 ILR, pp. 43, 158. 另参见：the decision of the House of Lords in the *Al-Jedda* case, [2007] UKHL 58 关于第 103 条下的义务(这里是指安全理事会的决议)优先于《欧洲人权公约》第 5 条。

4
国际法与国内法

在现代世界中，国家的作用很复杂。在法律理论上，每个国家都是主权和平等的。[1] 在现实中，随着通信和认知度的迅速提高以及来自全球竞争的不断提醒，即使是最强大的国家也不会是完全主权的。当代国际商业和政治社会的相互依赖性与盘根错节的紧密关系使得任何国家的几乎每一个行为都会对整个国际体系以及其他国家正在

---

〔1〕 一般参见，*Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, vol. I, p. 52; L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2004; Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford, 2007; J. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1968, vol. I, p. 90; R. A. Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Princeton, 1964; H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd edn, London, 1966, pp. 290—4 and 551—88; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, chapter 2; H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1970, vol. I, pp. 151—77; A. Cassese, *International Law*, 2nd edn, Oxford, 2005, chapter 12, and Cassese, "Modern Constitutions and International Law", 192 HR, 1985 III, p. 335; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 92; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, chapter 12; K. Marek, "Les Rapports entre le Droit International et le Droit Interne à la Lumière de la Jurisprudence de la CIJ", *Revue Générale de Droit International Public*, 1962, p. 260; L. Ferrari-Bravo, "International Law and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems" in *The Structure and Process of International Law* (eds. R. St J. Macdonald and D. Johnston), Dordrecht, 1983, p. 715; F. Morgenstern, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law", 27 BYIL, 1950, p. 42; B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, The Hague, 1993; J. G. Starke, "Monism and Dualism in the Theory of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", 92 HR, 1957, pp. 5, 70—80; H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960—89 (Part One)", 60 BYIL, 1989, pp. 4, 114; Report of the Committee on International Law and Municipal Law, International Law Association: Report of the Sixty-Sixth Conference, 1994, p. 326; V. Erades, *Interactions Between International and Municipal Law—A Comparative Caselaw Study*, Leiden, 1993, and V. Heiskanen, *International Legal Topics*, Helsinki, 1992, chapter 1.

130 考虑的决定产生很大影响。这导致国际法和国内法在一些领域之间相互渗透，例如人权、环境和国际投资法，至少在这些领域，同样的话题都要服从国际和国内层面（确实对欧盟来说还包括区域层面）的规范。随着国际法的产生和发展，开始出现如何平行地处理国家在国际体系内的作用以及关注一个特定国家的国内法律秩序与治理整个国际社会的原则之间的关系问题。国内法处理政府的国内问题，解决个人与个人以及个人与行政机构之间的问题；国际法主要集中在国家之间的关系问题。但是，现在这属于过分简单的主张。在许多情形中，问题可能是交叉的，并从而对两个法律体系带来一些困难。国内法院的案子可能用国际法规则来为某项指控辩护。例如，在“国王诉琼斯”（*R* v. *Jones*）案中，在涉及指称的（英国法上的）[2]刑事毁坏罪时提出了谋求避免（主要是国际法上的）更大罪行的辩护主张，或者某船舶按照国内法被指控进入一国领海，但是根据国际法却被视为在公海上。此外，还有许多案子，同样的情势被提交到国内法院和国际法院，它们在互相影响的复杂过程中相互参考对方的判决。例如，美国没有允许受监禁的外国国民获得领事援助而违法了 1963 年《维也纳领事关系公约》，这成为国际法院[3]、美洲人权法院[4]和美国法院[5]案例法的主题，同时也正在形成用国内法院提出违反国
131 际法问题的倾向。[6]

理论[7]

实证主义强调国家具有压倒一切的重要性，往往认为国际法建立在国家同意的基础之上。习惯和条约证明，使国际法发挥作用的是实际的实践，而不是形式主义的建构、理

---

〔2〕 [2006] UKHL 16; 132 ILR, p. 668. See further below, p. 146.

〔3〕 例如，参见 the *LaGrand* case, ICJ Reports, 2001, p. 466; 134 ILR, p. 1, and the *Avena* case, ICJ Reports, 2004, p. 12; 134 ILR, p. 120.

〔4〕 *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16, 1999.

〔5〕 参见，例如 *Breard* v. *Greene* 523 US 371 (1998) and *Sanchez-Llamas* v. *Oregon* 126 S Ct 2669 (2006). 并参见 *Medillin* v. *Texas* 522 US (2008) (Slip Opinion).

〔6〕 参见，例如 *R* v. *Jones* [2006] UKHL 16; 132 ILR, p. 668; *ex parte Abbasi* [2002] EWCA Civ 1598; 126 ILR, p. 685, and *R* (*Gentle*) v. *Prime Minister* [2006] EWCA Civ 1689; 132 ILR, p. 721.

〔7〕 见上文，第 1 章和第 2 章. 另参见：J. H. Jackson, “Status of Treaties inDomestic Legal Systems: A Policy Analysis”, 86 AJIL, 1992, p. 310; N. Valticos, “Pluralité des Ordres Juridiques et Unité de Droit International Public” in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (ed. J. Markarczyk), The Hague, 1996, p. 301, and J. Dhommeaux, “Monismes et Dualismes en Droit International des Droits de l'Homme”, AFDI, 1995, p. 447.

论推演或道德规范。因此,当实证主义者,例如特里佩尔(Triepel)[8]和斯特拉普(Strupp)[9],考虑国际法与国内法的关系时,他们以国内法至上为基础,认为在两者的运行体系中存在很大区别。这种理论就是著名的二元论(或者有时称为多元论)。该理论强调国际法与国内法体系是相互独立存在的,它们不会相互影响或一个支配另一个。

之所以如此,是由于国际关系与国内关系之间性质上的根本不同,以及国家的法律结构与国家之间的法律结构上的不同。在国内立法允许实施国际法规则时,那是出于容忍,假定那就是,而且实际就是国家在其国内管辖范围内行使最高权力的一种表现,不是国际法在国内施加任何影响的结果。[10]

不同意这种理论并采取一元论的作者往往分为两派:一派,例如劳特派特,奉行坚定的道德立场,并对人权予以极大关注;另一派,例如凯尔逊,则坚持以形式主义逻辑为基础的一元论立场。一元论主义者一致同意的观点是,整个法律是一个统一的体系,他们一致反对实证主义者作出严格区分的观点。

以英国劳特派特的著作为代表的"自然主义"这一派将关注个人福利视为所有法律的首要功能,主张提倡国际法的至上性是实现这一功能的最好方法。这派学说的特点 132
是,对国际体系是建立在国家主权和国家绝对独立的基础上深表怀疑,他们坚信国际法规则有能力把建立在尊重人权和个人福利基础上的道德目标和正义渗透到国际秩序中。[11]

凯尔逊以截然不同的方法阐明他的一元论理论,他的方法以康德的哲学为基础。法律被认为是一种秩序,这种秩序制定行为规范,并应该得到遵守;这种秩序以制裁为后盾,当发生了违法行为后或者违法行为开始发生时即可使用制裁手段。由于国内和国际层面都具有同样的定义,逻辑上它们是统一的。由于国家之间的相互法律关系中要遵循国际法,例如规定平等的规则,因为如果没有这样的规则,国家在法律面前就没有平等。因此,国际法高于国内法或者是比国内法更加基本的法律。[12]

已经提到过的凯尔逊的等级理论是:一个特定规则只要符合前一个规则就确定了其合法性。这个回过头来去寻找前一个规则或更高的规则的过程最终结束于所谓的法律

---

〔8〕 H. Triepel, Volkerrecht und Landesrecht, Berlin, 1899.

〔9〕 K. Strupp, "Les Règles Gènérales du Droit International de la Paix", 47 HR, 1934, p. 389. 还可以参见:D. Anzilotti, Corso di Diritto Internazionale, 3rd edn, Rome, 1928, vol. I, pp. 43 及其以下。

〔10〕 参见: Oppenheim's International Law, p. 53.

〔11〕 Lauterpacht, *International Law*. 另参见: *Lauterpacht, International Law and Human Rights*, London, 1950.

〔12〕 Kelsen, *Principles*, pp. 557—9. 另参见: Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, pp. 363—80. 例如塞尔将国际法律一元论建立在国内法律一元论之上,关于社会学的基本解释,参见 Nguyen Quoc Dinh, et al., *Droit International Public*, p. 96.

秩序的基本规范。但是,该基本规范只是在相对意义上才是基本的,因为国家的法律性质,例如国家管辖权、主权和平等,都是由国际法确定的。因此,通过宣布国际法律秩序的基本规范也是国内法律秩序的基本规范,凯尔逊强调以国际法优先为基础的整个法律秩序的统一性。[13]

第三种学说是菲茨莫里斯(Fitzmaurice)和卢梭(Rousseau)以及其他学者提出的,他们在某种程度上修正了二元论的观点,试图建立一个紧密联系实际的理论框架。该学说首先否定在国际法与国内法之间存在着一个两者谁优先于或次于谁的共同空间。每一
133 个秩序在其自己的范围内都是最高的,就好像法国法律在法国最高,英国法律在英国最高。就像不能说法国法律优先于英国法律,而只能说两个不同的法律体系在各自的范围内运作一样,同样也可能以相同的方式来处理国际法与国内法的关系。它们在国内和国际各自的体系中都是法律因素,都在不同的法律秩序中生存。

可能而且常常发生的事情是义务的冲突问题,即国家在自己国内范围不履行国际法规定的义务。在这种情况下,国内的地位不受影响(不被相反的国际法规则推翻),但是该国在国际上违反了国际法规则,救济也将在国际层面上发生,包括可以提出外交抗议,也可以通过司法解决。

这种解决问题的方法并不陷入深层的理论思考,因为其目的在于结合实际并符合多数国家的实践和国际司法判例。[14] 事实上,国际法外延的扩大促使多数国家接受了某种中间立场,即将国际法规则视为特殊体系的一部分,但是根据具体情况能够在国内适用,同时国内法院也越来越多地负有解释国际法规则的义务。[15]

国内规则在国际法中的作用[16]

关于国内法在国际层面的地位,一般的规则是,国家不能以国内法律情势为依据来

---

〔13〕 进一步参见上文,第 2 章,第 50 页。

〔14〕 G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", 92 HR, 1957 II, pp. 5, 70—80. 另参见: C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1979, pp. 4—16; E. Borchard, "The Relations between International Law and Municipal Law", 27 *Virginia Law Review*, 1940, p. 137; M. S. McDougal, "The Impact of International Law upon National Law: A Policy-Orientated Perspective" in McDougal *et al.*, *Studies in World Public Order*, New Haven, 1960, p. 157.

〔15〕 关于相关理论,进一步参见,Shany, *Regulating Jurisdictional Relations*, pp. 92 ff.

〔16〕 参见,例如:C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, London, 1964, chapter 9; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, and Morgenstern, "Judicial Practice", pp. 43 及其以下。

为它违反国际法的行为辩护。不能以国家遵循其国内法行事来为违反国际义务的行为抗辩。不能将国内法规则作为违反国际义务的借口。不能援引国内立法作为逃避国际 134
责任的借口,其理由是不言而喻的。否则,在任何其他情势下都会允许仅用援引国内立法的简单方法来规避国际法。

因此,国家实践和已往的案例都确立了这样的规则,并从而防止参加国际诉讼的国家用援引国内法的方法来规避国际法。1969 年《维也纳条约法公约》第 27 条规定,关于条约,一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。然而,该公约第 46 条第 1 款规定,一国不得援引其同意承受条约约束的表示是违反该国国内法关于缔约权限的一项规定之事实以撤销其同意。[17] 但是违反之情事显明且涉及其具有基本重要性的国内法的一项规则者,不在此限。第 46 条第 2 款规定,违反情事倘由对此事依通常惯例并秉善意处理之任何国家视为显然可见者,即为明显违反。在"喀麦隆诉尼日利亚"案(*Cameroon v. Nigeria*)中,尼日利亚辩称,两国首脑 1975 年签署的《马鲁阿宣言》因尚未得到批准而无效,国际法院审查了第 46 条第 2 款。[18] 法院指出,《维也纳条约法公约》第 7 条第 2 款规定,国家元首属于因其所任职务无须出具全权证书而被视为代表其国家的人。法院还认为,"国家没有一般的义务随时了解其他国家的立法和宪法发展,尽管这些发展对这些国家之间的国际关系很重要或可能变得很重要"。[19] 135

这些规定在案例法中有所反映。在 1872 年"阿拉巴马号求偿仲裁"案中,当英国允许美国南方邦联政府的船舶从利物浦驶出去捕获美国北方政府的船只时,北方政府表示强烈反对。仲裁庭裁决:英国没有防止船舶的建造或驶出的必要立法不能成为辩护的理由,因此英国对于所涉军舰造成的破坏承担赔偿责任。[20] 在"在但泽的波兰国民"案(the *Polish Nationals in Danzig* case)中,常设国际法院宣称,"一国不能针对另一国援引

---

〔17〕 另外,1949 年《国家权利和义务宣言草案》第 13 条规定,"各国有一秉信诚履行由条约与国际法其他渊源而产生之义务,并不得借口其宪法霍法律之规定而不履行此种义务", *Yearbook of the ILC*, 1949, pp. 286, 289.

〔18〕 ICJ Reports, 2002, pp. 303, 430 及其以下。

〔19〕 同上, p. 430. 但是,参见国际法院在"英挪渔业"案中的意见,英国作为在北海捕鱼具有重大利益的沿海国,"不可能忽略挪威的相关法令,尽管它主张它不了解挪威的划界制度"。ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, pp. 86, 101.

〔20〕 J. B. Moore, *International Arbitrations*, New York, 1898, vol. I, pp. 495, 653. 另参见,例如: the *Free Zones* case, PCIJ, Series A/B, No. 46, 1932, p. 167; 6 AD, p. 362; the *Greco-Bulgarian Communities* case, PCIJ, Series B, No. 17, 1930, p. 32; 5 AD, p. 4, and the *Nottebohm* case, ICJ Reports, 1955, pp. 4, 20—1; 22 ILR, pp. 349, 357—8.

自己的宪法来逃避其在国际法或条约下的义务”。[21]

在“仲裁义务的可适用性”案(the *Applicability of the Obligation to Arbitrate* case)中[22],国际法院强调了“国际法优先于国内法的国际法基本原则”。在“洛克比”(the *Lockerbie* case)案[23]中,沙哈布德因(Shahabuddeen)法官也强调依据国内法不能从事的行为不能作为不履行国际义务的理由。在“拉格兰德”案(the *LaGrand* case)[24]中,这项原则得到加强。法院在该案中指出,美国的缺席程序规则[25]对于美国因违反公约而承担的责任没有影响,该规则阻止拉格兰德兄弟的律师在美国联邦法院体系提出美国违反了《维也纳领事关系公约》。[26] 国际法院在“阿韦纳案”(*Avena case*)[27]中强调了这种观点,法院指出:“《维也纳公约》保障的权利是条约权利,美国已承担保障相关个人的这些

136 权利的义务,不论美国宪法中是否规定了正当程序权利。”法院在该案中向前迈进了一步,因为该案还涉及没有允许外国囚犯与其领事官员联系从而违反了《维也纳领事关系公约》。法院宣称:“对这些违反的行为进行补偿的救济应当包括美国有义务允许通过美国法院审查和重新考虑这些国民的案子……以便确认在每个案子中有权当局违反第36条的行为是否对被告造成刑法执行程序中的实际损害。”[28]与此形成鲜明对比,国际法院在“锡库拉电子有限公司(埃尔西)”案[29]中指出,公共权力机关的行为可能在国内法上是违法的,但是并不一定意味着该行为在国际法上也是违法的。

但是,这种在国际法庭中作出的国际法优先于国内法的表述并不意味着国内立法的

---

〔21〕 PCIJ Series A/B, No. 44, pp. 21, 24; 6 AD, p. 209. 另参见: the *Georges Pinson* case, 5 RIAA, p. 327; 4 AD, p. 9.

〔22〕 ICJ Reports, 1988, pp. 12, 34; 82 ILR, pp. 225, 252.

〔23〕 ICJ Reports, 1992, pp. 3, 32; 94 ILR, pp. 478, 515. 另参见: *Westland Helicopters Ltd and AOI* 80 ILR, pp. 595, 616.

〔24〕 ICJ Reports, 2001, pp. 466, 497—8; 134 ILR, pp. 1, 35—6.

〔25〕 美国联邦刑法的这项规则基本上避免了尚未在某个州法院提起就被联邦法院受理的诉讼: 参见: ICJ Reports, 2001, pp. 477—8.

〔26〕 另参见: the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the *Promulgation and Enforcement of Law in Violation of the Convention*, 116 ILR, pp. 320, 332—3.

〔27〕 ICJ Reports, 2004, pp. 12, 65; 134 ILR, pp. 120, 168.

〔28〕 同上, p. 60. 当时布什总统发布命令执行国际法院的判决。参见: 44 ILM, p. 461 (28 February 2005). 美国还撤回了对《维也纳领事关系公约任择议定书》的接受,该议定书规定遇到发生关于公约的争端时接受国际法院的管辖。

〔29〕 ICJ Reports, 1989, pp. 15, 73—4; 84 ILR, pp. 311, 379—80. 另参见: *Compañía de Aguas del Aconquija* v. *Argentina* 41 ILM, 2002, pp. 1135, 1154.

规定都是无关的或没有必要的。[30] 相反,国内法律规则在国际法律机制的运作中是至关重要的。要理解并发现一国在各种重要国际法问题上的法律立场,最好方法之一就是研究其国内法律。[31] 对于像领海宽度或者管辖权以及取得国籍的条件这样的重要国际法问题,一国是通过国内立法作为媒介来表达其观点的。因此,在对某个案子作出判决的过程中,审理该案件的国际性法院常常认为有必要对相关的国内立法进行研究。的确有这样一些案例,例如 1929 年的"塞尔维亚贷款"案[32],当一些重要问题的解决需要对国内法加以解释并且严格意义上的国际法规则不存在问题时,就会发生对国内立法进行 137
研究的情况。进一步说,当法院认为情况需要时,可以求助于国内法概念。[33] 不过,当一个国际性的法院或法庭在没有明示或默示要求这样做时,谨慎从事是明显必要的,不应当出现自动适用的情形。[34]

除了在揭示国家在国际重要问题上的立场方面发挥作用外,国内法规则还可以用来作为是否履行国际义务的证据。在"在波兰上西里西亚某些德国人利益"案(the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case)案中,常设国际法院强调了这一点,法院宣称:

> 从国际法的立场和作为国际法机构的本法院的立场来看,国内法就像法律判决和行政措施一样,仅仅是表达国家意志并构成国家行为的事实。当然不要求本法院对波兰的法律进行解释,但是也不能阻止法院对下面的问题作出判决,即在适用该法律时,波兰的行为是否符合它依据日内瓦公约对德国承担的义务。[35]

然而,尽管国内法规则在国际法上有许多功能,但是必须强调的是,包括宪法(如果有宪法的话)在内的一个国家的国内法律体系中有无专门规定不能成为其规避国际义务

---

〔30〕 参见,例如: Jenks, *Prospects*, pp. 547—603, and K. Marek, *Droit International et Droit Interne*, Paris, 1961. 另参见: Brownlie, *Principles*, pp. 36—40.

〔31〕 参见,例如: the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, ICJ Reports, 1952, p. 93; 19 ILR, p. 507.

〔32〕 PCIJ, Series A, No. 20; 5 AD, p. 466. 另参见: the *Brazilian Loans* case, PCIJ, Series A, No. 21.

〔33〕 参见,例如,关于有限责任公司的性质的"巴塞罗那牵引公司"案:ICJ Reports, 1970, p. 3; 46 ILR, p. 178.

〔34〕 参见,例如: the *Exchange of Greek and Turkish Populations* case, PCIJ, Series B, No. 10, pp. 19—21; 3 AD, p. 378. 另参见: the Separate Opinion of Judge McNair in the *South West Africa* case, ICJ Reports, 1950, p. 148; 17 ILR, p. 47, 注意: 私法制度不能"按部就班地"引进到国际法; the Separate Opinion of Judge Fitzmaurice in the Barcelona Traction case, ICJ Reports, 1970, pp. 3, 66—7; 46 ILR, pp. 178, 240—1, 以及卡塞塞庭长在下面这个案件中所发表的个别及反对意见:the Erdemović case, 111 ILR, pp. 298, 387 及其以下。

〔35〕 PCIJ, Series A, No. 7, p. 19; 3 AD, p. 5. 另参见国际海洋法法庭审理的下面这个案件:the Saiga (No. 2) case, 120 ILR, pp. 143, 188, and *Benin* v. *Niger*, ICJ Reports, 2005, pp. 90, 125 and 148. 关于批评意见,参见,例如: Brownlie, *Principles*, pp. 38—40.

138 的借口。任何其他解决方式都可能使国际法的适用处于不稳定的状态。

国内法庭中的国际法[36]

然而,与上面讨论的问题相比,国际法在国内法律体系中的作用问题更加复杂。关于这个问题,有一些不同学说。当然,国家有按照国际法规则行事的一般义务,如果违反国际法要承担责任,无论违反的行为是由立法、行政还是司法机构作出的。[37] 而且,国际条约甚至可以对缔约国施加国内立法的要求。[38] 此外,有拘束力的安理会决议同样可以要求国家在其管辖范围内采取特定行动。[39] 现在确实有下述明显趋势,即国际法规则越来越多地向国内法体系渗透,同时国内法院针对具有国际因素的问题行使从未有过的广泛管辖权。这导致过去坚持的国际法和国内法两个独立的领域之间的区分变得模糊了,应重新评价国际法律规则的作用,国内法庭应更加有准备地用国际法分析其政府的行为。[40] 此外,国内法院不得不经常确定与其手里的案子相关的国际规则的含
139 义[41]或者试图解决国际法规则之间的冲突,例如国家豁免与禁止酷刑[42]以及人权条约规则与有拘束力的安理会决议之间的冲突。[43]

本节将涉及国内法院采取的做法。首先是英国法院的态度,然后是美国和其他国家

---

〔36〕 参见,例如: Morgenstern, "Judicial Practice", pp. 48—66, and Conforti, *International Law*. See also H. Mosler, "L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux", 91 HR, 1957 I, p. 619; W. Wenger, "Réflexions sur l'Application du Droit International Public par les Tribunaux Internes", 72 *Revue Générale de Droit International Public*, 1968, p. 921; E. Benveniste, "Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on 'The Activities of National Courts and the International Relations of their State'", 5 EJIL, 1994, p. 423.

〔37〕 参见,例如: the *Exchange of Greek and Turkish Populations* case, PCIJ, Series B, No. 10, p. 20, and the *Finnish Ships Arbitration*, 3 RIAA, p. 1484. 进一步参见下面第 14 章。

〔38〕 参见,例如,关于反恐怖主义公约所施加的要求,下文,第 12 章,第 600 页。另参见: the decision of Trial Chamber II in the *Furundžija* case, 121 ILR, pp. 218, 248—9.

〔39〕 关于安理会采取的反恐和反对大规模杀伤性武器扩散的措施,见下文,第 22 章,第 1208、1210 和 1240 页。

〔40〕 参见,例如 Shany, *Regulating JurisdictionalRelations*; A. Nollkaemper, "InternationallyWrongful Acts in Domestic Courts", 101 AJIL, 2007, p. 760, and *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (eds. A. Nollkaemper and J. E. Nijman), Oxford, 2007. 另参见: Conforti, *International Law*.

〔41〕 例如,《欧洲人权公约》中规定的概念:参见 *Al-Skeini* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26; 133 ILR, p. 693.

〔42〕 参见,例如 *Jones* v. *Saudi Arabia* [2006] UKHL 26; 129 ILR, p. 713.

〔43〕 参见 *Al-Jedda* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58.

的观点。[44]

英国[45]

原则上,法院应该适用明白确立的国际法规则,这是英国公共政策的一部分。[46] 为了解释在英国国内适用国际法规则已经提出了各种理论。转化说是实在法学派观点的一种表述。这种学说建立在对两种不同的法律体系的独立运作的认识基础上。该说坚持认为,在任何国际法规则或原则在国内范围适用之前必须利用适当的宪法机制,例如议会法案,明确并专门地转化为国内法。该说来自这样一种程序,即:国际协议在国内法中发挥效力是通过君主批准的手段进行的,由此而产生的思想是,任何国际法规则必须经转化或专门通过才能在国内法律秩序中有效。 140

另一种学说是所谓纳入说。根据该学说,国际法自动成为国内法的一部分,无需宪法批准程序的介入。该理论著名的支持者是 18 世纪法学家布莱克斯通(Blackstone)。在他的《评注》中,他宣称:

> 每当就万国法的管辖对象产生问题时,万国法在这里都被普通法全盘接受,而且被认为是(英国)国内法的一部分。[47]

该学说针对的是习惯国际法,对于条约适用的是不同的规则。但是,如果现在绝对坚持前面同意的接受习惯和条约的两分法,当前发生的许多变化就会被歪曲。正如将会

---

〔44〕 注意《奥本海国际法》第 54 页表述的观点,"国家在程序上表现出相当的灵活性,通过这些程序,它们承认国际法规则在其领土范围内的效力,……尽管程序不同,但得到的结果是,基本上所有的国家都承认国际法要求在国内的效力"。

〔45〕 参见,例如: Morgenstern, "Judicial Practice", H. Lauterpacht, "Is International Law a Part of the Law of England?", 25 *Transactions of the Grotius Society*, 1939, p. 51; J. E. S. Fawcett, *The British Commonwealth in International Law*, London, 1963, chapter 2; *Oppenheim's International Law*, pp. 39—41, and W. Holdsworth, *Essays in Law and History*, Oxford, 1946, p. 260. 另参见: J. Collier, "Is International Law Really Part of the Law of England?", 38 ICLQ, 1989, p. 924; Higgins, *Problems and Process*, chapter 12; R. O'Keefe, "Customary International Crimes in English Courts", 72 BYIL, 2001, p. 293; K. Reece Thomas, "The Changing Status of International Law in English Domestic Law", 53 NILR, 2006, p. 371; S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, 2005, and D. Feldman, "Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy", 20 Australian YIL, 1999, p. 105.

〔46〕 参见,例如: Upjohn J in *In re Claim by HerbertWragg & Co. Ltd* [1956] Ch. 323, 334, and Lord Cross in *Oppenheimer* v. *Cattermole* [1976] AC 249, 277; 72 ILR, p. 446.

〔47〕 *Commentaries*, IV, chapter 5.

看到的,英国法院不得不处理欧盟和欧盟法院以及欧洲人权法院的决定和判决的效力问题[48],还要处理因取得欧盟和欧洲理事会的成员资格而产生的其他问题;一直关注着解释那些通过批准(特别是相当数量的处理恐怖主义问题的)国际条约纳入英国法律中的数量不断增多的国际法规则,以及随之产生的这些条约所要求的国内立法问题[49];曾设法解决国际法律规则的冲突并曾处理不可裁判的问题学说不断变化的外延所引发的行政机构的外交政策问题。英国法院还不得不关注被认为与国际法冲突的外国法律的效力以及在可能违反了国际法的情况下在外国获得的证据的可接受性问题。[50] 英国法院对国际法采取司法认知的办法,因而(与关于外国法律的命题不同)无需出示关于某命题的正式批准文件,这本身就是确定国际法与国内法关系的关键因素。法官们被认为是

141 懂国际法的。在实践中这意味着受过国内法训练的法官和律师们不得不掌握各种不同的国际法渊源,在厘清这些渊源之间的关系时他们体会到完成此项任务的困难。

习惯国际法

纳入说就是在这个问题上成为英国学说的主流的。这种古老的理论可以追溯到18世纪,由于当时正在围绕外交豁免的确切内容进行相当激烈的讨论,这种理论颇为流行。在"布沃特诉巴尔布伊特"案(*Buvot* v. *Barbuit*)[51]中,塔尔博特勋爵(Lord Talbot)明确宣称,"万国法全部属于英国法律的一部分",因此普鲁士商务代表不能因其未遵守法令而承担责任。这种观点在27年后的"特里奎特诉巴思"案(*Triquet* v. *Bath*)[52]中得到遵循。曼斯菲尔德勋爵(Lord Mansfield)在该案中讨论巴伐利亚驻英公使的家庭仆人是否可以要求外交豁免的问题时贯彻过去的判例,特别提及塔尔博特的陈述。

习惯国际法就这样被接受为英国普通法的组成部分,并且在18世纪一系列案例中得到有力陈述。但是,这种接受以议会法案优先为条件,并且受英国法院坚持的遵循判例或先例原则(*stare decisis* or precedent)的约束,该原则保证上级法院的判决对于存在等级关系的下级法院具有拘束力。因此,国际法规则如果与制定法和上级法院的判决冲突,就不能被实施。[53] 在这一时期,习惯国际法规则在数量上相对较少,因而在法律体

---

[48] 参见 section 3(1) of the EuropeanCommunitiesAct 1972 and section 2 of theHuman Rights Act 1998,分别将欧盟条约和《欧洲人权公约》纳入国内法。另见 *Kay* v. *Lambeth Borough Council* [2006] UKHL 10.

[49] 参见下文,第12章, p.673.

[50] 参见下文,第186页。另见 *A & Ors* v. *Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71.

[51] (1737) Cases t. Talbot 281.

[52] (1764) 3 Burr. 1478.

[53] 但是参见:*Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, p.111;见下文,第144页。

系之间可以想象的冲突也很少，承认这一点同样很重要。

在19世纪，发生了一系列案例，它们引起许多作者质疑当时已经确立的纳入论的有效性，主张用转化理论取而代之。根据转化论，习惯国际法只能经过立法或判例法的特别采纳后才能成为英国法的一部分。“特里奎特诉巴思”案[54]标志着这一传奇式的转变。该案涉及一艘名为“弗朗克尼亚”(Franconia)的德国船舶，该船在距离英国海岸3英里内的英吉利海峡撞沉了一艘英国船。德国船长因为英国船上死亡一人而被指控犯 142
有杀人罪。刑事上诉法院(the Court for Crown Cases Reserved)面临的问题是，在这种情况下英国法院是否确实有审判该犯罪的管辖权。

法院得出的结论是，英国不存在规定对沿英国海岸3英里的领海行使管辖权的立法。可以说国际法上确实存在这样的规则。但是，国家有权对过去属于公海的一部分进行立法是一回事，而不论是否有立法，该国的法律是否立即在那里生效，则是另一回事。两者之间没有因果关系。一方面议会有制定法律的权力，另一方面法院无需适当立法就有权将刑法适用于过去没能适用的地方，非常有必要在在这两者之间作出区分。正如科博恩勋爵(Lord Cockburn)所强调的那样，这里的问题是，作为从事司法行为的法院能否将议会的立法权力视为弥补实际立法的空白。答案是否定的，德国船长因而被释放。

这个案例被一些人认为是向转化说转变的标志。[55] 但是，这个判决在许多方面都是不明确的，它基本上是处理对领海是否存在管辖权的问题。[56] 细想一下实践中纳入与转化之间的许多区别，更多的是与证据相关的问题，而不是全面的理论革命。无论如何，对于“弗朗克尼亚”的结论进一步发展的任何疑问都可以被1878年《领水管辖法》所打消，该法明确规定了在类似情况下英国具有管辖权。

在“西兰德金矿公司”案(*West Rand Gold Mining Co.* case)[57]中提出的观点表明纳入和转化理论之间的区别进一步模糊。阿尔弗斯通勋爵(Lord Alverstone)宣称，凡是得到了文明国家共同同意的东西也就得到了大不列颠的同意，因此将会在国内法庭得到适用。但是，接下来他开始限制上述观点的影响，他指出，任何被提议的国际法规则必须用充足的证据证明已经“得到我国的承认和响应”，或者该规则必须具有这样的性质，即任 143
何文明国家都根本不可能提出反对。不能把曼斯菲尔德在“特里奎特”案(*Triquet's* case)中的观点解释为普通法中包含作者在教科书的观点中出现的国际法规则，因为没

---

[54] (1876) 2 Ex. D. 63.

[55] 参见，例如：Holdsworth, *Essays*, pp. 263—6, and W. Halsbury, *Laws of England*, 3rd edn, London, 1968, vol. VII, p. 264.

[56] 参见，例如：Lauterpacht, “Is International Law a Part”, pp. 60—1.

[57] [1905] 2 KB 391.

有证据证明这些规则已经得到英国的同意。[58] 必须指出,对同意的这种强调,与"国王诉基恩"案中法院提出的观点有雷同之处,即关于特定习惯法规则的存在和范围要有必要的确凿证据。习惯法的存在和范围的不确定性的确是经常出现的问题。

"西兰德"案之后不久,法院又受理了一宗更重要的纠纷。在"莫腾森诉彼德斯"(*Mortensen* v. *Peters*)案[59]中,苏格兰法院指控丹麦船长违反了关于摩瑞湾(Moray Firth)的渔业法规。他的渔船在摩瑞湾内作业,该区域位于相关渔业法规管辖范围内,但却在国际法承认的3海里范围之外。这个问题在苏格兰最高法院(the Scottish Court of Justiciary)提出。在讨论该船长的上诉时,达尼丁勋爵(Lord Dunedin)的精力主要集中在对相关立法作出正确解释上。他指出,正当通过的、并经同意的议会法案是最高的,法院除了适用该法案的规定外,别无其他选择。换言之,制定法优先于习惯法,因此,即使议会法案违反了国际法规则,英国法院也不得不服从法案的规定。甚至即使英国法律中有这样的假定,即应以避免与国际法发生冲突的方式来解释立法,依然如此。如果真的发生冲突,制定法优先。国家不得不自己处理因违反习惯法规则而产生的问题。[60]

阿特金勋爵(Lord Atkin)在"钟继成(音译)诉国王"案(*Chung Chi Cheung* v. *R.*)[61]中对这种修正了的纳入学说给予了清楚的界定。他指出:

> 除非国际法的原则得到我国国内法的接受和采纳,否则没有效力……。法院承
> 144 认在各国之间接受的规则总体的存在。对于所有司法问题,法院谋求确认什么是相关的规则,一旦确认,只要它与制定法确立的规则不发生冲突或者最终在法庭宣布,法院将认为其已经被纳入到国内法中。

无需赘言,当然,必须证明,任何据称的习惯法规则是有效的国际法规则,而不是根本得不到支持的假设。

法院在实践中所阐明的该学说产生的一种效果是,不把国际法作为外国法律来对待,而是在有证据的情况下将其作为本国法的一部分。意思是说,虽然外国法律规则必须用证据证明是事实,就像证明其他事实那样,但是,法院对任何国际法规则都给予司法认知。例如,法院可能参考教科书,而不要求出庭和专家意见的证据。[62]

---

[58] 同上, pp.407—8.

[59] (1906) 8 F. (J.)93.

[60] 另参见: 170 HC Deb., col. 472, 4 March 1907 and the Trawling in Prohibited Areas Prevention Act 1909.

[61] [1939] AC 160; 9 AD, p.264. 另参见: *Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade* [1925] 1 KB 271,295; 2 AD, p.423.

[62] Lord Advocate's Reference No. 1 of 2000, 2001, SLT 507, 512—13.

为确定特定规则的存在及其性质,法院可以利用比通常情况更广泛的权威资料,例如"国际条约和公约、权威的教科书、实践和其他国家法院的司法判决"。[63]

"特兰德克斯贸易有限公司诉尼日利亚中央银行"案(*Trendtex Trading Corporation* v. *Central Bank of Nigeria*)又提出许多这样的问题。该案涉及尼日利亚中央银行主张主权或国家豁免的问题。[64] 上诉法院的三位法官都在"特兰德克斯"案中认为纳入说是正确的。丹宁勋爵修正了他在前一个案例中的观点[65],他强调,如果不这样做,法院就不能承认国际法规范的变化。[66] 上诉法院斯蒂芬森法官(Stephenson LJ)着重作出下述重要陈述:

> 是国际法的性质和确定此种性质的具体问题为采纳或纳入一项国际法新规则或承认它已经是被纳入的规则造成了困难。[67] 145

在该案中,还讨论了遵循判例或先例与习惯国际法的问题。过去曾承认,像在任何其他案件一样,法院对涉及习惯国际法原则的案件也适用遵循判例原则,无论习惯国际法当时是否发生变化。[68] 该做法在"泰欧木薯服务有限公司诉巴基斯坦政府"案(*Thai-Europe Tapioca Service Ltd* v. *Government of Pakistan*)中得到重申。[69] 但是,在"特兰德克斯"案中,丹宁勋爵和上诉法院法官肖(Shaw LJ)强调指出,国际法上没有遵循判例规则。[70] 当国际法发生变化时,法院可以实施这种变化,"而不用等上议院去实施"。[71]

---

[63] Per Lord MacMillan, The Cristina [1938] AC 485, 497; 9 AD, p. 250. 参见: *Re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586, 588; 7 AD, p. 213, and Stephenson LJ, *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356, 379; 64 ILR, pp. 111, 135. 但是,另参见:Lauterpacht, "Is International Law a Part", p. 87, note m.

[64] [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, p. 111. 见本书第 13 章。

[65] *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Thakrar* [1974] 2 WLR 593, 597; 59 ILR, p. 450.

[66] [1977] 2 WLR 356, 365; 64 ILR, pp. 111, 128. 另参见肖法官(Shaw LJ)的观点,同上,第 386 页,以及斯蒂芬森法官(Stephenson LJ)的观点,同上,第 378—81 页。

[67] [1977] 2 WLR 356, 379.

[68] 参见,例如:Chung Chi Cheung v. R [1939] AC 160, 169; 9 AD, p. 214. 但是参见:Morgenstern, "Judicial Practice", pp. 80—2.

[69] [1975] 3 All ER 961, 967, 969—70; 64 ILR, p. 81.

[70] [1977] 2 WLR 356, 365; 64 ILR, pp. 111, 128.

[71] 56 Per Lord Denning, [1977] 2 WLR 356, 366.

肖法官指出，真正的原则是，“在任何时候，英国法院必须发现并适用占主导的国际法规则”。[72] 这是一种意义重大的学说，并且会对将来，例如在人权领域，产生重要影响。

占主导的纳入说在“麦克莱恩·沃森诉贸易工业部”案（*Maclaine Watson* v. *Department of Trade and Industry*）中得到上诉法院的明确确认。[73] 该案涉及的问题是国际锡理事会破产的后果和试图让该理事会成员国偿还这个不幸的组织所欠债务。上诉法院诺斯法官（Nourse LJ）强调指出，“特兰德克斯”案中已经解决了纳入说和转化说的冲突，前者胜了。[74] “锡理事会”案（the *Tin Council* litigation）关键问题之一是，国际法上是否存在这样的规则，规定具有独立人格的国际组织成员国应该为国际组织偿还债务？

如果存在这样的规则，接下来的问题是，在国内法的情形下，如何接受或体现这个规则？当然，这取决于具体指称的国际法规则的确切内容。正如上诉法院克尔法官（Kerr
146 LJ）所指出的，国际法不存在允许“在任何国内法院”对成员国提起诉讼的规则。[75] 英国法院也不可能自己制定这样的规则来弥补国际法的空白。[76] 但是，上诉法院法官诺斯在这个问题上持不同观点。他指出，“如果有必要让英国法院对这个问题（即国际法上的不确定问题）作出决定，无论有多少疑问和困难，法院都可以并必须作出决定”。[77] 关于这个问题，情况并非如此，也不可能像他说的那样，这主要是因为它关乎以社会为基础的（community-based）国际法的造法体系这个要害问题。

奥利弗勋爵（Lord Oliver）在上议院的判决[78]中清楚而准确地强调说：

> 国内法庭当然不能为了国内法的目的、并以完全不确定的资料为基础通过立法制定出一个规则。[79]

这些学说在“皮诺切特”案（the *Pinochet* decisions）的判决中得到支持。例如罗尔伊德勋爵（Lord Lolyd）在“皮诺切特（第1号）”案（*Ex Parte Pinochet*（*No. 1*））中提及“已牢

---

〔72〕 同上，388；64 ILR，p.152. 但比较：Stephenson LJ，同上，381. 另参见，例如：Goff J，I° Congreso del Partido [1977] 3 WLR 778，795；64 ILR，p.154. 在 Ex Parte Pinochet（No. 1）[2000] 1 AC 61，77 中，这种做法得到斯林勋爵（Lord Slynn）在下面这个案件中的支持，Ex Parte Pinochet（No. 1）[2000] 1 AC 61，77；119 ILR，pp.50，65.

〔73〕 [1988] 3 WLR 1033，80 ILR，p.49.

〔74〕 [1988] 3 WLR 1116；80 ILR，p.132.

〔75〕 [1988] 3 WLR 1095；80 ILR，p.109.

〔76〕 同上。

〔77〕 [1988] 3 WLR 1118；80 ILR，p.135.

〔78〕 [1989] 3 All ER 523；81 ILR，p.671.

〔79〕 63 [1989] 3 All ER 523；81 ILR，p.715.

固确立的习惯国际法原则,这些原则构成英国普通法的一部分"。[80] 不过,斯林勋爵(Lord Slynn)认为,遵循判例原则在纳入习惯国际法规则方面是不适用的。[81] 米利特勋爵(Lord Millett)在"皮诺切特(第3号)"案(*Ex Parte Pinochet (No. 3)*)中强调说,"习惯国际法是普通法的一部分"。[82] 在"勋爵咨询参考2000年第1号"(*Lord Advocate's Reference No. 1 of 2000*)中,苏格兰最高刑事法院(the High Court of Justiciary)指出,"习惯国际法规则就是苏格兰的法律规则"。[83] 而且,仲裁庭在"桑德莱恩诉巴布亚新几内亚"案(*Sandline* v. *Papua New Guinea*)中强调了这种观点。该仲裁庭指出,"英国公共政策的一部分是,其法院应当适用明确公认的国际法规则"。[84]

在上议院"国王诉琼斯"案(*R* v. *Jones*)[85]中讨论了习惯国际法构成英国法律一部分的理论,集中讨论的问题是,禁止侵略的习惯国际法规则是否自动纳入英国刑法?尽管注意到一般法律原则在当事方之间没有争议,宾汉姆勋爵还是评论说,"不用再争论下去了,就我而言,我是无论如何都不愿意接受常常用不那么地道的用语来表述的这种主张的"。布赖尔利所持的观点受到欢迎,即国际法不是英国法律的一部分,而是英国法律的一种渊源。[86] 147

更具体地讲,上议院一致认为,纳入理论对于习惯法上的侵略罪不适用。尽管同意习惯国际法承认的罪行"可以"无需制定法的规定而混合在国内刑法,但是这不是自动进行的。[87] 英国法院不再拥有创造新的刑事罪行的权力,只有制定法才能这样做,而且

---

[80] [2000] 1 AC 61, 第98页以及另参见第90页;119 ILR, pp. 50, 87.

[81] 参见: *Ex Parte Pinochet (No. 1)* [2000] 1 AC 61, 77; 119 ILR, pp. 50, 65.

[82] [2000] 1 AC 147, 22.76; 119 ILR, pp. 135, 230. See also *Regina (European Roma Rights Centre)* v. *Immigration Officer at Prague Airport and Another* [2004] UKHL 55, paras. 22及以下. (per Lord Bingham); 131 ILR, pp. 652, 671及以下.

[83] 2001 SLT 507, 51 另参见: S. Neff, "International Law and Nuclear Weapons in Scottish Courts", 51 ICLQ, 2002, p. 171.

[84] 117 ILR, pp. 552, 560.

[85] [2006] UKHL 16; 132 ILR, p. 668.

[86] 同上, para. 11; 132 ILR, p. 675, and see J. Brierly, "International Law in England" 51 LQR, 1935, 24, 31.

[87] *R* v. *Jones*, para. 23; 132 ILR, p. 680, 宾汉姆勋爵指出"只有在宪法允许时习惯国际法才可以在英国法院适用",转引自 O'Keefe, "Customary International Crimes in English Courts", p. 335, 他还指出"没有议会的介入国际法不能创造一个可以在英国法院审判的罪行"。转引自 Sir Franklin Berman, "Jurisdiction: The State" in *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives* (P. Capps, M. Evans and S. Konstadinidis eds.), Oxford, 2003, pp. 3, 11.

实践中要寻求习惯法上的国际罪行的国内效力需要通过立法来实现。[88] 此外，对侵略的控告不仅涉及被告的罪行，而且还涉及国家本身，如果该国与同盟国一起发动战争，可能还涉及其他国家，这引起关于不可裁判性的宪法问题。[89] 因此，对于传统上大胆的关于习惯国际法是英国法律一部分的假定，我们现在可能需要一定的谨慎态度。这个假定不仅像过去一样要服从普通法（包括纳入国际习惯规则的普通法）让位于制定法的规
148 则，而且还要让位于考虑某些具有宪法性质的规定。法院将有义务像以前那样调查某规定是否真的构成一项习惯规则，并调查是否存在纳入的宪法障碍。

条约[90]

关于条约，由于充分的历史和政治原因，如何在国内范围适用条约适用不同的规则。习惯法通过国家实践的演变而发展，而国际公约则以合同的形式拘束缔约国。习惯法的形成，通常（尽管不一定总是必要的）需要一些国家以某种方式行事，并相信这样做是符合法律的。因此，在正常情况下，一个特定国家的影响一般不是决定性的。条约的情况则不同，相关国家可以创设对它们有拘束力的新法，无论过去或当前的实践如何。换言之，在条约法的情况下，行政机关的影响一般大于在习惯法情况下所产生的影响。特别是在英国，更是如此，因为条约的批准是行政行为。

因此，无需经过签署和批准之后的中间阶段，条约就可以在国内直接适用，在国内运作之前行政机关就能够抛开立法机构而进行立法。因此，任何关于条约法的纳入理论都

---

〔88〕 *R* v. *Jones*, para. 28; 132 ILR, p. 683. 另见 *Knuller* (*Publishing, Printing and Promotions*) *Ltd* v. *Director of Public Prosecutions* [1973] AC 435. 霍夫曼勋爵在 *R* v. *Jones* 案中指出，“我认为新的国内罪行应该在议会辩论，在制定法中加以界定并在规定的日期生效。不能作为只有本国行政机构参加的国际协议的结果蹑手蹑脚地产生”，para. 62; 132 ILR, pp. 694—5，并参见：Lord Mance at paras. 102—3; 132 ILR, pp. 705—6. 另参见：*Sosa* v. *Alvarez-Machain* (2004) 159 L Ed 2d 718, 765; 127 ILR, pp. 769, 807 (per Scalia J) and the Federal Court of Australia decision in *Nulyarimma* v. *Thompson* (1999) 165 ALR 621, 630; 120 ILR, pp. 353, 364.

〔89〕 *R* v. *Jones*, para. 30; 132 ILR, p. 684, and Lord Hoffmann, paras. 63—7; 132 ILR, pp. 695—6. 关于不可裁判性参见后面第 179 页。

〔90〕 一般性参见：A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, pp. 81—97; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd edn, Cambridge, 2007, chapter 10; F. A. Mann, “The Enforcement of Treaties by English Courts”, 44 *Transactions of the Grotius Society*, 1958—9, p. 29; R. Higgins in *The Effect of Treaties in Domestic Law* (eds. F. Jacobs and S. Roberts), London, 1987, p. 123; D. Lasok, “Les Traités Internationaux dans la Système Juridique Anglaise”, 70 *Revue Générale de Droit International Public*, 1966, p. 961; I. Sinclair, “The Principles of Treaty Interpretation and their Application by the English Courts”, 12 ICLQ, 1963, p. 508; I. Sinclair and S. J. Dickson, “National Treaty Law and Practice: United Kingdom” in *National Treaty Law and Practice* (eds. M. Leigh and M. R. Blakeslee), 1995, p. 223, and C. Warbrick, “Treaties”, 49 ICLQ, 2000, p. 944.

遭到了拒绝。的确,仅就这个问题而言,更多关注的是政府行政与立法机关之间的关系,而不是任何设想的国际法的概念。

英国法律中阐释这种情形的一个主要案例是"比利时议会号"案(the *Parlement Belge* case)。[91] 该案涉及"比利时议会号"船与一艘英国拖船的碰撞,英国拖船在高等 149
法院的遗嘱、离婚和海事分庭提出损害赔偿诉讼。"比利时议会号"是比利时国王的一艘货船。但是,在案件审理期间,总检察长从中干预,并指出,因为该船属于比利时君主的财产,所以法院对其没有管辖权。他进一步指出,根据英国和比利时于 1876 年缔结的一项政治协议,适用于军舰的外国法律程序豁免应该同样适用于这艘小船。在讨论该案时,法院指出,只有公共军用船舶才享有豁免。在没有得到议会同意的情况下通过条约不能扩大豁免范围。法院指出,这构成了"在没有先例的情况下利用王室的缔约特权,原则上这是违反宪法性法律的"。[92]

在英国,王室拥有缔结条约的宪法权力,此项特权权力不能受到法院的冲击。[93] 但是,这项权力可能受到立法的限制。例如,1978 年《欧洲议会选举法》第 6 条规定,任何增加欧洲议会权力的条约在没有得到英国议会的同意下都不会得到英国的批准。[94] 因此,条约不能自动在英国适用,其适用需要通过使条约生效的制定法。英国王室仍然拥有缔结和批准国际协议的权利,但是不能直接立法。在条约成为英国法律一部分之前,制定议会法案是必需的。上议院在"麦克莱恩·沃森诉贸易工业部"案[95]的裁决中,奥利弗勋爵清楚地阐明这个基本立场,他指出:

> 作为英国宪法上的一个事项,虽然王室特权包括缔约的权力,但是在没有议会介入的情况下,这些权力并不大到改变法律、赋予个人权利或剥夺个人在国内法上享有的权利的程度。正如有时表述的那样,条约不是自执行的。非常简单,除非通 150
> 过立法纳入到法律之中,此前,条约不是英国法律的一部分。[96]

---

[91] (1879) 4 PD 129.

[92] 同上, p. 154.

[93] 参见,例如: *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 418. 另参见: *Rustomjee v. R* (1876) 2 QBD 69 and *Lonrho Exports v. ECGD* [1996] 4 All ER 673; 108 ILR, pp. 596, 611.

[94] 参见: *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, exparte Rees-Mogg* [1994] 2 WLR 115.

[95] [1989] 3 All ER 523, 531; 81 ILR, pp. 16. 71,684. 另参见: *Lonrho Exports v. ECGD* [1996] 4 All ER 673, 687; 108 ILR, pp. 596, 61.

[96] [1989] 3 All ER 523,544—5; 81 ILR, p. 701. 另参见: *Littrell v. USA (No. 2)* [1995] 1 WLR 2. 但是参见: R. Y. Jennings, "An International Lawyer Takes Stock", 39 ICLQ, 1990, pp. 513, 523—6.

因此,就个人而言,这种条约就是他人之间的行为(*res inter alia acta*),不能派生权利,并且权利不能被剥夺,或者说也不能被施加义务。[97] 坦普尔曼勋爵(Lord Templeman)强调说,"除非通过制定法将条约纳入到英国法律中,英国法院无权按照主权政府或者私人的要求实施条约的权利和义务"。[98] 在"A(FC)与其他人(FC)诉内政大臣"案(*A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*)中,宾汉姆勋爵指出,"即使是联合王国批准的条约,除非通过制定法使其生效或该条约表达的是习惯国际法原则,在本国国内法中也没有拘束力"。[99] 对尚未通过制定法纳入到国内法的条约的解释以及关于条约是否得到遵守的决定,完全属于王室的事项,因为"法院必须与行政机关保持一致口径"。[100] 有一个例外,为了解释相关事实的背景可以提及条约[101],例如,
151 当条约的内容成为合同的一部分时。[102] 当相关立法明确提及一个尚未纳入的条约时,可以利用该条约来限制该立法中规定的任何自由裁量权。[103] 而且,有人主张,在没有相反的法令或行政机关的指示的情况下,对国际条约的批准(尽管尚未被纳入)可能引起人们对行政机关将遵守该条约的正当期待。[104]

但是,如果是关于战争行为、领土割让和公帑费的征收的条约[105],无需立法干预行

---

[97] [1989] 3 All ER 523, 544—5; 81 ILR, p.701. 关于未被纳入的条约的不可裁判性,进一步参见下面,p.183.

[98] [1989] 3 All ER 523, 526; 81 ILR, p.676. 另参见: *Ex Parte Brind* [1991] 1 AC 696, 747—8; 85 ILR, p.29, and *R* v. *Lyons* [2002] UKHL 44; 131 ILR, p.538.

[99] [2005] UKHL 71, para. 27. 宾汉姆勋爵在 *R* v. *Asfaw* [2008] UKHL 31, para. 29 中指出,"因此,对于任何有意以不符合对英国有拘束力的义务的方式通过立法的政府,尽管人们可以期待它将其意愿表达得非常清楚,但众所周知,在国内法上没有任何理由因为肯定不符合此项义务而不执行该立法"。

[100] *Lonrho Exports* v. *ECGD* [1996] 4 All ER 673, 688; 108 ILR, pp.596, 613. 另参见: *GUR Corporation* v. *Trust Bank of Africa Ltd* [1986] 3 All ER 449, 454, 459 and 466—7; 75 ILR, p.675, and *Sierra Leone Telecommunications* v. *Barclays Bank* [1998] 2 All ER 821, 828; 114 ILR, p.466.

[101] 奥利弗勋爵在"麦克莱恩·沃森诉贸易工业部"案中强调,缔结国际条约是事实问题,因此,一个条约可以当作产生某特定问题事实背景的一部分,[1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, pp.671,702. 进一步参见下面第162页及其以下,pp.183—5.

[102] *Lonrho Exports v. ECGD* [1996] 4 All ER 673, 688; 108 ILR, pp.596, 613.

[103] 参见,例如: *R v. Secretary of State, On the Application of the Channel Tunnel Group* 119 ILR, pp.398,407—8.

[104] 参见: Lord Woolf MR in *Ex Parte Ahmed and Patel* [1998] INLR 570, 584, relying upon the approach of the High Court of Australia in *Minister of Immigration v. Teoh*, 关于此案,参见: 下面 p.167. 霍布豪斯法官(Hobhouse LJ)在"Ex Parte Ahmed and Patel"案中指出,当外交大臣采取了某特定政策时,不可能从该条约推演出超出该政策范围的正当期待: at 592. 注意,与其他多变条约相比,人权条约的特殊地位,例如参见: *Matthew* v. *Trinidad and Tobago State* [2004] UKPC 33; 134 ILR, p.687.

[105] 见外交与联邦部向改革上议院皇家委员会出具的证据,UKMIL, 70 BYIL, 1999, p.405.

为就可以使其对本国臣民有拘束力。[106] 还有一个类似的情况是,不需要批准的相对不太重要的行政协议,当然要以此种协议不改变国内法为条件。议会在某些情况下会事先作出一般同意,允许在某些特定领域的特定范围内缔结条约,但是要遵守通过的制定法文件(二级立法)颁布的为特定条约规定的条件。[107] 产生这种例外的原因是,人们认为考虑到英国的宪法结构是建立在历史性妥协基础上的,议会并没有失去任何重要的立法权。在影响英国臣民权利和义务的任何其他情况下,需要通过议会制定法使特定条约的规定在英国国内生效。综上所述,遇有条约在英国国内适用需要修改或补充现行普通法 152
或制定法、影响私人权利、为英国施加财政义务、增加欧洲议会的权力、涉及英国领土割让或者增加王室权力的情景时,需要进行议会立法。[108]

不存在任何关于纳入条约[109]的缜密立法方法的规则,在实践中有各种纳入的方式。[110] 例如,可能通过按照或不按照相关的法令计划在制定法中给予其法律效力;通过在制定法中附带提及[111]以及在制定法中提及条约中规定的定义[112]将条约纳入国内法。

英国的实践是,将英国签署或有意加入的所有条约提交到议会上下两院。[113] 任何需要批准、接受、赞同或加入的协议文本,在采取任何这种行为之前,必须在议会搁置至

---

[106] 参见,例如: S. de Smith and R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6th edn, London, 1989, pp. 140—2, and W. Wade and O. H. Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, 9th edn, London, 1977, pp. 303—6. 另参见: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* [1937,] AC 326, 347; 8 AD, p. 41; Walker v. Baird [1892] AC 491; *Republic of Italy v. Hambro's Bank* [1950] 1 All ER 430; *Cheney v. Conn* [1968] 1 WLR 242; 41 ILR, p. 421; *Porter v. Freudenberg* [1915] 1 KB 857, 874—80, and McNair, *Law of Treaties*, pp. 89—91.

[107] 参见英国外交和联邦部向改革上议院皇家委员会出具的证据,UKMIL, 70 BYIL, 1999, p. 405, 举到了引渡条约和双重征税条约作为例子。

[108] Sinclair and Dickson, "National Treaty Law", p. 230.

[109] 参见 *Regina* (*European Roma Rights Centre*) v. *Immigration Officer at Prague Airport and Another* [2004] UKHL 55, para. 42; 131 ILR, p. 683 (per Lord Steyn).

[110] 参见,例如 Fatima, *Using International Law*, pp. 57 及以下。

[111] 例如 1993 年《庇护与移民上诉法》第 2 节规定,1971 年移民法中的任何移民规则均不得任何与难民公约冲突的实践。

[112] 参见,例如 the International Criminal Court Act 2001.

[113] 例如,为了在国内实施联合国的制裁措施,实践中还根据 1946 年的《联合国法》将枢密院令提交议会。参见: s. 1 (.4) of the Act and H. Fox and C. Wickremasinghe, "UK Implementation of UN Economic Sanctions", 42 ICLQ, 1993, pp. 945,959. 另参见: *R v. HM Treasury and the Bank of England, ex parte Centro-Com*, Times Law Report, 1993 年 10 月 7 日。

153 少21天。[114] 此项规则称为“庞森比规则”(Ponsonby Rule)。[115] 所有根据这项规则于1997年1月1日以后签署并搁置在议会的条约都有解释性备忘录。[116] 但是,英国政府目前正在审查治理问题,其中包括签订和批准条约、在国外部署和使用武装力量、取得和割让领土和外交行为的特权。[117] 有人建议将庞森比规则置于制定法的地位。[118]

在英国法律中有一种关于应以避免与国际法冲突的方式解释立法的假定。[119] 当旨在使条约生效的议会法案本身模糊不清时,特别应适用这个假定。因此,如果实施条约的制定法条款出现一个以上的含义,并且一种解释与条约的规定一致但其他解释不一致时,就要采取前一个的解释方法。迪普洛克勋爵(Lord Diplock)指出,这是因为“议会不愿违反国际法和具体的条约义务”。[120]

---

[114] 1998年以来,英国外交和联邦部在实践中也对条约适用庞森比规则,仅以缔约双方相互通知完成宪法或其他国内程序的情况为条件:参见英国外交和联邦部向改革上议院皇家委员会出具的证据,UKMIL, 70 BYIL, 1999, p.408.

[115] 参见:171 HC Deb., col. 2001, 1 April 1924. 这不是被视为有拘束力的规则,而被视为宪法惯例:参见:Wade and Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, p.304. 另参见:the Foreign and Commonwealth Office Nationality, Treaty and Claims Department's handbook entitled *International Agreements*: Practice and Procedure-Guidance Notes, 1992, quoted in UKMIL, 63 BYIL, 1992, p.705, and *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usages of Parliament* (eds. D. Limon and W. R. McKay), 22nd edn, London, 1997. 为了保证实施条约义务,如果需要初级或二级立法,政府直到完成这种立法后才会批准条约:参见:Parliamentary Under-secretary of State, 220 HC Deb., WA, cols. 483—4, 9 March 1993, quoted in UKMIL, 64 BYIL, 1993, p.629.

[116] UKMIL, 70 BYIL, 1999, p.406. 另参见:the Second Report of the House of Commons Select Committee on Procedure Parliamentary Scrutiny of Treaties, 2000, HC 210 (http://www. parliament. the-stationery-office. co. uk/pa/cm 199900/cmselect/cmproced/210/21003 htm) 另参见:the Government Response HC 990 (http.//www. parhament. the-stationery-office. co. uk/pa/cm 199900/cmselect/cmproced/210/21003. htm).

[117] See *The Governance of Britain*, Cm 7170, 2007. 另见 the PrimeMinister's statement to theHouse of Commons, HansardHC vol. 462 col. 815, 3 July 2007, and C. Warbrick, “The Governance of Britain”, 57 ICLQ, 2008, p.209. 进一步参见 *TheGovernance of Britain—War*, Powers and Treaties: Limiting Executive Powers, Cm 7239, 2007.

[118] *The Governance of Britain*, para. 33, and Warbrick, “Governance”, p.216.

[119] 参见,例如:*Garland v. British Rail Engineering Ltd*[1983] 2 AC 751; 93 ILR, p.622. 另参见:*Ex Parte Brind* [1991] 1 AC 6.96, 748; 85 ILR, p.29, 在该案中,该假定仅被视为“一种解释方法,它不涉及将国际法纳入到国内法的问题”。See also *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th edn, London, 1969, p.183; *A (FC) and Others (FC)* v. *Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, para. 27, and *Al-Skeini* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, para. 45; 133 ILR, pp.715—16 (per Lord Rodger).

[120] *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116, 143; *Post Office v. Estuary Radio Ltd* [1968] 2 QB 740 and *Brown v. Whimster*[1976] QB 297. 另参见:*National Smokeless Fuels Ltd v. IRC*, *The Times*, 23 April 1986, p.36, and Lord Oliver in *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* [1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, pp.671,702.

但是，当制定法的用词并不模糊时，法院别无选择，只能适用制定法，无论是否与国际协议冲突。[121] 当然，违反国际法义务就会引起英国在国际法上的责任，无论国内作何 154
考虑。[122] 过去曾经试图在国内立法的范围内考虑条约，而不是直接将他们制定成法律；或者将条约视为公共政策的体现，特别是关于人权的条约[123]，似乎这样的考虑是为了解释模糊的条约规定。[124] 但是，大臣们在决策时没有那样做的义务。[125]

在履行国际义务时，产生一个与联合国的制裁相关的特别问题。英国根据 1946 年的《联合国法》实施这种制裁，该法令使王室能够发布枢密院令以便实施制裁。[126] 这种二级立法往往是很具体的，因此会引起不同解释的问题。应该注意，关于欧盟规则的关 155
联性及其适用也可能产生争议。[127] 人们还可能注意到，联合国安全理事会通过的第 827

---

[121] *Ellerman Lines v. Murray* [1931] AC 126 and *IRC v. Collco Dealings Ltd* [1962] AC 1. 参见：Sinclair, "Principles of Treaty Interpretation", and C. Schreuer, "The Interpretation of Treaties by Domestic Courts", 45 BYIL, 1971, p.255. 另参见：F. A. Mann, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, 1986, pp.97—114, and R. Gardiner, "Treaty Interpretation in the English Courts since *Fothergill v. Monarch Airlines* (1980)", 44 ICLQ, 1995, p.620, and Fatima, *Using International Law*, pp.65 及以下.

[122] 参见上文，第 133 页。

[123] 参见，例如：*Blathwayt v. Baron Cawley*, [1976] AC 397.

[124] 参见，例如，1998 年的《人权法案》并入《欧洲人权公约》之前的情况：R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bhajan Singh [1975] 2 All ER 1081; 61 ILR, p.260; R v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Salamat Bibi [1976] 3 All ER 843; 61 ILR, p.267; R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Phansopkar [1976] QB 606; 61 ILR, p.390; Waddington v. Miah [1974] 1 WLR 683; 57 ILR, p.175; Cassell v. Broome [1972] AC 1027; Malone v. MPC [1979] Ch. 344; 74 ILR, p.304; R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Anderson [1984] 1 All ER 920; Trawnik v. Ministry of Defence [1984] 2 All ER 791 and Ex Parte Launder [1997] 1WLR 839. In R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696, 法院认为，下级立法和行政自由裁量不属于这种。另参见：Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd [1993] AC 534 HL; Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd [1993] 3 WLR 953 CA; Attorney-General v. Associated Newspapers Ltd [1993] 3WLR 74; R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Wynne [1993] 1 WLR 115 and R v. Brown [1993] 2 WLR 556. 另参见：A. Cunningham, "The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution", 43 ICLQ, 1994, p.537.

[125] 参见，例如：*R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Fernandes* [1984] 2 All ER 390.

[126] 参见，例如：the Iraq and Kuwait (UN Sanctions) Order 1990, SI 1990 No. 1651; the Serbia and Montenegro (UN Sanctions) Orders 1992 and 1993, SI 1992 No. 1302 and SI 1993 No. 1188; the Libya (UN Sanctions) Orders 1992 and 1993, SI 1992 Nos. 973 and 975 and SI 1993 No. 2807; the Former Yugoslavia (UN Sanctions) Order 1994, SI 1994 No. 2673.

[127] 参见，例如：*Ex Parte Centro-Com* [1994] 1 CMLR 109; [1997] ECR 1—81, and [1997] 3 WLR 239, 117 ILR, p.444. 另参见：R. Pavoni, "UN Sanctions in EU and National Law: The Centro-Com Case", 48 ICLQ, 1999, p.582. 进一步参见下文，第 1251 页，注释 237.

号决议所附的《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》是具有拘束力的,该规约第29条为所有国家规定了与该法庭进行合作的义务,特别是"应不作任何不当延迟,遵从要求援助的请求或初审法庭发布的命令",包括对人的逮捕和羁押并将其提交或移交给法庭。这些都是根据1946年的《联合国法》通过的二级立法加以实施的。[128]

在解释通过制定法纳入的国际条约时,英国法院所采取的方法比解释制定法中的习惯法的方法要更加宽泛。[129] 特别是,可能诉诸相关的准备文件。[130] 但是,在这种情况下,如何处理解释问题,英国法院采取了不同的方法。在"斯德休诉英国航空公司"案(*Sidhu* v. *British Airways*)中,霍普勋爵(Lord Hope)采取了在"福瑟吉尔诉君主航空公司"案(*Fothergill* v. *Monarch Airlines*)中所显示出的宽泛做法。他指出"应采取目的说来解释在本国有法律效力的国际公约,这是业已确立的方法。"[131] 在"山姆克海上救助诉兰瑟航海"案(*Semco Salvage* v. *Lancer Navigation*)中,马斯迪尔勋爵(Lord Mustill)采取了更加传统的方法,这种方法以1969年《维也纳条约法公约》[132]的相关条款为基础。他特别
156 强调相关约文文字以通常理解的意思来解释的重要性。[133] 1998年的《人权法案》具有特殊地位,该法案纳入了《欧洲人权公约》。该法案在第3条第(1)款规定,"只要有这种可能,初级和二级立法必须以符合该公约权利的方式予以解释并实施",尽管这并不影响其效力,不妨碍继续运作或实施与公约不符的初级立法。[134] 第3条施加的义务对于过

---

[128] The UN (International Tribunal) (Former Yugoslavia) Order 1996, SI 1996 No. 716. 关于对这种程序的适用的不同方法,参见, C. Warbrick, "Co-operation with the International Criminal Tribunal for Yugoslavia", 45 ICLQ, 1996, p.947, and H. Fox, "The Objections to Transfer of Criminal Jurisdiction to the Tribunal", 46 ICLQ, 1997, p.434.

[129] 斯林勋爵 stated in *R* (*Al Fawwaz*) *v. Governor of Brixton Prison* that "用适合解释国内制定法的严格方法解释引渡条约往往是失败的,不能达到目的。[2001] UKHL 69, para. 39, 引用了布里奇勋爵(Lord Bridge)在下面这个案件中的意见:*Ex Parte Postlethwaite* [1988] AC 924, 947.

[130] 参见: Buchanan v. Babco [1978] AC 141 and *Fothergill v. Monarch Airlines* [1981] AC 251; 74 ILR, p. 648. 比较在后一个案子中威尔伯福斯勋爵(Lord Wilberforce)的严格方法,[1981] AC 278; 74 ILR, p. 656 with that of Lord Diplock, [1981] AC 283; 74 ILR, pp.661—2. 另参见: *Goldman v. Thai Airways International Ltd* [1983] 3 All ER 693. 同时注意,在1992年12月《法律报告周刊》(Times Law Reports)刊登的下列案件:*Wahda Bank* v. *Arab Bank plc*, 菲利普斯在审查关于在国内实施联合国制裁的枢密院令在本案的可适用性问题时提到了联合国的制裁决议。进一步参见:Re H (Minors) [1998] AC 72.

[131] [1997] 1 All ER 193,202.

[132] 进一步参见下文,第16章,第932页。

[133] [1997] 13AllER502, 512.

[134] Section 3 (2)b. 当初级立法禁止消除冲突时,也不影响存在冲突的二级立法的效力,section 3(2)c.

去和以后的制定法都是至关重要的。[135] 当立法不能解释为与公约的权利相符时,将根据第4条宣布不相符,然后议会可根据第10条修改发生冲突的立法规定。法院也采取解释国内立法的更宽泛的目的说,以便保证其符合该公约。[136] 在解释国内立法以便使其尽可能符合公约权利的过程中,法院"必须考虑"[137]欧洲人权法院的任何相关案例法,尽管这不是施加遵循判例法义务的规定。[138] 在这种情况下,还应考虑加入欧洲共同体的重要性。共同体的案例法显示,基本权利是一般法律原则的组成部分,是欧洲法院力图保障的权利。该体系规定共同体法优先于国内法,欧洲法院的判决必须在成员国的国内法院执行。因此,可能由此而发生的潜在变化具有重要意义。[139] 另外,当根据1972年的《欧洲共同体法》制定的国内立法与(建立欧共体的)《罗马条约》发生冲突时,上议院认为应该采取目的说来加以解释。[140] 157

美国[141]

在国内法与习惯国际法的关系问题上,美国的立场与英国的实践极为类似,但是在

---

[135] 第3条第2款第1项。进一步参见:H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, 3rd edn, London, 2002, p. 139, and R. Clayton and H. Tomlinson, *Human Rights Law*, London, 2000, chapter 4.

[136] 参见,例如上议院在下列案件中的判决:*R* v. *A* [2001]. 2 WLR 1546 and *R* (on the application of Alconbury Ltd) v. *Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] 2 All ER 929.

[137] 《人权法案》(Human Rights Act)第2条。

[138] 见本书第7章,第351页。

[139] 参见,例如: *Nold* v. *EC Commission* [1974] ECR 491,508 and *Rutili* v. *Ministry of Interior of French Republic* [1975] ECR 1219.

[140] *Pickstone* v. *Freemans* [1988] 3 WLR 265. 另参见:*Litster* v. *Forth Dry Dock Engineering* [1989] 1 All ER 1194.

[141] 参见,例如:J. F. Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, 2004, chapter 2; J. J. Paust, *International Law as Law of the United States*, Durham, NC, 1996; Morgenstern, "Judicial Practice"; I. Seidl-Hohenveldern, "Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law", 12 ICLQ, 1963, p. 88; *Oppenheim's International Law*, pp. 74及其以下; C. Dickinson, "The Law of Nations as Part of the National Law of the United States", 101 *University of Pennsylvania Law Review*, 1953, p. 793; R. A. Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Princeton, 1964; R. B. Lillich, "Domestic Institutions" in *The Future of the International Legal Order* (eds. C. Black and R. A. Falk), New York, 1972, vol. IV, p. 384; L. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, New York, 1972; L. Henkin, "International Law as Law in the United States", 82 *Michigan Law Review*, 1984, p. 1555; J. J. Paust, "Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law in the United States", 12 *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 59, and L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law Cases and Materials*, 3rd edn, St Paul, 1993, chapter 3. 另参见: *Treaties and Other International Agreements: A Study Prepared for the Committee on Foreign Relations*, US Senate, 2001.

需要考虑宪法这方面除外。美国最高法院在“布斯诉加里”案(*Boos* v. *Garry*)中强调说,“作为一般立场,美国在遵守国际法方面当然具有重大国家利益。”但是,国际法规则要服从宪法。[142]

与英国一样,早先接受的纳入说后来也被修正。在“帕奎特·哈巴纳”案(the *Paquete Habana* case)[143]中指出:

> 国际法是我国法律的一部分。每当以其为依据的权利在法院按正当程序要求确定时,必须得到具有适当管辖权的法院的确定和执行。[144]

158 类似地,早期纯粹的纳入说案例让位于较谨慎的学说。[145]

当前接受的观点是,习惯国际法在美国是联邦法,联邦法院对其的确认对州法院有拘束力。[146] 考虑到美国与英国共同的历史和文化传统,这种学说上的类似并不稀奇,对理论的相同限制是显而易见的。美国法院受遵守先例原则和有必要按照先前判决的案例进行审理的约束,在习惯国际法与制定法冲突时,他们也必须适用制定法。[147] 在“居住在尼加拉瓜的美国公民委员会诉里根”案(the *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* v. *Reagan*)[148]中,上诉法院重申了这一立场。该法院指出,“不得以违反习惯国际法为由挑战任何国会立法”。[149]

人们注意到,美国的政治和司法机关有权根据制定法或“有拘束力的行政行为”无视国际法。当对如何处理与习惯发生冲突的先前制定法与习惯之间的一般关系产生争

---

[142] 99 L Ed 2d 333, 345—7 (1988); 121 ILR, p. 551.

[143] 175 US 677 (1900). 另参见: *Respublica* v. *De Longchamps* 1 Dall. 111.

[144] 175 US 677, 700. 参见: *Hilton* v. *Guyot* 159 US 113 and *United States* v. *Melekh* 190 F. Supp. 67 (1960), 比较: Pauling v. McElroy 164 F. Supp. 390 (1958).

[145] 参见,例如: *Cook v. United States* 288 US 102 (1933); 6 AD, p. 3 and *United States v. Claus* 63 F. Supp. 433 (1944).

[146] 参见: *US* v. *Belmont* 301 US 324, 331, 57 S. Ct. 758, 761 (1937); 8 AD, p. 34 and *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, vol. I, pp. 48—52. 另参见: *Kadić* v. *Karadžić* 70 F. 3d 232, 246 (2d Cir. 1995) and In *Re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation* 978 F. 2d 493, 502 (9th Cir. 1992). 103 ILR, pp. 521, 529. 但是参见: C. A. Bradley and J. L. Goldsmith, "Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position", 110 *Harvard Law Review*, 1997, p. 816, and J. Paust, "Customary International Law in the United States: Clean and Dirty Laundry", 40 *German YIL*, 1997, p. 78.

[147] 参见,例如: *Schroeder* v. *Bissell* 5 F. 2d 838, 842 (1925).

[148] 859 F. 2d 929 (1988).

[149] 同上, at 939. 另参见: *Tag* v. *Rogers* 267 F. 2d 664, 666 (1959); 28 ILR, p. 467 and *US* v. *Yunis* (No. 3) 724 F. 2d 1086, 1091 (1991); 88 ILR, pp. 176, 181.

议时[150]，这种做法曾引起很大分歧。[151] 但是现在公认的关系是，制定法优先于前条约或习惯国际法规则。[152] 还有人认为，如果法院决定国际法院的判决优于美国最高法院的有拘束力的判决，那是违反宪法的，因此要为违反宪法的行为向个人提供司法救济。[153] 但是，关于国际法院的判决对美国法院的影响问题曾进行过讨论。[154] 该判决认 159
为美国因没有允许受监禁的外国人与其领事官员联系[155]而违反了1963年《维也纳领事关系公约》。

与英国法律相同，美国也的确有制定法与国际法不冲突这样的假定。在“施罗德诉比斯尔”案(*Schroeder* v. *Bissell*)[156]中法院指出，

> 除非明显地看出国会的法案是有意忽视国际礼让原则，否则应推定它有意与其保持一致。[157]

美国法律与习惯法的关系问题在某些涉及人权的案件中成为再次审查的课题。在“费拉蒂加诉贝尼亚—易拉拉”案(*Filartiga* v. *Pena-Irala*)[158]中，美国联邦第二巡回上诉法院受理了由巴拉圭人提起的某巴拉圭人对原告的儿子实施酷刑并致其死亡的诉讼。

---

[150] 参见：*Brown* v. *United States* 12 US (8 Cranch) 110, 128 (181,4) and *Whitney* v. *Robertson* 124 US 190, 194 (1888). 另参见：Henkin, “International Law”, p. 1555. 另参见：*Rodriguez-Fernandez* v. *Wilkinson* 654 F. 2d 1382 (1981); 505 F. Supp. 787 (1980); *US* v. *PLO* 695 F. Supp. 1456 (1988) and *Klinghoffer* v. *SNC Achille Lauro* 739 F. Supp. 854 (1990).

[151] 参见：*Third US Restatement of Foreign Relations Law*, pp. 63—9 (§115); the *Reagan* case, 859 F. 2d 929, and Goldklang, “Back on Board the Paquete Habana”, 25 Va. JIL, 1984, p. 143.

[152] 参见前面的脚注。

[153] *Valdez* v. *Oklahoma*, US Court of Criminal Appeals of Oklahoma, Case No. PCD-2001 1011, 2002.

[154] 参见 the *LaGrand* case (*Germany* v. *United States of America*), ICJ Reports, 2001, p. 466; 134 ILR, p. 1, and the *Avena and OtherMexican Nationals* case (*Mexico* v. *United States of America*), ICJ Reports, 2004, p. 12; 134 ILR, p. 120.

[155] 参见，例如 *Torres* v. *State of Oklahoma* 43 ILM, 2004, p. 1227, and *Sanchez-Llamas* v. *Oregon* 126 S. Ct. 2669 (2006)，认为违反《领事关系公约》第36条并不一定要求推翻刑事判罪或宣判。关于民事救济，参见 *United States* v. *Rodriguez* 162 Fed. Appx. 853, 857 (11th Cir. 2006), *Cornejo* v. *County of San Diego* 504 F. 3d 853, 872 (9th Cir. 2007) and *Gandara* v. *Bennett*，第十一巡迴上訴法院2008年5月22日判决认为，并未创设可以在司法上执行的个人权利。法院在 *Cornejo* 中强调对于司法执行有疑问的任何条约，必须既赋予个人权利又是自动执行的条约。at p. 856.

[156] 5 F. 2d 838 (1925).

[157] 同上，p. 842. 另参见：*Macleod v. United States* 229 US 416 (1913) and *Littlejohn & Co. v. United States* 270 US 215 (1926); 3 AD, p. 483.

[158] 630 F. 2d 876 (1980); 77 ILR, p. 169. 参见，例如：R. B. Lillich, *Invoking Human Rights Law in Domestic Courts*, Charlottesville, 1985, and Comment, “Torture as a Tort in Violation of International Law”, 33 *Stanford Law Review*, 1981, p. 353.

该诉讼是根据1789年《外国人侵权求偿法》(Alien Tort Claims Act)[159]提出的,该法规定,"地区法院仅对因违反国际法引起的对外国人侵权的民事诉讼有原始管辖权"。上
160 诉法院认为,酷刑违反了习惯国际法,因此是可诉的。据此,尽管事实上双方都是外国人,而且所有有效行为都发生在巴拉圭,法院还是判决被告败诉。法院还指出,为了确定国际法的内容,应加以解释的是当时的而不是制定该制定法时的国际法规则和原则。[160]

法院受理的其他关系到纳入关于人权的习惯国际法规则的案例胜败参半。[161] 曾有人试图针对阿根廷共和国对其公民实施酷刑在美国作出审判,但是案子最终因主权豁免[162]而告失败,因为法院认为,根据《外国人侵权求偿法》,"国际恐怖主义"行为是不可诉的。[163] 但是在"卡迪奇诉卡拉季奇"案(*Kadić* v. *Karadzić*)[164]中,美国联邦第二巡回上诉法院认为,对官方实施的酷刑和即决处决的求偿属于《外国人侵权求偿法》包括的诉因,而且,关于灭绝种族、战争罪和其他违反国际人道法的行为也包括在内。[165] 但是,最高法院在"索萨诉阿尔瓦雷斯—马查因"(*Sosa* v. *Alvarez-Machain*)案[166]中认为,《外国人侵权求偿法》是关于管辖权的制定法,没有创造新的诉因,并就这种理解宣称:普通法
161 为当时被认为承担个人赔偿责任的适当数量的违反国际法行为规定了诉因,即对大使的犯罪、违反安全行为的罪行和海盗行为。法院宣称,如果就该法案通过日期存在的违反

---

[159] 28 USC 1350 (1988).

[160] 630 F.2d 876,881 (1980); 77 ILR, pp.169, 175. 另参见: *Amerada Hess* v. *Argentine Republic* 830 F.2d 421; 79 ILR, p.1. "通过参考法学家的专门的公法著作,或者通过国家的一般惯例和实践",可以找到国际法的规范, 630 F.2d 876, 880; 77 ILR, 同上, p.174, 援引了 *United States* v. *Smith* 18 US (5 Wheat.), 153, 160—1. 也可以参见:*Kadić* v. *Karadžić*34 ILM, 1995, p.1592.

[161] 参见,例如: *Fernandez* v. *Wilkinson* 505 F. Supp. 787 (1980) and *In re Alien Children Education Litigation* 501 F. Supp. 544 (1980).

[162] *Siderman* v. *Republic of Argentina*, No. CV 82-1772-RMT (MCx) and *International Practitioner's Notebook*, July 1985, p.1. 另参见:下面第十三章。

[163] *Tel-Oren* v. *Libyan Arab Republic* 517 F. Supp. 542 (1981), *aff'd per curiam*, 726 F. 2d 774 (1984), *cert. denied* 53 USLW 3612 (1985); 77 ILR, p.192. 参见,例如:A. D'Amato, "What Does *Tel-Oren* Tell Lawyers?", 79 AJIL, 1985, p.92. 另参见: *De Sanchez* v. *Banco Central de Nicaragua* 770 F. 2d 1385, 1398 (1985); 88 ILR, pp.75, 90 and *Linder* v. *Portocarrero* 747 F. Supp. 1452; 99 ILR, p.55.

[164] 34 ILM, 1995, p.1592.

[165] 注意:美国1992年的《酷刑受害者保护法》(Torture Victim Protection Act)规定,当个人以实际或表象的权威或任何外国法律的外衣之下从事官方的酷刑和法外杀害行为的,就是可诉的。这不是关于管辖权的制定法,因此,关于官员作出的酷刑行为将在《外国人侵权求偿法》所赋予的管辖之下,或者在第1331节管辖的一般联邦问题: 参见,例如:*Xuncax* v. *Gramajo* 886 F. Supp. 162 (1995). 104 ILR, p.165. 此外,当地救济一定已经用尽。

[166] 542 US 692, 714 ff. (2004).

国际法的罪行规范来说,“内容不够确定,而且没有得到文明国家的接受”,那么联邦法院就不应承认根据普通法提出的对违反这种国际法规范的行为提出的求偿。[167] 因此,为了符合依据该制定法[168]提出求偿的基本条件,要求既“有能与18世纪的范例特征相比的特定性”,又要有建立在“被文明世界接受的国际性规范”之上的基础。

英国和美国吸收习惯法的实践中所表现的相对趋同在对待国际条约上没有体现出来。[169]。在英国,谈判、签署和批准国际协议是行政机关的事,但限制性规定是,在协议的规定被接受为英国法律一部分之前需要议会的行为。在美国,《宪法》第6条第2款规定:

> 合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约,都是全国的最高法律;即使州宪法和州法律中有与之相抵触的内容,每个州的法官都应受条约的约束。[170]

在批准条约的程序上也是不同的。《宪法》第2条规定美国总统有权签订国际协议,但是只有经过参议院三分之二同意后他才能批准条约。

关于行政协议的制度是一个例外。行政协议一般是总统根据自己的权力而签订,但是在国际法的框架内仍然构成有效条约。与一般条约不同,《宪法》并没有明确规定签 162
订行政协定,但是在《宪法》的规定及其随后的实践中有所暗示,并得到广泛应用。1933年的《里特维诺夫协议》(Litvinov Agreement)确认了美国对苏联政府的承认,并规定苏联对美国所欠债务的偿还问题。在该协议签订后发生的案件中,最高法院强调,这种行政协议的地位和尊严与总统根据《宪法》第2条经参议院的建议和同意后制定的条约是相同的。[171]

就对条约法的理解来说,美国学说的基础是对“自执行条约”与“非自执行条约”作

---

[167] *Ibid.*, at 732.

[168] 同上,第725和738页。另见 *Vietnam Association for Victims of Agent Orange* v. *Dow Chemical Company*, US Court of Appeals for the Second Circuit, Docket No. 05-1953-cv, 22 February 2008.

[169] 参见,例如: Jackson, “Status of Treaties”, p.310, and D. Vagts, “The United States and its Treaties: Observance and Breach”, 95 AJIL, 2001, p.313.

[170] 参见,例如: *Ware* v. *Hylton* 3 US (3 Dall.) 199 (1796) and *Foster* v. *Neilson* 27 US (2 Pet.) 253 (1829). 关于条约权限以及第十修正案各州“保留的权限”,另参见:*Missouri* v. *Holland* 252 US 416 (1920); 1 AD, p.4 and *United States* v. *Curtiss-Wright Export Corporation* 299 US 304 (1936); 8 AD, p.48.

[171] 参见,例如: *United States* v. *Pink* 315 US 203 (1942); 10 AD, p.48. 关于总统解决争议以及创设适用于待决立法的法律规则,参见:*Dames & Moore* v. *Regan* 101 SC 2972 (1981); 72 ILR, p.270.

出区别。[172] 前者能够在国内自动执行，无须任何国内立法；后者则要求使其实施的行动才能在美国适用并约束美国法院。自执行条约作为本国最高法律的一部分直接在美国适用，但那些被视为非自执行的条约必须经过立法的转化，在转化之前，被认为在法律上不能对美国公民和机构实施。[173]

但是，如何才能知道某个国际协议是自执行还是非自执行的条约呢？这个问题困扰美国法院多年，似乎是按政治内容作出区分。换言之，当条约涉及政治问题的界定或说明时，应留给国家立法来处理，而不能自动生效。[174] 这方面的例子包括领土的取得与丧
163 失或财政安排。在“埃迪诉罗伯逊”案（*Edye* v. *Robertson*）[175] 中，最高法院宣布：条约中包含

> 适用于私人当事方在本国法院实施的规定是与国会其他法律同一种类型的法律。

这似乎就是说，如果是确定公民私人的权利和义务的国际条约，就可以成为本国法律的一部分。相反，如果涉及政治问题，该条约则是非自执行的。

当然，在很多条约中，这种一般性的归纳必定会产生模棱两可的情况和很多疑问，加利福尼亚州最高法院于 1952 年在“藤井诉加利福尼亚”案（*Sei Fujii* v. *California*）[176] 再次对这个问题进行全面审查。原告是日本人，1948 年在加利福尼亚州购买了一些土地。根据该州立法，外国人无权获取土地。为了避免土地被该州收回，原告认为，除其他外，该立法不符合《联合国宪章》，因为这个国际条约号召促进人权，不能有种族歧视。

这个问题涉及《联合国宪章》是不是自执行条约，并且是否因此是本国法律的一部分的问题。如果是，它将优先于与其发生冲突的各州的法律。法院宣布，为决定一个条约是否是自执行的条约，必须参照条约本身，以便推定签署人的意图，还要审查其他一切

---

〔172〕 参见，例如：Y. Iwasawa, “The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis”, 26 Va. JIL, 1986, p. 635; J. Paust, “Self-Executing Treaties”, 82 AJIL, 1986, p. 760; T. Buergenthal, “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”, 235 HR, 1992 IV, p. 303, and C. M. Vázquez, “The Four Doctrines of Self-Executing Treaties”, 89 AJIL, 1995, p. 695.

〔173〕 参见，例如：*Foster* v. *Neilson* 27 US (2 Pet.) 253, 311, 7 L. Ed. 415 (1829); *United States* v. *Percheman* 32 US (7 Pet.)512(1833); *United States* v. *Postal* 589 F. 2d 862, 875 (5th Cir. 1979), *cert. denied*, 444 U 83 and *Linder* v. *Portocarrero* 747 F. Supp. 1452, 1463; 99 ILR, pp. 55, 67—8.

〔174〕 参见首席大法官马歇尔的意见：*Foster* v. *Neilson* 27 US (2 Pet.) 253, 314 (1829). 另参见：J. C. Yoo, “Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding”, 99 *Columbia Law Review*, 1999, p. 1955, and Vagts, “US and its Treaties”, p. 321.

〔175〕 112 US 580 (1884).

〔176〕 38 Cal (2d) 718 (1952).

情况。根据“埃迪”案,还要看条约本身是否规定自己可以在国内法院适用。

在全面审查之后,法院的结论是,《联合国宪章》的相关规定没有自动执行的意图。它们规定了联合国组织的各种原则和宗旨,“其目的不是向成员国施加法律义务或为个人创设权利”。法院认为,要把《宪章》原则转变为对各州公民有拘束力的国内法,显然需要签字国的进一步立法行动。[177] 因此,不能认为它们是本国法律的一部分,不能改变加利福尼亚州的相关立法。该案的判决最后对原告有利,但完全以其他不同的理由。[178] 164

与英国的制度相同,美国立法机构可能不考虑国际法规则而采取立法行动,而且这种行动还可能违反国际法。在这种情况下,美国的立法在美国领土范围内有优先地位。

例如,在“杜格斯诉舒尔茨”案(*Duggs* v. *Schultz*)[179] 中,法院不得不考虑《伯德修正案》(the Byrd Amendment)的效力,该修正案使诸如铬之类的战略物资从罗得西亚到美国的进口合法化,而这种活动是当时联合国安全理事会通过的有拘束力的决议所禁止的。法院指出,《伯德修正案》“明显无视我们的条约义务”。但法院的结论是,“根据我们的宪政体制,如果国会认为可以废除条约而且其他政府机构不能做些什么时,它就可以那样做”。尽管该修正案在国内是不能受到质疑的,但美国当然要为违反国际法规则的行为在国际上承担责任。[180]

---

[177] 同上, p. 721.

[178] 参见,例如: *People of Saipan ex rel. Guerrero* v. *United States Department of Interior* 502 F. 2d 90 (1974); 61 ILR, p. 113. 另参见: *Camacho* v. *Rogers* 199 F. Supp. 155 (1961) and *Diggs* v. *Dent* 14 ILM, 1975, p. 797. 还应当注意:O. Schachter, “The Charter and the Constitution”, 4 V*anderbilt Law Review*, 1951, p. 643. 在 *Medillin* v. *Texas* 128 S. Ct. 1346 (2008)案中,美国最高法院认为国际法院在 the *Avena* (*Mexico* v. *US* 案中作出的判决,(ICJ Reports, 2004, p. 12), 要求美国提供“进一步审查并重新考虑该案的定罪,不构成直接执行的联邦法,与相关的条约(《联合国宪章》、《国际法院规约》以及《维也纳领事关系公约任择议定书》)一样,是非自动执行的。关于 the *Avena* 案,参见 下面第 13 章, p. 773 和第 19 章, p. 1103, note 305. 另参见:荷兰最高法院在 *Association of Lawyers for Peace and Four Other Organizations* v. *State of the Netherlands* 案中得出的结论, Nr C02/217HR; LJN: AN8071; NJ 2004/329.

[179] 470 F. 2d 461,466—7 (1972); 60 ILR, pp. 393, 397. 另参见: *Breard* v. *Greene* 523 US 371, 376 (1998) and *Havana Club Holding*, *Inc.* v. *Galleon* SA 974 F. Supp. 302 (SDNY 1997), *aff'd* 203 F. 3d (2d Cir. 2000).

[180] 当然,这反映了一般规则,参见,例如:G. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, 1940—4, vol. V, pp. 185—6 and 324—5. 另参见: *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, 1987, para. 115 (1)b.

165 不过有一个假定，即国会不会以违反国家的国际义务的方式立法。[181] 还有一个解释原则，即当国会法案与条约处理的是同一个问题时，将尽量解释为两个都可以适用，不与任何一个相冲突。当两者冲突时，一般的规则是，后法优于先法，但条件是，该条约是可自动执行的。[182]

在“美国诉巴勒斯坦解放组织”案（*United States* v. *Palestine Liberation Organization*）[183] 中，产生了条约义务与国内法可能冲突的问题。一年前的《反恐怖主义法》[184] 规定，关闭所有在美国的巴解组织的办公室。而按司法部长的解释，这也包括巴解组织驻联合国使团，因此该法违反了美国根据与联合国签订的《总部协定》承担的义务。但是，地区法院认为，下述观点是不能成立的：认为该立法有违反作为《总部协定》这个有效条约义务的明确意图。[185]

在“布利尔德诉格林”案（*Breard* v. *Greene*）[186] 中，国际法与国内法关系问题被提到了美国最高法院。法院指出，应当“十分尊重有关的国际法院对条约作出的解释”[187]；但是，“国际法承认，如果没有清楚明确的相反规定，条约在该国的实施受到法院地国的程序规则的调整”。[188] 因此，适用国内程序规则可能导致在某个案件中不能适用国际条约的规定。最高法院还确认，根据宪法，国际条约被视为“本国最高法律”，但宪法也是最
166 高法律。国会法案与条约“完全相同”，如果出现冲突，后制定的制定法将优于此前签订的条约。[189]

---

[181] 参见，例如：Marshall CJ, *Murray* v. *Schooner Charming Betsy* 6 US (2 Cranch) 64; *Weinberger* v. *Rossi* 456 US 25 (1982) and *Cook* v. *United States* 288 US 102 (1933). 另参见：R. Steinhardt, “The Role of International Law as a Canon of Domestic Statutory Construction”, 43 *Vanderbilt Law Review*, 1990, p. 1103, and C. A. Bradley, “The Charming Betsy Canon and Separation of Powers”, 86 *Georgia Law Journal*, 1998, p. 479.

[182] 参见最高法院在下列案件中的判决：*Whitney* v. *Robertson* 124 US 190 (1888). *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, pp. 63 及其以下，认为，国会法案取代先前的国际法规则或国际协定的规定，“如果取代的目的是明确的或者如果该法案与先前的规则或规定不能协调的话”。

[183] 695 F. Supp. 1456 (1988).

[184] 22 USCA, paras. 5201—3.

[185] 同上，参见国际法院在下列案件中的咨询意见：the *Applicability of the Obligation to Arbitrate* case, ICJ Reports, 1988, p. 12; 82 ILR, p. 225. 另参见：DUSPIL, 1981—8, part I, pp. 8 及其以下。

[186] 140 L. Ed. 2d 529 (1998); 118 ILR, p. 22.

[187] 这个问题涉及 1963 年的《维也纳领事关系公约》，有关的国际法院是“巴拉圭诉美国”（Paraguay v. USA）案中的联合国国际法院，ICJ Reports, 1998, p. 248; 118 ILR, p. 1.

[188] 140 L. Ed. 2d 529, 537 (1998); 118 ILR, p. 22.

[189] 同上，参见上文，注 178。

其他国家

在采纳英国普通法的其他国家，例如英联邦的大多数国家，再如以色列[190]，可以说一般适用相同的原则。习惯法整体被视为本国法的一部分。[191] 国内法被推定与国际法规则不发生冲突，但一旦发生冲突，前者优先。

加拿大最高法院在“关于魁北克分离的判决”（*Reference Re Secession of Quebec judgment*）[192]中指出，法院有必要在许多案件中考察国际法，以便确定加拿大法律体系中的一些行为者的权利或义务。[193] 阿特金勋爵（Lord Atkin）在“加拿大总检察长诉安大略省总检察长”案（*Attorney-General for Canada* v. *Attorney-General for Ontaria*）[194]中表述了关于条约的一般立场，该案涉及加拿大议会和各省立法机构的立法权力。他指出，在当时的大英帝国内，缔结条约是行政行为，然而，如果履行条约需要改变现行国内法，则需要 167
采取立法行动，这是一项确定的规则。阿特金指出，

> 问题不是义务是如何产生的，那是行政机构的职能，而是义务应该如何履行，这取决于相应的立法机关的权力。[195]

习惯国际法是加拿大国内法的一部分，这一学说在一些案例中得到重申[196]，这在新

---

[190] 参见：the *Eichmann* case, 36 ILR, p. 5; R. Lapidoth, *Les Rapports entre le Droit International Public et le Droit Interne en Israel*, Paris, 1959, and Lapidoth, “International Law Within the Israel Legal System”, 24 *Israel Law Review*, 1990, p. 251. 另参见：以色列最高法院审理的下列案件：the *Afro* case, 29 ILM, 1990, pp. 139, 156—7; 83 ILR, p. 121, and *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, HCJ 769/02. 另见 *A & B v. State of Israel*, Israeli Supreme Court, 11 June 2008.

[191] 但是，关于习惯国际法自动并入澳大利亚的适用的疑问，参见：I. Shearer, “The Internationalisation of Australian Law”, 17 *Sydney Law Review*, 1995, pp. 121, 124. 另参见：G. Triggs, “Customary International Law and Australian Law” in The *Emergence of Australian Law* (eds. M. P. Ellinghaus, A. J. Bradbrook and A. J. Duggan), 1989, p. 376. 注意：布伦南法官（Brennan J）在 *Mabo* v. *Queensland* (1992) 175 CLR 1, 41—2 中指出，“国际法对于普通法的发展是一种正当并有效的影响”。

[192] (1998) 161 DLR (4th) 385, 399; 115 ILR, p. 536. 另参见：G. La Forest, “The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues”, 34 Canadian YIL, 1996, p. 89.

[193] 另参见：*Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences* [1943] SCR 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia* [1967] SCR 792; 43 ILR, p. 93, and *Reference re Newfoundland Continental Shelf* [1984] 1 SCR 86; 86 ILR, p. 593.

[194] [1937] AC 326; 8 AD, p. 41.

[195] 同上，pp. 347—8; 8 AD, pp. 43—4. See also *Pfizer Inc.* v. *Canada* [1999] 4 CF 441 and *R* v. *Council of Canadians* 2003 CanLII 28426, paras. 35—7 (2005), affirmed 2006 CanLII 400222, 217 OAC 316.

[196] 参见，例如：*Reference re Exemptions of US Forces from Canadian Criminal Law* [1943] 4 DLR 11, 41 and *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences* [1943] SCR 208.

西兰[197]和澳大利亚[198]也得到接受。在"霍根诉爱尔兰总理"案(*Horgan* v. *An Taoiseach*)中,法院确认说:"业已确立的习惯法可以纳入到爱尔兰国内法中,但条件是与宪法、制定法或普通法的规定不冲突"。[199] 在"移民和种族事务部长诉特"案(*Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs* v. *Teoh*)[200]中,澳大利亚高等法院审查了条约与国内法的
168 关系问题。法院支持传统学说,大意是认为,澳大利亚所缔结的国际条约中的规定不是澳大利亚法律的一部分,不产生权利,除非通过制定法被有效纳入到国内法中。[201] 法院指出,这是因为宪法在权限上的分工:行政部门缔结并批准条约,立法部门制定并改变法律。[202] 法院的多数法官还认为,条约没有被纳入并不意味着行政部门所做的批准对澳大利亚的法律没有意义。如果制定法或次级立法措辞模糊,法院则应支持符合澳大利亚根据特定条约承担义务的那种解释。[203] 同时,一般应在语言允许的情况下尽可能将制

---

[197] 参见,例如: *Marine Steel Ltd v. Government of the Marshall Islands* [1981] 2 NZLR 1 and *Governor of Pitcairn and Associated Islands v. Sutton* [1995] 1 NZLR 426. 法院还提到指定法解释的一种假定,即立法应解释为与新西兰的义务是一致的: 参见,例如: *Rajan v. Minister of Immigration* [1996] 3 NZLR 543, 551 and *Wellington District Legal Services v. Tangiora* [1998] 1 NZLR 129, 137; 115 ILR, pp. 655, 663. 关于用条约解释制定法,另参见: *Attorney-General v. Zaoui* [2005] NZSC 38, [2006] 1 NZLR 289, (2005) 7 HRNZ 860. 关于新加坡,另参见:另见:*Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor* [2004] SGCA 47; 134 ILR, p. 660.

[198] 参见,例如: *Potter* v. *BHP Co. Ltd.* (1906) 3 CLR 479, 495, 506—7 and 510; *Wright* v. *Cantrell* (19.43) 44 SR (NSW) 45; *Pohtes* v. *Commonwealth* (1945) 70 CLR 60 and *Chow Hung Ching* v. *R* (1948) 77 CLR 449. 这些案子在关于纳入或转化理论是否被作为适当的理论基础而采用是不清楚的。关于国际法是国内法的"渊源"的观点,参见迪克松法官(Dixon)在下列案件中的意见:*Chow Hung Ching and Merkel J in Nulyarimma* v. *Thompson* (1999) 165 ALR 621,653—5; 120 ILR, p. 353. 另参见: *Public International Law: An Australian Perspective* (eds. S. Blay, R. Piotrowicz and B. M. Tsamenyi), Oxford, 1997, chapter 5, and H. Burmeister and S. Reye, "The Place of Customary International Law in Australian Law: Unfinished Business", 21 Australian YIL, 2001, p. 39.

[199] 132 ILR, pp. 407, 442.

[200] (1995) 128 ALR 353; 104 ILR, p. 466. 另参见: *Public International Law: An Australian Perspective.*

[201] 参见,例如梅森法官(Mason CJ)和迪恩法官(Deane J)的判决:(1995) 128 ALR 353, 361. 另参见: *Dietrich* v. *The Queen* (1992) 177 CLR 292, 305 and *Coe* v. *Commonwealth of Australia* (1993) 118 ALR 193, 200—1; 118 ILR, p. 322. 被高等法院在下列案件中确认:*Kruger* v. *Commonwealth of Australia* (1997) 146 ALR 126, 161; 118 ILR, p. 371. 参见,例如:*Kenneth Good* v. *Attorney-General*, Court ofAppealCivilAppealNo. 028 of 2005 关于斯里兰卡类似情势,Botswana and *Nallaratnam Singarasa* v. *Attorney General*, S. C. Spl (LA) No. 182/99 (2006).

[202] (1995) 128 ALR 353,362 and 参见,例如: Simsek v. Macphee (1982) 148 CLR 636, 641—2.

[203] Judgment of Mason CJ and Deane J. 另参见: *Chung Kheng Lin v. Minister for Immigration* (1992) 176 CLR 1, 38. In *Kruger v. Commonwealth of Australia*, 道森法官(Dawson J)指出,当义务仅仅源自条约而且该立法在该条约之前制定时,不需要解释, (1997) 146 ALR 126, 161; 118 ILR, p. 371.

定法解释为符合公认的国际法规则并不与其发生冲突。[204] 法院认为,模糊的狭义概念在这种情况下的确应被拒绝。[205] 在提及"布林德"案(*Ex Parte Brind*)[206]时,法院指出,这一原则只不过是一项解释规则,并未把条约的规定引入国内法。[207] 法院多数法官的意见还超出了这项与普通法学说相符合的一般原则,认为批准条约本身为下述正当期待打下适当基础,即行政决策者将会按符合尚未纳入但已经批准的条约行事(除非有相反 169
的法律或行政指令)。[208] 这种观点在法理上是有争议的,但却是下述事实的一个有趣例子,即不要总是期待国内的决策者免受该国所承担的义务的影响。[209]

更多的迹象表明,国家采取了越来越灵活的方法。例如,"霍斯金夫妇诉亨廷和新西兰太平洋杂志有限公司案"(*Hosking & Hosking* v. *Runting and Pacific Magazines NZ Ltd*)[210]中,新西兰上诉法院认为,"越来越多的人承认,有必要以符合新西兰参加的国际条约的方式发展普通法。这是一个国际趋势。现在认为,那种认为除非被制定法纳入否则在国内法上没有国家义务的传统方法已经过于严格"。此外,加拿大最高法院指出灭种罪在习惯国际法和条约法上均为罪行,同时宣称,国际法在帮助解释(特别是关于煽动灭种罪要件的)国内法上起着至关重要的作用。该法院强调以符合习惯国际法原则和加拿大参加的条约义务的方式解释国内法的重要性。[211] 不过,这种做法显然走在了许多

---

[204] 另参见:*Kartinyeri* v. *The Commonwealth* (1998) 195 CLR 337 at 384 and *Ahmed Ali Al-Kateb* v. *Goodwin* [2004] HCA 37. 在后一个案子里麦克哈弗法官(McHugh J)批评了该规则,但是他的结论是该规则太根深蒂固了,无法通过司法判决来推翻,同上,at para. 65.

[205] (1995) 128 ALR 353, 361. 另参见: Polites v. The Commonwealth (1945) 70 CLR 60, 68—9, 77, 80—1.

[206] [1991] 1 AC 696 at 748; 85 ILR, p. 29.

[207] (1995) 128 ALR 353, 362.

[208] 同上,第365页。另参见图黑法官(Toohey J)的判决,同上,第371—2页,以及歌德龙法官(Gaudron J)的判决,同上,第375—6页。比较:麦克休夫法官(McHugh J)的判决,同上,第385—7页。

[209] 注意:Teoh 案的判决之后,外交大臣和司法大臣发表了一份联合声明(1995 年 5 月 10 日),否认在条约批准之后存在任何合理的期待。参见:M. Allars, "One Small Step for Legal Doctrine, One Giant Leap Towards Integrity in Government: Teoh's Case and the Internationalisation of Administrative Law", 17 Sydney Law Review, 1995, pp. 204, 237—41. 为了拒绝承认条约或公约产生决策者将在受这种国际文件影响的领域如何作出决定的正当期待,该政府还向议会引进了 1995 年的《行政决定(国际文件的效力)法案》。另参见 1995 年 11 月参议院法律和宪政咨询委员会所发表的下列报告:Trick or Treaty? Commonwealth Power to Make and Implement Treaties. 另参见: *Ministe for Immigration and Multicultural Affairs*; *Ex Parte Lam* [2003] HCA 6, which is critical of *Teoh*.

[210] [2004] NZCA 34, para. 6.

[211] *Mugesera* v. *Canada* (*Minister of Citizenship and Immigration*) [2005] 2 SCR 100, para. 82; 132 ILR, pp. 295—6. 另参见:*Baker* v. *Canada* (*Minister of Citizenship and Immigration*) [1999] 2 SCR 817, paras. 69—71.

普通法国家的前面。

尽管普通法国家采取的基本态度是清楚的，但是如果国家有成文宪法，问题就复杂
170 了，无论宪法是否具体提及如何对待国际协议。用国际法解释宪法的问题在澳大利亚偶尔引起很大争议。[212] 例如在“阿赫默德·阿里·阿尔—卡提卜诉戈德温案”（*Ahmed Ali Al-Kateb* v. *Godwin*）中，澳大利亚高等法院的两个法官得出了截然相反的结论。一位法官认为，宪法应该以符合国际法规则的方式来解读的观点是一种“异端”[213]，另一位法官则宣称，“试图把当代澳大利亚法律（包括宪法）与国际法的说服力割裂开的观点注定会失败”。[214] 这种辩论反映了宪法解释的不同方法。[215]

《印度宪法》仅用模糊的措辞提及国际法的规定。[216] 相反，《爱尔兰宪法》清楚地规定，爱尔兰不受任何涉及花费公共基金的条约的约束，除非协议中的规定得到国会下议院（Dáil）的批准。[217] 根据《塞浦路斯宪法》第 169 条第 3 款的规定，按照宪法该项规定
171 缔结的条约，自从在共和国官方公告上公布之日起，“具有优先于所有国内法的效力，但

---

[212] 参加，例如：D. Hovell and G. Williams, “A Tale of Two Systems: The Use of International Law in Constitutional Interpretation in Australia and South Africa”, 29 *Melbourne University Law Review*, 2005, p. 95; H. Charlesworth, M. Chiam, D. Hovell and G. Williams, “Deep Anxieties: Australia and the International Legal Order”, 25 *Sydney Law Review*, 2003, pp. 423, 446—63; *International Law in Australia* (ed. K. W. Ryan), Sydney, 1984; Blay *et al.*, *Public International Law: An Australian Perspective*; A. Byrnes and H. Charlesworth, “Federalism and the International LegalOrder: RecentDevelopments inAustralia”, 79 AJIL, 1985, p. 622, and *Koowarta* v. *Bjelke-Petersen*, High Court of Australia, 39 ALR 417 (11 May 1982); 68 ILR, p. 181; *Tabag* v. *Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Federal Court ofAustralia, 45 ALR 705 (23 December 1982); *Commonwealth ofAustralia* v. *State of Tasmania*, High Court of Australia, 46 ALR 625 (1 July 1983); 68 ILR, p. 266; *Polyukhovich* v. *Commonwealth* (1991) 172 CLR 501 and *Minister for Foreign Affairs* v. *Magno* (1992) 37 FCR 298.

[213] [2004] HCA 37, para. 63 (McHugh J).

[214] 214 *Ibid.*, para. 190 (Kirby J).

[215] 辛普森和威廉姆斯的结论是，法官将寻找类似国际法的外来资料，不是为了指望这些资料是否能够像最初起草或按宪法意图的那样严格适用宪法，相反，是为了是该文件跟进社会变化并符合具有“活力”的宪法视野，参见：A. Simpson and G. Williams, “International Law and Constitutional Interpretation”, 11 *Public Law Review*, 2000, pp. 205, 226.

[216] 参见，例如：D. D. Basu, *Commentaries on the Constitution of India*, New Delhi, 1962, vol. II, and *Constitutions of the World* (ed. R. Peaslee), 3rd edn, New York, 1968, vol. II, p. 308. 另参见：K. Thakore, “National Treaty Law and Practice: India” in Leigh and Blakeslee, *National Treaty Law and Practice*, p. 79.

[217] Peaslee, Constitutions, vol. III, p. 463 (article 29(5)2). 第 29 条还规定，爱尔兰接受一般承认的国际法原则为其与其他国家交往的行为规则。参见，例如：Re O'Laighléis 24 ILR, p. 420 and Re Woods 53 ILR, p. 552. 另参见：Crotty v. An Taoiseach 93 ILR, p. 480; McGimpsey v. Ireland [1988] IR 567, and Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison [2002] 2 ILRM 81. 还要注意：2003 年 4 月 28 日，爱尔兰高等法院在 Horgan v. An Taoiseach 案的判决中确认，第 29 条并不赋予个人权利，132 ILR, pp. 407, 446.

条件是该条约、公约和协议得到其他缔约国的适用”。[218] 在有成文宪法的情况下，可能涉及宪法法律的重要问题，因此必须考虑问题发生时的具体情况以及当时的政治氛围。[219] 但一般情况下，普通法国家都采取英国的做法。

大陆法系国家的实践最初以罗马法为基础，与普通法有明显不同。[220] 例如，《德意志联邦共和国基本法》[221] 第 25 条特别规定，“国际法一般规则是联邦法律的组成部分，优先于法律，并直接为联邦领土上的居民创设权利和义务”。[222] 该规定不仅将国际法视为国内法的一部分，而且认为国际法优先于国内立法。但是，当学者和律师们试图确定国际法规则是否真的可以使与其冲突的国内立法归于无效，甚至国际法规则是否确实可以优先于宪法的时候，上述宪法规定引起了很大争议。同样，“国际公法的一般规则”这种说法产生了解释上的问题，因为它可能指国际法的所有方面，包括习惯规则和条约规则，或者仅指所有国家或者仅仅某些国家共同接受的一般原则。[223] 172

关于条约，德国联邦法院认为，条约优先于国内立法，但如果条约影响宪法，就不允许其适用。《基本法》第 59 条宣布，规定联邦政治关系的或者关于联邦立法的条约，需要在具体情况下得到有联邦立法权的机构同意或者有它们以制定联邦法律的形式的参与。此后，这种条约将作为纳入到德国的法律来对待，但仅具有（不高于）联邦法律的地位。如果条约所含条款直接侵犯了涉及个人的法律领域，这种法律实际上可能以宪法诉

---

[218] 参见，例如：Malachtou v. Armefti and Armefti, 88 ILR, p. 199.

[219] 参见，例如：International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada (ed. H. Kindred), 6th edn, Toronto, 2000, chapter 4; Re Newfoundland Continental Shelf [1984] 1 SCR 86, and C. Okeke, The Theory and Practice of International Law in Nigeria, London, 1986.

[220] 参见，例如：L. Wildhaber and S. Breitenmoser, “The Relationship Between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries”, 48 ZaöRV, 1988, p. 163; Oppenheim's International Law, pp. 63 及其以下，以及 Henkin et al., International Law Cases and Materials, pp. 154 及其以下。

[221] 参见：H. D. Treviranus and H. Beemelmans, “National Treaty Law and Practice: Federal Republic of Germany” in Leigh and Blakeslee, National Treaty Law and Practice, p. 43.

[222] 参见，例如：the Parking Privileges for Diplomats case, 70 ILR, p. 396.

[223] 参见，例如：*German Consular Notification* case (*Individual Constitutional Complaint Procedure*), BVerfG, 2 BvR 2115/01, 19 September 2006, and *Görgülü* case (*Individual Constitutional Complaint*), BVerfG, 2 BvR 1481/04 of 14 October 2004, 111 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), 307—32, [2004] *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 3407—3412. D. P. O'Connell, International Law, 2nd edn, London, 1970, vol. I, pp. 71—6, 以及该书援引的出处。一般另参见：A. Drzemczewski, The European Human Rights Convention in Domestic Law, Oxford, 1983, and Peaslee, Constitutions, vol. III, p. 361.

讼的方式在德国法院受到挑战。[224]

1983 年的《荷兰宪法》第 91 条第(1)款要求在条约生效或废除之前得到议会的批准。第 91 条第(3)款规定,与宪法冲突或导致与其冲突的条约的任何规定可能得到议会两院的批准,但至少有三分之二投票同意。第 93 条规定,条约或者与根据其内容可能有拘束力的国际组织决议的规定,一经公布即具有拘束力。第 94 条规定,如果适用在王国内有效的法律法规与对所有个人都有拘束力的条约规定或国际组织决议相冲突,则不能适用。[225] 习惯国际法在《宪法》中没有提及。相信它可以在国内适用,但似乎在发生
173 冲突时,制定法优先。[226] 条约的规定或国际组织决议是否在《宪法》第 93 条和 94 条的意义上对所有人都有拘束力的问题由法院来决定。[227]

意大利 1947 年《宪法》第 10 条规定,意大利法律秩序"得符合一般承认的国际法规则"。这项规定被解释为习惯国际法优先于与其冲突的一般国内立法。[228] 《葡萄牙宪法》第 8 条第(1)款规定,一般或习惯国际法规则和原则是葡萄牙法律的组成部分。[229] 然而,根据 1997 年《波兰宪法》第 87 条的规定,批准了的国际条约与制定法一样是一种

---

[224] 参见: the Unification Treaty Constitutionality case, 94 ILR, pp. 2, 54. 另参见: the East Treaties Constitutionality case, 73 ILR, p. 691 and the Görgülü case (Individual Constitutional Complaint), BVerfG, 2 BvR 1481/04 of 14 October 2004, 111 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), 307--32, [2004] Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 3407—12.

[225] 参见,例如:E. A. Alkema, "Fundamental Human Rights and the Legal Order of the Netherlands" in *International Law in the Netherlands* (eds. H. Van Panhuys et al.), Dordrecht, 1980, vol. ,III, p. 109; Peaslee, *Constitutions*, vol. III, p. 652; *Oppenheim's International Law*, p. 69 and H. Schermers, The *Effect of Treaties in Domestic Law* (eds. F. Jacobs and S. Roberts), Leiden, 1987, p. 109. 另参见。例如:*Nordstern Allgemeine Versicherungs AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien* 74 ILR, p. 2 and *Public Prosecutor v. JO* 74 ILR, p. 130. Note also J. Klabbers, "The New Dutch Law on the Approval of Treaties", 44 ICLQ, 1995, p. 629.

[226] 参见,例如:H. F. van Panhuys, "The Netherlands Constitution and International Law: A Decade of Experience", 58 AJIL, 1964, pp. 88—108. 另参见:Handelskwekerij GJ Bier BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA, 11 Netherlands YIL, 1980, p. 326.

[227] 参见 *Reinier van Arkel Foundation and Others* v. *Minister for Transport, Public Works and Water Management*, Case Nr 200401178/1; LJN: AR2181; *AB* 2005/12.

[228] Cassese, *International Law*, p. 173. 另参见: the decision of the Italian Court of Cassation in Canada v. Cargnello 114 ILR, p. 559, 类似观点参见:Latvia, *Judgment of theConstitutionalCourt of theRepublic of Latvia on aRequest forConstitutional Review*, No. 2004-01-06 of 7 July 2004, *Latvian Herald*, 9 July 2004, No. 108, 3056.

[229] 参见,例如: the decision of the Supreme Court of Portugal in the *Brazilian Embassy Employee* case, May 1984, 116 ILR, p. 625.

法律渊源。[230] 比利时最高法院的观点是，直接有效的条约规定优先于宪法[231]，也优先于与其冲突的立法法案。[232]

1958 年《法国宪法》宣布，适当批准并公布的条约将作为法律在国内体系中适用。[233] 但该宪法规定，虽然原则上共和国总统缔结并批准条约，但关于承担某种形式的财政义务、关于国际组织、关于改变国内立法以及影响个人地位的重要条约，需要通过议会的法案才能批准。一旦相关立法通过，协议就被公布，并对法院有约束力。《宪法》第 174
55 条规定，适当批准或同意的条约或协议将在公布后优于国内法，仅以条约的其他缔约国适用条约或协议为条件。[234] 现在还承认，法国法院可以宣布不适用一项与已批准的条约发生冲突的制定法。[235] 但是，最高法院曾经指出，国际协议在国内秩序中的优先性不得对抗宪法的规定。[236]

---

[230] 参见 *Resolution of the Supreme Court of 19 February 2003*, I KZP 47/02.

[231] *B. M.*, Cass. 16 November 2004, nr P.04.0644.N, *Pas.* 2004, I, 1795, *RCJB* 2007, 36, *RW* 2005—06, 387, *CDPK* 2005, 610, *RABG* 2005, 504, *T. Strafr.* 2005, 285. See also *Gruyez and Rolland* v. *Municipality of Sint-Genesius-Rode*, Court of Appeal of Brussels, 28 January 2003, AR nr 2002/KR/412.

[232] *Franco-Suisse Le Ski* (*Hof van Cassatie/Cour de Cassation*), 21May 1971, *Pas.* 1971, I, 886.

[233] 参见：Title VI of the Constitution. 另参见：e.g. Nguyen Quoc Dinh et al., Droit International Public, pp. 231 及其以下；Title VI of the Constitution. See also e.g. Nguyen QuocDinh *et al.*, *Droit International Public*, pp. 231 及其以下；P. M. Dupuy, *Droit International Public*, 8th edn, Paris, 2006, pp. 422 及其以下；D. Alland, "Jamais, Parfois, Toujours. Réflexions sur la Compétence de la Cour de Cassation en Matière d'Interprétation des Conventions Internationales", *Revue Générale de Droit International Public*, 1996, p. 599; V. Kronenberger, "A New Approach to the Interpretation of the French Constitution in Respect to International Conventions: From Hierarchy of Norms to Conflict of Competence", NILR, 2000, p. 323.

[234] 参见，例如：O'Connell, International Law, pp. 65—8; Rousseau, *Droit International Public*, and Peaslee, *Constitutions*, vol. III, p. 312. 另参见：*SA Rothmans International France and SA Philip Morris France* 93 ILR, p. 308.

[235] 参见：the *Cafés Jacques Vabre* case, 16 Common Market Law Review, 1975, p. 336 and In re Nicolo 84 AJIL, 1990, p. 765; 93 ILR, p. 286. 根据《宪法》第 54 条，宪法委员会可以宣布条约与宪法冲突，以便在批准或赞同该条约之前必须先修改《宪法》。参见，例如：*Re Treaty on European Union* 93 ILR, p. 337. 另参见：*Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, AFDI, 1993, p. 963 and AFDI, 1994, pp. 963 及其以下。

[236] 参见：*Pauline Fraisse*, 2 June 2000, *Bulletin de l'Assemblée Pléniére*, No. 4, p. 7 and *Levacher*, RFDA, 2000, p. 79. 关于习惯法的立场是不清楚的：参见，例如：*Aquarone*, RGDIP, 1997—4, pp. 1053—4; *Barbie*, Cass. Crim., 6 October 1983, Bull., p. 610 and *Kadahfi*, RGDIP, 2001—2, pp. 474—6.

1993 年，南非通过了新的（临时）宪法。[237] 虽然 1910 年、1960 年和 1983 年的宪法在国际法问题上没有作出规定，但 1993 年宪法包含几个相关规定。第 231 条第 4 款规定，“除非与宪法或议会法案不符，对共和国有约束力的习惯国际法规则构成共和国法律的一部分”。这项规定基本肯定了普通法的立场，但同时也暗示遵守先例原则对习惯国际法是不适用的。关于条约，过去需要议会法案来纳入国际协议的立场有所改变。尽管谈判和签署条约是总统的职能（第 82 条第 1 款第 1 项），但是批准则是议会的职能（第
175 231 条第 2 款）。[238] 第 231 条第 3 款规定，“这种国际协议对共和国有拘束力，并形成共和国法律的一部分，条件是议会有此明确规定，并且该协议与该宪法不发生冲突”。因此，南非从英国体系转变为与大陆法传统类似的立场。还应指出，该《临时宪法》明确规定，国防部队“不能违反对共和国有拘束力的关于侵略的习惯国际法”。在武装冲突中，“国防部队将履行其依据习惯国际法和对共和国有拘束力的国际条约承担的义务”（第 227 条第 2 款）。[239]

制宪会议对这些规定予以考虑和提炼，并于 1996 年 5 月 8 日通过了新宪法。[240] 该宪法第 231 条第 1 款规定，所有协议的谈判和签署是国家行政机构的责任，但是，只有在国民大会和各省全国理事会通过决议批准后才能拘束共和国。[241] 任何国际协议在通过国家立法在法律中作出规定后即成为国内法。但是，除非与宪法或议会法案相冲突，议会批准的协议中可自动执行的规定即为共和国的法律。[242] 第 232 条规定，除非与宪法或议会法令相冲突，习惯国际法是共和国的法律。第 233 条规定，在解释立法时，所有法院必须选择任何符合国际法的合理的立法解释，而不是与国际法冲突的解释。还必须特
176 别指出，宪法第 200 条第 2 款规定，国防部队的首要目标是“根据宪法和关于使用武力的

---

[237] 参见：33 ILM，1994，p. 1043. 该临时宪法于 1994 年 4 月 27 日生效，并且计划在五年内有效，直到由国民大会和议会参议院组成的制宪大会通过的宪法取代：参见下面。参见：J. Dugard，*International Law: A South African Perspective*，2nd edn，Kenwyn，2000，and Hovell and Williams，“A Tale of Two Systems”，pp. 113 及其以下。

[238] 参见：Dugard，*International Law*. 注意：这就意味着在该宪法生效前缔结的条约不是国内法的一部分，除非通过立法被纳入，然而在该宪法之后缔结的条约是国内法的一部分。

[239] 注意：《纳米比亚宪法》第 144 条规定，“除非本宪法或议会法案另有规定，国际公法的一般规则和根据本宪法对纳米比亚有拘束力的国际协议是纳米比亚法律的一部分”：参见 B. Erasmus，“The Namibian Constitution and the Application of International Law” 15 *South African Yearbook of International Law*，1989—90，p. 81.

[240] 参见：36 ILM，1997，p. 744.

[241] Section 231(2). 除非这种协议是“技术性的或行政性质的”，或者是不需要批准或接受的，在这种情况下，需要在合理期间内在大会和委员会备案：section 231(3).

[242] Section 231 (4).

国际法原则”[243]防卫和保护共和国、共和国的领土完整及共和国的人民。

俄罗斯联邦1993年通过了新宪法。[244] 根据第86条，总统谈判并签署条约，并且签署批准书。根据第106条，联邦委员会（即联邦议会上议院）必须考虑国家杜马（即下议院）通过的涉及批准和废除国际协议的法律。宪法法院可以审查尚未生效的条约是否符合宪法（第125条第2款），与宪法冲突的条约无效（第125条第6款）。新《宪法》第15条第4款规定，“一般承认的国际法原则和规范以及俄罗斯联邦缔结的国际条约构成俄罗斯法律体系的一部分。如果俄罗斯联邦缔结的国际条约制定了法律之外的规则，则适用国际条约的规则”。因此，条约法和习惯法都被纳入到俄罗斯法律中，条约规则比国内法享有更高的地位。[245] 宪法法院的观点是，习惯国际法和俄罗斯批准的条约是纳入到俄罗斯法律中的规范。[246]

177

根据1946年《日本宪法》[247]第73条第3款的规定，经过国会事先或事后通过，内阁有权缔结条约，但是行政协议可以不经国会通过而缔结，一般通过简单的换文而缔结。

---

[243] 注意，奥里根法官 *Kaunda* v. *President of the Republic of South Africa* 案中指出，“经历了几十年的孤立后，我国宪法承认并主张南非现在是国际社会的一个成员，是国际法上的义务和责任的承担者”，CCT 23/04，[2004] ZACC 5，para. 222.

[244] 参见：G. M. Danilenko，“The New Russian Constitution and International Law”，88 AJIL，1994，p. 451 and Danilenko，“Implementation of International Law in CIS States：Theory and Practice”，10 EJIL，1999，p. 51，and V. S. Vereshchetin，“New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law”，7 EJIL，1996，p. 29，and S. Y. Marochkin，“International Law in the Courts of the Russian Federation：Practice of Application”，6 Chinese JIL，2007，p. 329. 关于苏联的实践，参见：K. Grzybowski，*Soviet Public International Law*，Leiden，1970，pp. 30—2.

[245] 另参见：article 5 of the Russian Federal Law on International Treaties adopted on 16 June 1995，34 ILM，1995，p. 1370. 该条重申宪法第15(4)条并规定，“不需要各加盟国家颁布进行适用的公开颁布的俄罗斯联邦缔结的国际条约的规定，应直接在俄罗斯联邦内直接生效。为了使俄罗斯联邦缔结的其他国际条约生效需要通过相关的法”案。进一步参见 W. E. Butler，The Law of Treaties in Russia and the Commonwealth of Independent States，Cambridge，2002，他指出，第15(4)条带来的变化“是20世纪俄罗斯法律发展的最重大的变化之一”，at p. 36.

[246] Butler，*Law of Treaties in Russia*，p. 37. 另一般参见：*Constitutional Reform and International Law in Central and Eastern Europe*（eds. R. Müllerson，M. Fitzmaurice and M. Andenas），The Hague，1998；T. Schweisfurth and R. Alleweldt，“The Position of International Law in the Domestic Legal Orders of Central and Eastern European Countries”，40 German YIL，1997，p. 164；I. Ziemele，“The Application of International Law in the Baltic States”，40 German YIL，1997，p. 243，and W. Czaplinski，“International Law and Polish Municipal Law”，53 ZaöRV，1993，p. 871.

[247] 一般性参见：S. Oda，*The Practice of Japan in International Law 1961—1970*，Leiden，1982，and Y. Iwasawa，“The Relationship Between International Law and National Law：Japanese Experiences”，64 BYIL，1993，p. 333. 另参见：H. Oda，*Japanese Law*，2nd edn，Oxford，1999，and Y. Iwasawa，*International Law，Human Rights，and Japanese Law—The Impact of International Law on Japanese Law*，Oxford，1998.

协议一经国会通过并经内阁批准,就会以天皇的名义在官方公告上予以公布(第7条)。第98条第2款规定,"日本缔结之条约以及公认的国际法得忠实遵守"。这项规定被视为将国际法、相关条约和习惯法,纳入到日本的法律体系。[248] 给自动调整和非自动调整的条约[249]下一个相对确定的定义,日本在这方面也曾遇到某种困难。[250]

通过对普通法系和大陆法系传统的各种国家所采取的态度进行研究,得出下述一些结论。其中第一个结论是,严格遵守一元论或二元论都是不够的。多数国家都同意习惯法规则在其领土范围内适用,但不能与现行法律冲突。一些国家允许国际法优先于其国内法规定。人们可将其视为扩展国际法原则和维护国际法的一种重要因素,无论是否认为通过具有宪法性质的制定法还是通过判例法的特别规定允许这样做,在这样做时,该重要因素说明了国内法的至上性。

关于条约的情况更加复杂,因为不同国家持不同的态度。在一些国家里,某些条约可以自己在国内适用(自执行),其他条约必须经过国内立法程序。还有一些国家,几乎
178 所有协议都需要经过立法,例如比利时。[251] 条约是否优先于国内法作为一项一般原则绝对是尚未确定的问题。一些国家允许条约优先于所有国内法,包括先于或后于条约制定的法律。另一些国家,例如挪威,采取相反的立场。在有成文宪法的国家里,还有一个更加复杂的因素,必须维持某种将普通国内法、宪法的规定和国际法合并在一起的合理稳定的等级。如果是联邦制国家更是如此。究竟如何安排优先次序,取决于各个国家喜欢怎样做。[252]

当然,这些不同态度可能引起混乱。但是在当前的发展阶段,国际法的执行和活动空间不可避免地会与国内法理论和实践纠缠在一起。确实,正是因为国际法上没有适当的执行机构来执行国际法,人们才必须不能将国际法与国内法的关系仅仅视为不重要的边缘问题。这是因为,国内法院适用国际法规则的程度可以决定国际立法和国际司法决策的效力。

但是,就此宣布国际法律规则在任何时候都优先于相关国内立法,这在大多数情况

---

[248] Iwasawa, "Relationship", p. 345.

[249] 同上,第349页及其以下。

[250] 关于中国,一般参见, T. Wang, "International Law in China", 221 HR, 1990, p. 195.

[251] 见该宪法第68条,该条主要涉及商务条约和对国家或个人创设义务的条约。

[252] 一般性参见:Drzemczewski, *Domestic Law*, and Peaslee, *Constitutions*, vol. III, pp. 76 and 689. 关于菲律宾,另参见最高法院(全体)在下面案件中的裁决: The *Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.* 102 ILR, p. 163, 以及关于波兰,参见: W. Czaplinski, "International Law and Polish Municipal Law-A Case Study", 8 *Hague Yearbook of International Law*, 1995, p. 31.

下都是不正确的,是不正视现实的理想想法。国家警惕地保护着特权,几乎没有什么比不受外来控制进行立法的能力更有意义;当然还含有民主的意味。尽管由此产生的在国家内部国内法制度优先于国际法并非独有的现象,但是它的确是作为一项不可否认的一般原则而存在着。

这里可以适当地简单提及欧洲联盟的影响。[253] 欧洲法院认为,欧共体法优先于一般国内法[254],并且确实还优先于国内具有宪法性质的法律。[255] 除创设欧共体的条约[256] 179
外,还有许多由欧共体机构发布适用于成员国的次级立法。这种立法的形式是法规、决定或指令。其中前两者无需使其生效的立法便可以在各相关国家直接适用和执行。虽然英国已经通过了这种行为的立法,例如 1972 年的《欧共体法》[257] 第 2 条第 1 款允许这种间接立法的形式,并将其纳入到国内法,但事实上,成员国已经接受了领土外的法律渊源在某些情况下对它们具有拘束力。因此,结果是,直接有效的共同体法优先于与其冲突的英国立法。在"法克特坦姆诉运输大臣"案(*Factortame Ltd* v. *Secretary of State for Transport*)[258] 中,上议院肯定了这一点,并进一步指出,英国加入欧共体以及 1972 年的《欧共体法》的结果之一是可以发布临时禁令,其后果是可以以相关立法违反共同体法为理由停止实施一项制定法。这是用英国法律体系和过去接受的法律原则对加入共同体带来的主要影响所作的一种解释。但是,不能错误地将这种特殊的关系概括为与整个国际法领域的一般关系。

---

[253] 参见,例如:S. Weatherill and P. Beaumont, *EC Law*, 3rd edn, London, 1999; L. Collins, *European Community Law in the United Kingdom*, 4th edn, London, 1990, and H. Kovar, "The Relationship between Community Law and National Law" in *Thirty Years of Community Law* (Commission of the European Communities), 1981, p. 109. 另参见上面第 156 页。

[254] 参见: Costa v. ENEL, Case 6/64 [1964] ECR 585; 93 ILR, p. 23.

[255] 参见: *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle fiir Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.

[256] Including the treaties of Maastricht (1992) Amsterdam (1997) and Nice (2001) and Lisbon (2007, 尚未生效).

[257] 另参见: section 2(4).

[258] 参见: [1990] 2 AC 85, 140 (per Lord Bridge), 93 ILR, p. 652. 另参见: *Ex parte Factortame* (*No. 2*) [1991] 1 AC 603; 93 ILR, p. 731; *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, European Court of Justice case C-213/89, 93 ILR, p. 669 and Case C-221/89, 93 ILR, p. 731.

可裁判性、国家行为与相关学说

如果一个问题可以通过法律进行审判，那么基本上就是可诉的。[259] 由此可以断定，在政府行政部门权力范围内的事项在法院是不可诉的。因此，检验一个问题是否可诉，
180 需要阐明一个行政和司法范围合并和重叠的灰色地带。近年来不受司法监督的排他权力领域有所减少，一些重要案例试图重划界限。可裁判性概念包含国家行为说，后者一般涉及行政部门和其他国家交往[260]的行为。但是，在国际法与国内法院的情形中，国家行为说特别是指，任何国家不得对他国行使管辖权。[261] 这是以国家主权和平等原则为基础的。[262] 不可裁判性是一种证据上的障碍，因为某问题是不能提出或证明的。这与主权豁免完全不同，主权豁免规定，由于相关实体或个人的地位，法院不能就相关事项行使其享有的管辖权，不过，相关国家可自由决定放弃豁免从而消除这一管辖上的障碍。[263] 不可裁判性一般涉及看上去是属于国家间的关系或情事，而豁免问题则总是产生于国家与私人当事方之间的关系，一般与国家之间的活动无关。[264]

不可裁判性的概念有一些赖以建立的支柱：即行政机构在外交政策和国防领域的特权[265]，这主要是表现权力分立的民主政府体系的法治原则[266]；以及尊重外国的主权和
181 独立。[267] 因此，国内和外国行政行为均涵盖其中。在前一种情况下[268]，法院会拒绝或

---

〔259〕 参见：*Mann*, *Foreign Affairs*, chapter 4. 另参见：L. Collins, "Foreign Relations and the Judiciary", 51 ICLQ, 2002, p. 485.

〔260〕 参见，例如：Wade and Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, pp. 299—303; J. B. Moore, *Acts of State in English Law*, New York, 1906; Mann, *Foreign Affairs*, chapter 9; Singer, "The Act of State Doctrine of the UK", 75 AJIL, 1981, p. 283; M. Akehurst, "Jurisdiction in International Law", 46 BYIL, 1972—3, pp. 145, 240, and M. Zander, "The Act of State Doctrine", 53 AJIL, 1959, p. 826.

〔261〕 参见：Lord Pearson, *Nissan v. Attorney-General* [1970] AC 179, 239; 44 ILR, pp. 359, 390.

〔262〕 参见：*Oppenheim's International Law*, p. 365.

〔263〕 关于主权或国家和外交豁免，参见后面第 13 章。

〔264〕 参见，例如 *Amalgamated Metal Trading* v. *Department of Trade and Industry*, *The Times*, 21 March 1989, p. 40.

〔265〕 在英国，这是传统上由王室特权包含的领域，见上文，第 149 页。

〔266〕 参见，例如 Lord Hoffmann in R v. Lyons [2002] UKHL 44, para. 40; 131 ILR, p. 555; Lord Millett in *R* v. *Lyons*, para. 105; 131 ILR, p. 575, and Richards J in the *CND* case [2002] EWHC 2777 (Admin), para. 60.

〔267〕 参见 *Underhill* v. *Hernandez* 168 US 250, 252.

〔268〕 参见：Nissan v. Attorney-General [1970] AC 179 and *Buron v. Denman* (1848) 145 ER 450. 另参见：S. de Smith and R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6th edn, London, 1989, pp. 145—51 and Mann, *Foreign Affairs*, chapter 10.

者至少会极不情愿对诸如宣战与媾和、缔结国际公约或割让领土等外国行使主权权力的行为作出裁判。[269] 这包括英国国内领土的界定[270]以及外交事务行为。[271] 霍夫曼勋爵在"国王诉琼斯案"中认为,"宣战和媾和以及处置武装力量一直被认为是王室自由行使的权力,法院不能要求行使"。[272] 至于后者,威尔伯福斯勋爵在"巴茨气油公司诉汉纳(第3号)"案(*Buttes Gas and Oil Co.* v. *Hanner* (*No. 3*))[273]中宣布, 182

> 英国法律中有一项一般原则,即法院对于外国主权国家的事务不作判决……似乎有意将此原则视为一种司法限制或弃权,而不是一种"国家行为"。[274]

---

[269] 另参见:并非仅仅因为那些是王室特权的一部分,而是因为这些权利不能自由行使,参见: *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] 3 All ER 935, 956 and Lord Hoffmann in *R* v. *Jones* [2006] UKHL 16, para. 65; 132 ILR, pp. 695—6. See also Lord Reid in *Chandler* v. *DPP* [1964] AC 763, 791; Simon Brown LJ, *R* v. *Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] QB 517, 539; Laws LJ, *Marchiori* v. *The Environment Agency* [2002] EWCA Civ 3, paras. 38 and 40; 127 ILR, pp. 642 and 643; *CND* v. *Prime Minister* [2002] EWHC 2759 at paras. 15 (Simon Brown LJ), 50 (Maurice Kay J) and 59 (Richards J); 126 ILR, pp. 735, 750 and 753; and *R* (*on the application of Abbasi*) v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598, para. 106(iii); 126 ILR, p. 725.

[270] 参见 *The Fagernes* [1927] p. 311, 324 (per Atkin LJ). 另参见: *Christian* v. *The Queen* [2006] UKPC 47, paras. 9—10 (LordHoffmann) and 33 (LordWoolf); 130 ILR, pp. 699—700, 707.

[271] 参见,例如 *R* (*Al-Rawi*) v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2006] EWCA Civ 1279, paras. 131 ff. (Laws LJ), and cases cited in footnote 266 above.

[272] [2006] UKHL 16, para. 65; 132 ILR, p. 696. 他的结论是,"决定(对伊拉克)宣战,无论人们认为是对还是错,完全属于为保卫国家进行外交的自由行使的权力……宣战权力的自由裁量性质或不可裁判性,在我看来是为什么侵略在国内法上不是罪行的简单原因", paras. 66 and 67, 同上, and see also Lord-Mance, para. 103; 同上, pp. 705—6. 宾汉姆勋爵比较谨慎地指出"业已建立的规则是,法院在审查与外交行为和使用三军相关的特权权力时速度非常慢", para. 30, 同上, p. 684. 琼斯方法在 *R* (*Gentle*) v. *PrimeMinister* 案中被上诉法院所运用。[2006] EWCA Civ 1689, para. 33 (Clarke MR); 132 ILR, p. 737, 法院在该案中提出了两个理由认为英国派军队到伊拉克是否合法的问题是不可裁判的问题:第一,因为这个问题需要考虑至少两个国际文件(安全理事会第678和第1441号决议);第二,因为这个问题需要详细考虑外交和国防领域中的政策抉择,而这"完全属于政府行政机构的责任"。在上议院,[2008] UKHL 20,法官们主要集中讨论《欧洲人权公约》第2条的含义,但是宾汉姆勋爵提到"法院 在裁决被称为高级政策——和平与战争、缔结条约、外交行为——时传统上所作出限制", 同上, para. 2, 然而霍普勋爵指出"国际法在这一领域(国家使用武力)的合法性问题属于国家之间关系领域……(并且)……是政治裁判问题……不是在这里可以审查的国内法问题", 同上, para. 24 (并参见 para. 26). 另见 Lady Hale, 同上, para. 58.

[273] [1982] AC 888; 64 ILR, p. 331.

[274] [1982] AC 888, 931; 64 ILR, p. 344. 另参见: Duke of Brunswick v. King of Hanover (1848) 1 HLC 1. 参见: Fatima, *Using International Law*, pp. 385 ff. Note also *R* v. *Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), paras. 74 and 160.

这并非随意确立的原则，而是司法程序的性质所固有的。虽然该案例涉及诽谤与共谋，但是上议院认为，如果对该问题作出判决就会使法院卷入对四个主权国家事务的审查，并不得不查明哪些事务违反了国际法。这不仅可能使行政部门在处理与外国的关系上陷入窘境，而且根本没有对这类问题作出判决的司法标准或解决方法。[275] 例如，曾有人认为，一个可能产生严重国际反响、并且更适合在外交领域解决的问题，由法院作出司法审查是不恰当的。[276] 虽然上诉法院认为，在英国为商业目的持有和处置外国银行钞票不能作为主权行为对待，并不能使该行为置于“巴茨”案不可裁判性说的保护之下，但是此种行为只能是具有主权性质的行为，而不能是商业性质的并且这种行为是在外国领土范围内作出的行为。[277] 当然，立法可以规定某行为是否属于可裁判的问题。[278] 然

183 而，1978 年英国《国家豁免法》废除了商业交易的主权豁免。[279] 上诉法院在“麦克莱恩·沃森诉国际锡理事会”案（*Maclaine Watson* v. *International Tin Council*）[280] 提出的问题中有一个是关于在这种情况下不可裁判性说是否仍可使用的问题。法院强调，豁免和不可裁判性这两个概念必须区别开，法院表达了对下述问题的关注，即“巴茨”案中的不可裁判性原则可用来防止对国家的商业事务提起诉讼，而这是违反《国家豁免法》的。[281]

在“麦克莱恩·沃森诉贸易和工业部”案中，上诉法院[282] 和上议院[283] 均在下述情形下讨论了可裁判性问题：一些国家通过一个没有纳入到英国法律中的条约创设了已破产的国际锡理事会。上诉法院法官科尔（Kerr LJ）强调说，在这种情形下，不可裁判性说赖以建立的基础是下述原则：即未经纳入的条约不构成英国法律的一部分；这样的协议不是法院可以执行的合同。[284] 但是，这并不妨碍在必要或便利时参考未经纳入的条约，以便（例如）评价国际锡理事会的法律性质。[285] 奥利弗勋爵在上议院判决中再次确认了不

---

[275] [1982] AC 888, 938; 64 ILR, p. 351.

[276] 参见，例如：R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Pirbhai, 107 ILR, p. 462. 但是参见：the Abbasi case，下文，第 188 页。

[277] A Ltd v. B Bank 111 ILR, pp. 590, 594—6.

[278] 因此，例如，与战争罪相关的问题依据 2001 年国际刑事法院法案就是可裁判的：参见 *R* v. *Jones* [2006] UKHL 16, paras. 4 and 28; 132 ILR, pp. 672 and 683.

[279] 参见：Empresa Exportadora de Azucar v. IndustriaAzucarera Nacional SA [1983] 2 LL. R 171, 194—5; 64 ILR, p. 368. 参见下文，第 13 章。

[280] [1988] 3 WLR 1169; 80 ILR, p. 191.

[281] [1988] 3 WLR 1169, 1188 per Kerr LJ; 80 ILR, p. 209.

[282] [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, p. 49.

[283] [1989] 3 All ER 523; 81 ILR, p. 671.

[284] [1988] 3 WLR 1033, 1075; 80 ILR, pp. 49, 86.

[285] [1988] 3 WLR 1033, 1075—6. 另参见：Nourse LJ, 同上, p. 1130; 80 ILR, p. 148.

可裁判性原则的本质，他指出：

> 不言自明，对于通过主权国家之间在国际法上签订的协议而产生的权利，法院没有、也不可能有权进行判决或执行。[286]

但是，这并不意味着法院无论何时都不能查阅或解释条约。条约可以作为发生特定问题的事实背景被审查。[287] 他指出，一些国家建立该理事会是主权行为，只有在国际层面上才可以对该理事会成员国之间以及理事会本身的权利和义务作出判决。[288] 换言之，该案看来涉及的不仅是“巴茨”案中的不可裁判性的国家行为，而且涉及未纳入的条约的不可裁判性问题。[289] 184

上诉法院霍夫曼法官（Hoffman LJ）在“利特雷尔诉美利坚合众国（第二）”案（*Littrell v. USA (No. 2)*）[290] 中指出，在涉及部队地位协议（规定在英国部署北约组织部队）的情况下，法院可以查看协议，以便保证外国部队是被邀请的，因为缔结条约是一个与其他事实一样的事实。[291] 但是，这并不意味着法院可以执行一个尚未纳入的条约规定。另外，外国主权国家是否违反条约也不是法院能够决定的。[292] 基本立场是，“一般说来，英国法院不对仅在国际法上加以适用的国际文件的真正含义和效力作出判决”。[293] 英国法

---

[286] [1989] 3 All ER 523, 544; 81 ILR, pp. 671, 700. 另见 *R* v. *Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), para. 107.

[287] [1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, p. 701.

[288] [1989] 3 All ER 523, 559; 81 ILR, p. 722. 另参见：Ralph Gibson LJ in the Court of Appeal judgment, [1988] 3 WLR 1033, 1143—4; 80 ILR, pp. 49, 163.

[289] 但参见：*Re McKerr*，在该案中斯泰恩勋爵指出，面对该判决的狭隘性，考虑到“人权条约具有特殊地位的观点得到越来越多的支持”，将来有必要对法律的这个领域进行批判性的重新审议[2004] UKHL 12, paras. 51—2.

[290] [1995] 1 WLR 82, 93.

[291] 同样，在下面这个案件中，科尔曼法官（Colman J）认为，参考建立国际组织的条约规定和该组织基本约章的规定，以便确定调整该组织的法律及其确切性质，没有超越可裁判性与不可裁判性之间的界限：*Westland Helicopters Ltd v. Arab Organisation for Industrialisation* [1995] 2 WLR 126, 149.

[292] 参见：*British Airways Board v. Laker Airways Ltd* [1985] AC 58, 85—6; Ex parte Molyneaux [1986] 1WLR 331; 87 ILR, p. 329 and *Westland Helicopters Ltd v. Arab Organisation for Industrialisation* [1995] 2 WLR 126, 136. 另参见：*Minister for Arts Heritage and Environment v. Peko-Wallsend Ltd* (1987) 75 ALR 218, 250—4; 90 ILR, pp. 32, 51—5，澳大利亚联邦法院认为，涉及澳大利亚国际关系的执行条约的内阁决定不是可裁判性的问题，and *Arab Republic of Syria v. Arab Republic of Egypt* 91 ILR, pp. 288, 305—6，巴西最高法院认为，即使财产在其管辖范围内，第三国的法院也不能对基本上属于两各国家之间的国家继承问题行使管辖权。

[293] CND v. Prime Minister of the UK and Others [2002] EWHC 2777 (Admin), paras. 23, 36 and 47. 另参见：R v. Lyons [2002] 3 WLR 1562; 131 ILR, p. 538.

院甚至可能拒绝一个“国际关系领域中可能危害公共利益、国家安全或国防”的问题。[294] 宾汉姆勋爵在“国王诉琼斯”案中指出,法院在“裁判国际法上由主权国家之间进行的交
185 易中产生的权利时,其速度会是非常缓慢的”。[295] 但是,该规定不是绝对的。[296] 具体情况下,法院愿意查看未经纳入条约所作的规定:第一,如上所述,为了确定特定事实,例如某条约是否存在、条约的规定、条约的缔约方,或者被纳入某合同或在国内立法中提及的相关条约对于特定判决是否必要;第二,为了确定国内法上的私人权利和义务,国内法院不得不对某特定国际条约的解释作出裁判。[297] 产生后一种问题的情况是,例如,在与引渡和庇护相关的案例中必须查看 1951 年在日内瓦通过的《关于难民地位的公约》,因为英国在 1996 年制定了关于庇护与移民的国内立法。[298] 上诉法院在“厄瓜多尔共和国诉西方勘探和生产有限公司案”(*Republic of Ecuador* v. *Occidental Exploration and Production Co.*)中虽然肯定了该原则,但强调背景总是非常重要的,因为缔约方有意创设有利于私人投资者的权利,该私人投资者有能力依据条约针对条约的任何一个签字国在国内程序中付诸双方同意的仲裁,该条约属于这种例外情况,因此是可裁判的。[299] 在“CND 案”和“西方勘探和生产有限公司案”中规定的不可裁判性的例外在“关于 AY 银行案”(*In the Matter of AY Bank Ltd*)中得到确认。[300] 法院在该案中认为,当南斯拉夫社会主义联邦共和国及其国家银行解体并因此产生的在继承国之间分摊问题时,在国内法上产生了
186 在英国合资银行(涉及南斯拉夫国家银行)清算的证明权利。因此,继承国签订的正式

---

[294] *CND v. Prime Minister of the UK*, para. 47, 正面引用了爱尔兰高等法院在下面这个案件中的裁决:*Horgan v. An Taoiseach*, 2003 年 4 月 28 日判决。该法院强调,“当法院被要求行使与行政当局一般国际关系行为相关的管辖权时,法院扮演的角色是严格审慎的”,132 ILR, pp. 407, 440.

[295] [2006] UKHL 16, para. 30; 132 ILR, p. 684. 另参见: *R* (*IslamicHuman Rights Commission*) v. *CAA* [2006] EWHC2465; 132 ILR, p. 707, and*R*(*Gentle*) v. *PrimeMinister* [2008] UKHL 20, above, p. 181, note 272.

[296] 参见:奥利弗勋爵在 *JH Rayner* (*Mincing Lane*) *Ltd* v. *Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 500 案. 斯泰恩勋爵在(*Kuwait Airways Corporation* v. *Iraqi Airways Co.* (*Nos. 4 and 5*) [2002] 2 AC 883, 1101)案中考虑到:该原则不是“一项绝对的规则”。另参见 Fatima, *Using International Law*, pp. 273 及其以下。

[297] 参见,例如 *CND* v. *Prime Minister* [2002] EWHC 2777 (Admin), paras. 35—6 (Simon Brown LJ) and 61 (iii) (Richards J).

[298] 参见,例如 *Ex parte Adan* [2000] UKHL 67.

[299] [2005] EWCA Cic 1116, paras. 31 and 37. 上诉法院曼切法官继续说,“英国法院将这种权利视为可裁判的,对我们来说是在不同情景下形成的现存学说的延伸而不是这些学说的适用。同上,另参见 paras. 39—42. 曼切得出的结论有些令人摸不着头脑:不可裁判性说不能通过同意而被消除,同上, para. 57.

[300] [2006] EWHC 830 (Ch), paras. 51 ff. 另见 *R* v. *Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), paras. 118—20.

分摊前南斯拉夫财产和债务的《继承问题协定》的存在并不能使该问题成为不可裁判的问题。

不可裁判性原则包括但却超出国家行为概念[301]，该原则必定存在于以主权和形式上平等的国家为基础的国际体系中。[302] 如上所述，毫无疑问，不可裁判性说的外延是有争议的。法院可能认为，外国政府的合宪性问题是不可裁判性问题[303]，作为一般规则，不要求调查以主权者身份作出的国家行为的有效性，例如外国法律的合宪性。[304] 后一种可能是有例外的。上议院在“科威特航空公司诉伊拉克航空公司”案（*Kuwait Airways Corporation* v. *Iraqi Airways Company*）[305] 中讨论了这个问题。尼科尔斯勋爵（Lord Nicholls）指出，在适当情况下，英国法院可以合理地考虑国际法的内容，以决定是否承认某外国法律，不可裁判性原则并不一定意味着“在违反是明白无误的和被承认的情况下”[306]，司法机关必须无视一国针对另一国作出的违反国际法的行为。威尔伯福斯勋爵在“巴茨气油”案中所讨论的困难，即在处理两个主权国家之间的主权争端方面缺乏司法标准或可供使用的标准，不适用于这种情况。[307] 对某外国法律规定的接受必须由当代标准来判断，法院必须适用明确公认的国际法规则。[308] 如果某外国的立法是在对国 187
际法的根本违反（例如 1990 年伊拉克侵略科威特并掠夺其财产）的情况下通过的，法院执行或承认这种法律将“明显地与英国法上的公共政策冲突”。此外，他还强调，国际法承认国内法院可以拒绝承认外国违反国际法的立法或其他行为的效力。[309] 斯泰恩勋爵指出，将承认外国法律的公共政策例外情况从违反人权扩展到“对国际法的公然违反”

---

[301] 近来，在狭义国家行为理论与广义不可裁判性原则之间作出区分。前者涉及对外国在其领土内的行为的承认；后者涉及外国的“某种主权行为”：参见：曼斯法官在 *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* 案 116 ILR, pp. 534, 568, 他的观点基于 Lord Wilberforce in *Buttes Gas and Oil v. Hammer* [1982] AC 888, 930—2; 64 ILR, p. 331. 在 *Ex Parte Pinochet* (*No. 1*) 中，曼斯法官的分析得到 Lord Lloyd 的证明，[2000] 1 AC 61, 102; 119 ILR, pp. 51, 91.

[302] 例如，参见：1998 年 4 月 9 日比利时最高行政法院在“T 诉比利时”案中决定：宣布外国外交官为不受欢迎的人的过程是不可裁判性的，因为接受国的请求是国家之间的事，并因为不得不将相关人员召回国或停止其职务的是派遣国，比利时最高行政法院对源自外国国家的行为没有管辖权：115 ILR, p. 442.

[303] 参见，例如：Ex parte Turkish Cypriot Association 112 ILR, p. 735.

[304] 参见：Buck v. Attorney-General [1965] 1 Ch. 745; 42 ILR, p. 11.

[305] Decision of 16 May 2002, [2002] UKHL 19; 125 ILR, p. 677.

[306] 同上, para. 26.

[307] 参见上文，第 182 页。

[308] [2002] UKHL 19, para. 28. 另参见：*Blathwayt v. Baron Cawley* [1976] AC 397, 426 and *Oppenheimer v. Cattermole* [1976] AC 249, 278.

[309] [2002] UKHL 19, para. 29. 另参见：Oppenheim's International Law, pp. 371 及其以下。

是正确的。他提到了《联合国宪章》、有拘束力的安理会决议和一般的国际舆论。[310] 霍普勋爵强调,“国家行为规则的例外必须限定在很小的范围”,但是,“在明确公认的国际法律规范被违反是明显毫无争议时”,没有必要以公共政策为由而施加限制。[311] 他的结论是,“外国公然违反明确公认的国际法规则的立法行为不应该被本国法院视为构成该外国所在地法(*lex situs*)的一部分”。[312]

法院还可以不受限制地对外国主权国家违反国际法的行为,特别是在涉及人权[313]的情况下,发表其观点,并可以不受限制地对涉及私人权利的纠纷中由公民作出的代表主权者或主权国家的行为的法律效力进行调查。[314] 很清楚,法院将把由政府决策的与友好国家之间关系问题视为不可裁判性问题,理由是,外交政策是典型的政府权力领域内的,而不是法院的事务。[315] 特别是,许多案例已经作出了下述主张,即行政部门在与
188 外国关系中作出的关于保护英国在外公民的决定是不可诉的。[316]

但是,这种作法是有一定条件的。[317] 特别关涉司法审查的法律[318],涉及与行政相关的该法律的范围和所谓“正当期待”[319],或者正常实践将会继续的合理期待。关于对在外侨民的外交保护,上诉法院指出,“外交大臣必须有全权考虑外交政策的自由,这是不可诉的。但是,这并不意味着整个过程免受监督。公民的正当期待是,他的要求应该

---

[310] [2002] UKHL 19, para. 1 14.

[311] 同上, paras. 138—40.

[312] 同上, para. 148. 另参见: Lord Scott, 同上, para. 192.

[313] 参见,例如: *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598, paras. 57 and 66 (per Lord Phillips MR); 126 ILR, pp. 710 and 713.

[314] 参见,例如: *Dubai Bank v. Galadari*, *The Times*, 14 July 1990.

[315] 参见: *Exparte Everett* [1989] 1 QB 811; 84 ILR, p. 713; *Exparte Ferhut Butt* 116 ILR, pp. 607, 620—1 and *Foday Saybana Sankoh* 119 ILR, pp. 389, 396. 参见上文,第 180 页。

[316] 参见,例如: *Council for Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 3 74, 411 (per Lord Diplock); *Ex parte Pirbhai* 107 ILR, pp. 462,479; *Ex parte Ferhut Butt* 116 ILR, pp. 607, 615 and 622 and *R* (*Suresh and Manickavasagam*) *v. Secretary of State for the Home Department* [2001] EWHC Admin 1028, para. 119; 123 ILR, p. 598.

[317] 参见: Lord Phillips MR in Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2002] EWCA Civ. 1598, paras. 80 及其以下; 126 ILR, p. 718.

[318] 参见,例如 S. A. De Smith, H. Woolf and J. Jowell, *Judicial Review*, 5th edn, London, 1998, pp. 419 及其以下。

[319] 参见 *Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office* v. *The Queen* (*on the application of Bancoult*) [2007] EWCA Civ 498, paras. 72 及其以下。

'得到考虑',并且在考虑时应把所有因素加以平衡"。[320] 例如,上诉法院泰勒法官在"爱弗里特案"(*ex parte Everett*)中提及"每个公民的一般期待"时说,如果他的基本权利在国外受到侵犯,英国政府不会撒手不管让他听天由命。[321] 法院在"阿巴西案"(*Abbasi*)得出的结论是,当外交和联邦部违反其政策、从而甚至拒绝考虑是否在外交上代表其基本权利受到侵犯的臣民时,应当进行司法审查。但是,仅此而已,一切取决于确切的具体情况,不可能作出一般描述。特别应指出的是,不存在保护公民的强制义务,只存在自由裁量权。[322] 在"阿尔—拉维诉外交大臣案"(*Al-Rawi* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*)中,上诉法院否定了关于自由裁量权的行使可以扩及到非国民的任何正当期待。[323]

"阿巴西案"中的方法在"康达诉南非共和国总统案"(*Kaunda* v. *The President of the Republic of South Africa*)中得到南非宪法法院的接受。该法院指出,"关于是否给予,如果 189
给,给予什么保护的问题是外交政策问题,基本上属于行政机构的职责"。[324] 这并不意味着南非法院对于处理与外交保护的问题没有管辖权。由于所有公共权力的行使均受宪法控制,因此这同样适用于政府对于外交保护的请求没有作出适当反应的指控。例如,如果决定是不合理的或以恶意作出的,法院可以介入,以便要求政府恰当地处理此问题。[325]

澳大利亚法院也强调权力分立的重要性,法院在处理关于外交政策的案件时有必要

---

[320] 菲利普勋爵(Lord Phillips MR)在下面这个案件中的意见:*Abassi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598, para. 99.

[321] [1989] 1 QB 811, paras. 96—8.

[322] [2002] EWCA Civ 1598, paras. 104—7. 法院的结论是,这种自由裁量权是相当宽泛的,但是如果可以证明不能审查是不合理的或与正当期待相悖,外交部门的决定或不作为就没有理由不受审查。但是,法院不能跨入禁区,包括影响外交政策的判决。同上, para. 106(iii). 另参见: *R* v. *Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), para. 56.

[323] [2006] EWCA Civ 1279, para. 89.

[324] CCT23/04, [2004] ZACC5, para. 77 (perChief Justice Chaskalson). 另见 *Swissborough DiamondMines* v. *South Africa*, Supreme Court, Transvaal Provincial Division, 1997, 132 ILR, p.454,及德国联邦宪法法院在 *Hess*,案的判决,法院指出,"联邦政府在决定针对外国是否以及以何种方式实行保护的问题上享有广泛的自由裁量权", BVerfGE 55, 349; 90 ILR 386, 395.

[325] CCT 23/04, [2004] ZACC 5, paras. 78—80.

持相当谨慎的态度,法院明确地援引"巴茨案"。[326] 可裁判性问题是联邦司法部门的问题。[327] 例如,曾有人指出,任何关于对行政机构和政府立法部门就公共安全的"恐怖主义威胁"作出的评价产生争议的问题都不是可裁判的问题,但是这种情势将依据通过的相关立法而改变。[328]

美国法院同样承认由于政治敏感的原因存在不可裁判的领域。这就是通常所说的
190 政治问题理论,用来防止法院考虑外交事务领域的政治微妙问题。[329] 例如,法院在"反巡航导弹的格林汉妇女诉里根"案(*Greenham Women against Cruise Missiles* v. *Reagan*)[330]中认为,阻止美国在英国空军基地配置巡航导弹的问题是不可裁判的,不适于司法解决。[331] 同样,关于外国财产的继承权利问题也是不可裁判的。[332] 大多取决于案件的具体情况。例如,在涉及一个为尼加拉瓜政府工作的美国公民被叛军(*Contras*)谋杀的案子,即"林德诉泊特卡尔利罗案"(*Linder* v. *Portacarrero*)[333]中,第十一巡回上诉法院认为,政治问题理论是不适用的,因为该上诉既没有挑战美国对尼加拉瓜政策的合法性,也没有试图要求法院判定在该国内战中谁对谁错。该上诉只是集中在被告在一个单个事件中的行为是否合法的问题。在"库希诉美国"案(*Koohi* v. *United States*)[334]中,美国第九巡回上诉法院认为,法院没有被阻止审查对美国或者敌国平民造成伤害的军事决定,

---

[326] 参见:the decision of the High Court of Australia in *Thorpe v. Commonwealth of Australia* (*No. 3*) (1997) 144 ALR 677, 690—1; 118 ILR, p. 353; Re Ditfort (1988) 19 FCR 347, 369; 87 ILR, p. 170; *Petrotimor Companhia de Petroleos SARL* v. *Commonwealth of Australia* [2003] FCAFC 3, and *Victoria Leasing Ltd* v. *United States* (2005) 218 ALR 640. 另参见:G. Lindell, "The Justiciability of Political Questions: Recent Developments" in Australian Constitutional Perspectives (eds. H. P. Lee and G. Winterton), Sydney, 1992, p. 180, and R. Garnett, "Foreign States in Australian Courts", *Melbourne University Law Review*, 2005, p. 704.

[327] *Wilson* v. *Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs* [1996] HCA 18; (1996) 189 CLR 1 at 11.

[328] *Thomas* v. *Mowbray* [2007] HCA 33, para. 107.

[329] 参见,例如:*Underhill* v. *Hernandez* 168 US 250 (1897), *Baker* v. *Carr* 369 US 181 (1962) and *American Insurance Association* v. *Garamendi*, US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 23 June 2003. 另参见:Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, p. 178; L. Henkin, "Is There a 'Political Question' Doctrine?", 85 *Yale Law Journal*, 1976, p. 597; J. Charney, "Judicial Deference in Foreign Relations", 83 AJIL, 1989, p. 805, and T. M. Franck, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton, 1992.

[330] 591 F. Supp. 1332 (1984); 99 ILR, p. 44.

[331] 不过,参见:*Japan Whaling Association v. American Cetacean Society* 478 US 221 (1986),最高法院认为,美国制定法的司法解释,即使涉及对外关系,也不是不可裁判的政治问题。另参见:*Dellums v. Bush* 752 F. Supp. 1141 (1990).

[332] 参见,例如:*Can and Others v. United States* 14 F. 3d 160 (1994); 107 ILR, p. 255.

[333] 963 F. 2d 332, 7373(1992); 99 ILR, pp. 54, 79.

[334] 976 F. 2d 1328 13 1—2 (1992); 99 ILR, pp. 80, 84—5.

无论该决定是在战时还是在平时作出的。法院在(关于政治问题理论的著名案例)"贝克诉卡尔案"(*Baker* v. *Carr*)[335]中注意到,不是所有涉及外交关系的案子都是不可裁判的,法院列举了六种可能使一个案子成为不可裁判的因素。[336] 上诉法院在"卡迪奇诉卡拉季奇案"[337]中强调,"法官不应为了避免作出关于人权的困难和敏感的决定而条件反 191
射似地援引这些学说(政治问题理论和国家行为理论)"。在司法上有可发现、并可操作的标准证明所涉及的问题实际上是可裁判的。[338] 在"科里诉卡特比勒"(*Corrie* v. *Caterpillar*)中,美国第九巡回上诉法院重申,"政治问题说"属于管辖权问题,"贝克诉卡尔案"因素排除了可裁判性。法院特别注意到,关于美国对外国军事援助的规定属于这样的政治问题。[339]

国家行为理论也是与不可裁判性有关的问题。《美国外交关系法第三次重述》(*The Third US Restatement of Foreign Relations Law*)[340]规定,"在没有条约或其他明确的协议规定有拘束力法律原则的情况下,美国法院一般避免审查外国没收位于该外国境内的国家财产的合法性问题,或者对外国在其领土内所作的、并在那里是适当的其他政府性质的行为作出判断"。[341] 美国最高法院在"古巴国家银行诉撒巴迪诺"案(*Banco Nacional de Cuba* v. *Sabbatino*)[342]中认为,国家行为概念不是国际公法规则,而是与国内宪政制衡相关的概念[343],是司法自我限制规则。法院宣告,司法部门不会对外国主权政府没收在其

---

[335] 369 US 186, 211 (1962).

[336] 应该包括第一,有对政治协调部门作出的关于这个问题有文字证明的宪法承诺;或第二,缺乏解决此问题的司法上可发现并可操作的标准;或第三,没有非司法自由裁量的初步政策抉择就不可能作出决定;或第四,没有明确表达缺乏对适当政府协调部门的尊重法院就不能独立解决;或第五,毫无迟疑地遵从已作出的政治抉择的特殊需要;或第六,对同一个问题政府各个部门作出五花八门的声明带来的潜在尴尬, *Baker*, 369 US at 217. 另参见:*Schneider* v. *Kissinger* 412 F.3d 190 (DC Cir. 2005); *Bancoult* v. *McNamara* 445 F.3d 427 (DC Cir. 2006); *Gonzalez-Vera* v. *Kissinger* 449 F.3d 1260 (2006).

[337] 1995 US App. LEXIS 28826.

[338] 参见,例如: *Klinghoffer v. SNC Achille Lauro* 937 F. 2d 44 (1991); *Nixon v. United States* 122 L. Ed. 2d 1 (1993) and *Can v. United States* 14 F. 3d 160(1994); *Schneider* v. *Kissinger* 310 F. Supp. 2d 251, 257—64 (DDC 2004).

[339] 503 F.3d 974 CA 9 (Wash.), 2007.

[340] 1987, para. 443, pp. 366—7.

[341] 该学说要受到议会法案修正的限制,同上, para. 444.

[342] 376 US 398 (1964); 35 ILR, p. 2.

[343] 376 US 398, 427—8 (1964); 35 ILR, p. 37. In *United States v. Noriega* 746 F. Supp. 1506, 1521—3 (1990); 99 ILR, pp. 143, 163—5, 美国地区法院认为,国家行为理论是权力分立的作用,因为它免除了对外国政府行为的司法审查,否则可能阻碍行政机关的外交关系行为。

境内的国家财产的合法性问题进行审查[344]，无论该行为在国际法上是否合法。[345] 这一
192 基本观点在后来的案例中得到支持[346]，然而，在“伦敦艾尔弗雷德·邓希尔公司（即‘登喜路’一译注）诉古巴共和国”案（*Alfred Dunhill of London Inc.* v. *Republic of Cuba*）[347]中，最高法院以主权豁免的概念为由认为一个国家的组成单位逃避商业债务的行为不是国家行为。但是，现在看来，如果当事方之间的相关条约具体规定了可偿付的赔偿标准并因此规定了“有拘束力的法律原则”，严格的国家行为理论是存在例外的。[348]

在1990年的一个重要案例中，最高法院重新研究了国家行为说。“科克派特里克诉环境技术公司”案（*Kirkpatrick* v. *Environmental Tectonics*）[349]涉及一位未能中标的尼日利亚政府合同的投标者提出的求偿，其原因是中标的竞争对手贿赂了尼日利亚官员。法院一致认为，国家行为理论不能适用，因为不存在外国主权行为有效性的争议。法院还认为，只有在法院“必须决定，即当案子的结果要求法院决定外国主权者官方行为的效果时，才发生国家行为的问题”。[350] 该理论的意思很清楚，美国法院必须同意外国主权者在其管辖范围内的行为被认为是有效行为，但这并不适用于这个范围以外的可能使外国政府尴尬的案件和冲突。国家行为理论是不能扩展适用的。[351]

---

[344] 376 US 398 (1964); 35 ILR, p. 2.

[345] 这种理论被《1964年外国援助法希肯卢珀（Hickenlooper）修正案》所推翻，Pub. L No. 86—663, para. 301(d)(4), 78 Stat. 1013 (1964), 79 Stat. 653, 659 修订 22 USC, para. 23470(e)(2), (1982). 注意：在“威廉姆斯和翰伯特有限公司诉 W & H 商标（泽西）有限公司”（Williams & Humbert Ltd v. W & H Trade Marks (Jersey) Ltd）案中，[1986] 1 All ER 129; 75 ILR, p. 312, 上议院认为，英国法院将作为承认的后果，承认使在该外国控制下的财产所有权的强制取得和变化发生效力的外国法律，并且接受和执行该强制取得的后果，而不必考虑其实体问题。

[346] *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 US 759 (1972); 66 ILR, p. 102.

[347] 96 S. Ct. 1854 (1976); 66 ILR, p. 212. 另参见：M. Halberstam, “Sabbatino Resurrected”, 79 AJIL, 1985, p. 68.

[348] 参见：*Kalamazoo Spice Extraction Co. v. Provisional Military Government of Socialist Ethiopia* 729 F. 2d 422 (1984). 另参见：*AIG v. Iran* 493 F. Supp. 522 (1980) and Justice Harlan in the *Sabbatino* case, 376 US 398, 428 (1964); 35 ILR, pp. 25, 37.

[349] 110 S. Ct. 701 (1990); 88 ILR, p. 93.

[350] 281 110 S. Ct. 701, 705 (1990).

[351] 282 另参见：Third US Restatement of Foreign Relations Law, pp. 366—89; *Bandes v. Harlow & Jones* 82 AJIL, 1988, p. 820, 在该案中，上诉法院认为，国家行为理论对于外国没收位于该国领土外的国家财产是不适用的，and *First American Corp. v. Al-Nahyan* 948 F. Supp. 1107 (1996). 注意：主张适用该学说的当事方承担举证责任，参见：*Daventree Ltd* v. *Republic of Azerbaijan* 349 F. Supp. 2d 736, 754 (SDNY 2004).

行政部门的证明

英国法院的一种固定的实践是请求政府行政部门对某种事实作出结论性判定，例 193
如，外国国家和政府的地位、某国或两个国家之间是否存在战争状态和某个人是否享有外交代表地位。这就意味着，在国家的这些问题上，法院将与政府商量，并将经请求后发出的行政证明（或有时称为外交部证明）视为是定论，不考虑任何相关的国际法规则。[352] 这一点在“达夫发展公司诉吉兰丹”案（*Duff Development Co. Ltd* v. *Kelantan*）[353] 中得到确认。该案涉及马来半岛的吉兰丹国（现在马来西亚的一个州——译者注）的地位以及能否在英国法院要求豁免的问题。政府宣告说，她被视为一个独立国家，上议院认为“只要作出这样的陈述，其他任何证据都不接受或没有必要”。上议院还认为：

> 调查殖民部关于吉兰丹的苏丹有权被视为国际法上的君主的结论是否正确，不是法院的事。[354]

这一基本立场在“英王政府诉外交大臣，特洛尼克”案（*R.* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Trawnik*）[355] 中得到重申。法院认为，1947 年的《王室程序法》（the Crown Proceedings Act）第 40 条第 3 款和 1978 年《国家豁免法》第 21 条规定的证明是不能审查的，除非该证明因为不是真的证明而无效或从表面上看是超越相关立法权力而发出的。此类证明的内容就其所关涉的事务是结论性的，而且只要是关于承认外国政府的事，就是王室特权，不受司法审查。

1980 年，英国宣布了一项决定，即不对政府作出承认，而是把非宪法的政府变更问题作为与外交关系相关的问题来对待。[356] 这个决定宣布后产生了一些问题。在“索马 194
里共和国诉伍德豪斯·德瑞克与卡利（瑞士）公司”案（*Republic of Somalia* v. *Woodhouse*

---

[352] 参见，例如《奥本海国际法》，第 1046 页及其以下。

[353] [1924] AC 797; 2 AD, p. 124. 另参见：The Fagernes [1927] P. 311; 3 AD, p. 126 and *Post Office v. Estuary Radio Ltd* [1968] 2 QB 740; 43 ILR, p. 114. 但比较：*Hesperides Hotels v. Aegean Turkish Holidays* [1978] 1 All ER 277; 73 ILR p. 9.

[354] 注意根据 1964 年《外交特权法》（Diplomatic Privileges Act）第 7 节和 1978 年国家豁免法第 21 节，这种关于外交和国家豁免问题的通知是“结论性证据”。另参见：s. 8, International Organisations Act 1968, and 进一步参见下面第十三章。

[355] The Times, 18 April 1985, p. 4. 另参见：C. Warbrick, “Executive Certificates in Foreign Affairs: Prospects for Review and Control”, 35 ICLQ, 1986, p. 138, and E. Wilmshurst, “Executive Certificates in Foreign Affairs: The United Kingdom”, 35 ICLQ, 1986, p. 157.

[356] 参见：further below, chapter 9, p. 454.

Drake and Carey (Suiss) SA[357]中，法院面对令人困惑的局面，不知索马里临时政府是否已有实际控制以及其他各派势力对该国控制的程度如何。法院指出，为了根据临时政府对该国实行实际控制的程度作出该临时政府是不是前合法政府的有效继承者的决定，外交和联邦部的函件成为证据的一部分。由于三份函件都是关于该国所发生的事情的陈述，因此"可能不是最好的证据"，但是只要是关于英国政府是否和在何种程度上与该外国政府交往的问题，这些信函就"几乎可以是该事实的最好的和唯一结论性证据"。[358]

美国国务院对这种问题也发出类似的"建议"，尽管比英国的要广泛一些，包括对相关问题的评论，偶尔也有行政部门的意见。[359]

进一步阅读推荐书目

A. Cassese, "Modern Constitutions and International Law", 192 HR, 1985 III, p. 335

S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, 2005

D. Feldman, "Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy", 20 Australian YIL, 1999, p. 105

J. F. Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, 2004

J. J. Paust, *International Law as Law of the United States*, Durham, NC, 1996

Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford, 2007

---

[357] [1993] QB 54, 64—8; 94 ILR, pp. 608, 618—23.

[358] [1993] QB 54, 65; 94 ILR, pp. 608, 619. 另参见: Sierra Leone Telecommunications Co. Ltd v. Barclays Bank [1998] 2 All ER 821; 114 ILR, p. 466 and *North Cyprus Tourism Centre Ltd* v. *Transport for London* [2005] EWHC 1698 (Admin).

[359] O'Connell, International Law, pp. 119—22. 参见: The Pisaro 255 US 216 (1921); *Anderson v. NV Transandine Handelmaatschappij* 289 NY 9 (1942); 10 AD, p. 10; *Mexico v. Hoffman* 324 US 30 (1945); 12 AD, p. 143 and the Navemar 303 US 68 (1938); 9 AD, p. 176. 另参见: M. Chorazak, "Clarity and Confusion: Did *Republic of Austria* v. *Altmann* Revive StateDepartment Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?", 55 *Duke Law Journal*, 2005, p. 373.

5
国际法主体

法律人格——引言

任何法律体系中均有某些个人或公司实体被认为具有在法律上可执行的权利和义务。[1] 因此个人可能因伤害行为而起诉或被诉，公司可能起诉对方违反合同。他们之所以能够那样做，是因为法律承认他们是享有并维持某些权利能力、并履行具体义务的法律人格者。只是什么人、在什么情况下、被赋予什么权利这个问题取决于法律的范围和性质。但是，将权利和义务适当地分配给这些实体正是法律的功能。法律人格非常重要。没有法律人格，机构和团体将无法运作，因为它们需要具备进行诉求并执行诉求的能力。在国内法上，个人、有限公司和上市公司被认为具有不同的法律人格，其条件由相关立法来限定。[2] 法律人格的范围和性质由法律来确定。法律人格主要涉及法律中类 196

〔1〕 例如，参见：I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, part II; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2006; D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd edn, London, 1970, vol. I; J. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1969, vol. II; O. Lissitzyn, "Territorial Entities other than Independent States in the Law of Treaties", 125 HR, 1968, p. 5; C. Berezowski, in *Mélanges Offerts à Juraj Andrassy* (ed. Ibler), 1968, p. 31; H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1975, vol. II, p. 487; C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1974, vol. II; N. Mugerwa, "Subjects of International Law" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, p. 247; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd edn, London, 1957, vol. I, p. 89; A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, chapter 4, and Cassese, *International Law*, 2nd edn, Oxford, 2005, part II; *International Law: Achievements and Prospects* (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, part 1, title 1; *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, chapter 2; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, chapter 3; L. Henkin, R. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law: Cases andMaterials*, 3rd edn, St Paul, 1993, chapters 4 and 5, and S. Rosenne, "The Perplexities of Modern International Law", 291 HR, 2001, chapter VII.

〔2〕 R. Dias, *Jurisprudence*, 5th edn, London, 1985, chapter 12.

似于地位、能力、权限以及特定权利和义务的性质和范围等概念。一个特定实体的地位可能确定了它具有特定的权力(powers)和义务,而能力把个人的地位与特定的权利和义务联系在一起。整个过程在相关的法律体系范围内运作,该法律体系限定法律人格的范围、性质和定义。这在国际法上尤其如此。对国际法体系所持的某种观点是对国际法律人格的身份和性质问题的反映。[3]

国际法上的人格需要考虑在国际体系中承担的权利和义务之间的相互关系以及实施诉求的能力。为了确定某个特定实体能力的确切性质,需要认真考察国际法的规则。需要面对某些初步问题。例如,某特定申诉者的人格是否取决于其具有行使权利的能力?是否确实存在执行诉求性质的检验标准?或者,是不是国际上最为严格的执行形式就足够了?例如,有人认为,尽管因违反规则而承担责任的能力通常与任何法律人格者对违反规则的行为提出申诉的能力同时存在,具有其中一种能力者就可以将其视为具有法律人格,这将是有益处的。[4] 另外,其他作者则强调权利的可执行性因素在国际法体系中所起的关键作用。[5]

然而,在确定一个实体是否具有国际人格以及如果具有国际人格确定其在具体情况下享有什么权利、承担什么义务和具有什么能力之前,要对一系列因素细致地加以考察。国际人格是一个相对的现象,视具体情况的不同而异。当代国际法的显著特点之一是,它有广泛的参与者。这些参与者包括国家、国际组织、区域组织、非政府组织、上市公司、
197 私人公司和个人。可能还要加上进行国际恐怖主义活动的团体尽管这些实体在国际层面上都有某种程度的影响,但他们并非都将构成法律人格者。国际人格者不仅是参与还需要以某种形式被社会接受。后一种要素取决于许多不同因素,包括国际人格的形态。可能有许多表现形式,在某些情况下也可能从实践中推断出来。还可能反映一种需要。特定国际法的分支在这里起着关键作用。对国际法的参与和国际人格者均已增加,在概括和反映这种发展方面,人权法、与武装冲突相关的法律和国际经济法是特别重要的国际法的分支。

国家

尽管国际体系的行为者和参与者的范围日益增多,迄今国家仍然是最重要的法律人

---

〔3〕 关于苏联的观点,例如,参见:G. I. Tunkin, *Theory of International Law*, London, 1974.

〔4〕 例如,参见:M. Sørensen, "Principes de Droit International Public", 101 HR, 1960, pp. 5, 127. 更为广义的定义,参见: H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Dordrecht, 1980, p. 32.

〔5〕 例如,参见:Verzijl, *International Law*, p. 3.

格者;尽管面对全球化的兴起及其所有需求,国家依然作为社会活动的主要焦点因而也作为国际法的主要焦点保持着其吸引力。

劳特派特指出:"传统的实证主义学说明确肯定只有国家才是国际法主体"。[6] 但是,在实践中是否坚持这种观点并不那么清楚。梵蒂冈(特别是从 1871 年至 1929 年)、叛乱团体和交战团体、国际组织、经授权的特许公司和各种类似于城市联盟的领土实体都曾经被视为具有成为国际人格者的能力。[7]

国家资格的创立[8]

在这个领域里,事实标准与法律标准之间的关系是一种至关紧要的转换关系。一个新国家的产生是一个初步的事实问题还是法律问题以及如何协调有效性标准与其他相 198
关法律原则之间的相互作用,都是相当复杂而重要的问题。既然无主地不再是明显存在的[9],一旦非殖民化过程结束,未来新国家的创立只能是现存国家的解体或消失的结果。因此需要认真作出规定。最近发生的诸如苏联、南斯拉夫社会主义联邦共和国以及捷克斯洛伐克解体的事件强调了这一需要。此外,非殖民化运动引起了对传统标准的重新审视。1933 年《蒙得维的亚国家权利与义务公约》[10] 第 1 条规定了国际法上构成国家的要素,该规定得到最为广泛的接受。该公约规定,作为国际人格者的国家应具有下列要件:"(1) 永久居民;(2) 确定的领土;(3) 政府;和(4) 与他国建立关系的能力。"

---

〔6〕 Lauterpacht, *International Law*, p. 489.

〔7〕 参见:Verzijl, *International Law*, pp. 17—43, and Lauterpacht, *International Law*, pp. 494—500. 另参见: the *Western Sahara case*, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 39; 59 ILR, pp. 30, 56, and *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, Memorandum of the Secretary-General, 1949, A/CN. 4/1/Rev. 1, p. 24.

〔8〕 特别参见:Crawford, *Creation of States*, chapter 2; R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, pp. 11—57; K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2nd edn, Leiden, 1968; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1963, vol. I, pp. 221—33, 283—476, and Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 407. 另参见: Société Française pour le Droit International, *L'État Souverain*, Paris, 1994; L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, 1995, chapter 1; R. H. Jackson, *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the ThirdWorld*, Cambridge, 1990, and A. James, *Sovereign Statehood: The Basis of International Society*, London, 1986.

〔9〕 关于南极,参见:O'Connell, *International Law*, p. 451. 另参见下文,第 10 章,第 535 页。

〔10〕 165 LNTS 19. 国际法并不要求国家的结构必须遵循任何特定模式:*Western Sahara case*, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 43—4; 59 ILR, pp. 30, 60—1.

关于南斯拉夫的欧洲会议仲裁委员会[11]在第1号意见中宣布,“国家通常被界定为由领土和受有组织的政治当局统治的居民构成的社会”,并宣布“这样的国家的特点是有主权”。该委员会还指出,内部政治组织的形式和宪法规定“仅仅构成事实”,不过,为了确定该政府对其居民和领土的控制需要考虑这些事实。[12]

上述规定既非穷尽,也非永恒不变。正像后面讲到的,可能还有其他相关因素,包括
199 自决与承认,而且在特定情况下权衡这些标准时,它们所占的分量可能有很大差异。然而,非常清楚的一点是,相关的框架主要是围绕领土有效性的。

存在永久居民[13]是自然的要求,居民的数量没有特定的最低限度,瑙鲁和图瓦卢[14]就是例证。但是,考虑到自决问题,福克兰群岛(即马尔维纳斯群岛——译者)冲突提出的问题之一就与可以接受的最低限度相关。[15] 由于那里有一些等待非殖民化的小岛[16],这个问题可能需要进一步澄清。

要求有确定的领土主要是因为领土是国家需要赖以运作的基础。但是国际法上并不要求确定和固定的边界。一个国家只要有在该国政府无可否认的控制之下的巩固领土,即使它在划分确切边境界限的问题上与其邻国陷入争议,仍然可以将其视为一个国际人格者。因此,至少由于这个原因,1988年在阿尔及尔的一个会议上宣布成立的“巴勒斯坦国”不能认为是有效的国家。巴勒斯坦的各种组织没有控制他们主张的任何领土。[17]

---

〔11〕 根据欧共体1991年8月27日宣言建立 参见:Bull. EC, 7/8 (1991). 一般参见:M. Craven, “The EC Arbitration Commission on Yugoslavia”, 65 BYIL, 1994, p.333, 以及后面, p.210.

〔12〕 92 ILR, pp.162, 165. 注意,《奥本海国际法》第120页指出,一个国家的适当存在是在人民在自己的主权政府之下定居在一块领土上之后。

〔13〕 为领土主权的目的,游牧居民可能是不算数的,尽管国际法院在“西撒哈拉”案(ICl Reports, 1975第12, 63—5; 59 ILR, pp.30, 80—2)中认为,游牧人民在他们来回穿过的领土上享有一定的权利。

〔14〕 分别有大约12,000和10,000的人口:参见,*Whitaker's Almanack*, London, 2003, pp.1010 and 1089.

〔15〕 见下面, p.251.

〔16〕 但是,关于人工岛屿,参见, *United States v. Ray* 51 ILR, p.225; *Chierici and Rosa v. Ministry of the Merchant Navy and Harbour Office of Rimini* 71 ILR, p.283, and *Re Duchy of Sealand* 80 ILR, p.683.

〔17〕 参见: *Keesing's Record of World Events*, p.36438 (1989). 另参见: General Assembly resolution 43/77; R. Lapidoth and K. Calvo-Goller, “Les É léments Constitutifs de l'É tat et la Déclaration du Conseil National Palestinien du 15 Novembre 1988”, AFDI, 1992, p.777; J. Crawford, “The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?”, 1 EJIL, 1990, p.307, and Crawford, “Israel (1948—1949) and Palestine (1998—1999): Two Studies in the Creation of States” in *The Reality of International Law* (eds. G. Goodwin-Gill and S. Talmon), Oxford, 1999, p.95. 关于《以色列—巴勒斯坦解放组织原则宣言》框架下的巴勒斯坦自治过程,参见下文,第246页。

第一次世界大战前的阿尔巴尼亚得到许多国家的承认,尽管其边界存在争端。[18] 更近些的例子是以色列,它已经被联合国和多数国家承认为一个有效的国家,尽管事实上其边界尚未最终确定,而且它与阿拉伯邻国就其是否存在和领土的划定问题存在敌对 200
状态。[19] 重要的是在特定区域存在一个稳定的社会,即使其边界尚未确定。的确,国家的领土可能分为几个不同的部分,例如 1971 年孟加拉分离出去之前的巴基斯坦或今天的阿塞拜疆。

一个政治社会要合理有效地运作就需要某种形式的政府或中央控制。但是,这不是承认其作为独立国家的前提条件。[20] 它更应当被视为是某种连贯的政治结构和社会的一种象征,而不是复杂的行政和立法机关的机构所必需的东西。[21] 这里有个相关因素,即该地区在多大程度上被另一个国家主张其不受政府的控制,这是与实际控制不同的国际法问题。可能人们认为,一般的要求与 19 世纪关注的"文明"有关,把它作为独立国家资格必不可少的要素,而忽略下述现代趋势,即不论尚未获得独立的民族管理条件如何,首要的考虑因素是他们的主权。[22]

1920 年"阿兰群岛"案(the *Aaland Islands* case)可以作为前一种倾向的例子。委派负责调查该群岛地位的国际法学家委员会在其报告中指出,关于俄国革命后动荡时期芬兰共和国的建立,确定芬兰成为独立国家的日期是极端困难的。该报告指出: 201

> 在一个稳定的政治组织建立之前,以及在公共当局已经强大到足以在无需外国

---

〔18〕 例如,参见,"北海大陆架"案, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 32.

〔19〕 Brownlie, *Principles*, p. 71. 事实上,许多第一次世界大战后产生的新国家均在其边界经条约确定之前就得到事实或法律的承认:H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1948, p. 30. 参见: *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State* (1929), 5 AD, pp. 11, 15; the *Mosul Boundary* case, PCIJ, Series B, No. 12, p. 21; the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 32; 41 ILR, pp. 29, 62, and the *Libya/Chad* case, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 22 and 26; 100 ILR, pp. 5, 21 and 25. 另参见代表美国的杰塞普(Jessup)关于以色列加入联合国的发言,SCOR, 3rd year, 383rd meeting, p. 41. 1991 年 2 月 5 日,英国外交大臣所发表的声明,参见:UKMIL, 62 BYIL, 1991, p. 557, 他指出,英国承认许多尚未与其邻国就边界达成协议的国家。关于占有说,即假定在独立时该实体将维持现有的边界,参见下文,第 10 章,第 525 页。

〔20〕 例如,参见,"刚果"案,Higgins, *Development*, pp. 162—4, and C. Hoskyns, *The Congo Since Independence*, Oxford, 1965. 另参见: Higgins, *Problems and Process*, p. 40, and Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, pp. 415 及其以下。

〔21〕 参见,"西撒哈拉"案,ICJ Reports, 1975, pp. 12, 43—4; 59 ILR, pp. 30, 60—1.

〔22〕 参见下文,第 225 页,关于自决权。

部队协助的情况下就可以在该国的领土全境行使权力之前，这当然不可能发生。[23]

因前南斯拉夫解体产生的新国家克罗地亚和波黑在最近的实践中，提出了修改政府对整个领土实行有效控制这个标准的问题。克罗地亚和波黑被欧洲共同体的成员国[24]承认为独立国家，并被接纳为联合国会员国（根据《联合国宪章》第4条[25]，其成员仅限于国家）[26]，当时这两个国家均在内战中面临着非政府军队控制着其领土的大部分区域的局面。最近，科索沃于2008年2月17日宣布独立，但是塞族人居住区域显然不在中央政府的控制之下。[27] 在这种情况下，缺乏有效的中央控制可以通过相当多的国际承认、并最终取得联合国会员资格而得到平衡。但是，有效控制的基础是国家资格所必需的。不过反过来，一个独立国家秩序完全瘫痪并失去中央当局的控制并不会使其失去国家资格。无论由联合国或依情况而由其他机构进行的人道干预会产生什么结果，一国（有时称为“失败国家”）国内治理的瘫痪不一定对一国作为国家的地位产生影响。究竟
202 如何甄别“失败国家”是有争议的，而且在国际法上是令人误解的。[28]

与其他国家建立关系的能力是特定实体存在的一个方面，同时也是其他国家承认它的重要标志。这种能力并不局限于主权国家，因为国际组织、非独立国家和其他实体也可以根据国际法规则与其他实体建立法律关系。但是，对于一个主权国家来说有能力与它认为适当的其他实体建立此种法律关系是绝对必要的。如果没有这种能力，该实体就不可能是一个独立国家。这里关注的不是一国对另一国的政治压力，而是缺乏建立法律关系的能力。不同点是有无法律能力，而不是影响抉择能力的程度。

---

〔23〕 LNOJ Sp. Supp. No. 4 (1920), pp. 8—9. 不过，比较本案特别报告员委员会的观点，LN Council Doc. B7 21/68/106 (1921), p. 22.

〔24〕 分别于1992年1月15日和1992年4月6日，参见，*Keesing's Record of World Events*, 1992, pp. 38703, 38704 and 38833. But 参见：the Yugoslav Arbitration Commission's Opinion No. 5 of 11 January 1992，注意，克罗地亚没有符合1991年11月4日的关于南斯拉夫公约草案和1991年12月16日《关于承认东欧和苏联地区新国家的纲领》提出的要求。参见92 ILR, p. 178. Opinion No. 4 表达了对波黑在举行全民公决之前独立的保留。但是，表明多数支持独立的全民公决在欧共体成员承认和被联合国接纳之前举行，同上，第173页。并参见下文，第209页。

〔25〕 例如，参见：V. Gowland-Debbas, “Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine”, 61 BYIL, 1990, p. 135.

〔26〕 1992年5月22日。参见：M. Weller, “The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia”, 86 AJIL, 1992, p. 569.

〔27〕 见下文，第204页。

〔28〕 例如，参见 Crawford, *Creation of States*, pp. 719—22; S. Ratner, “The Cambodia Settlement Agreements”, 87 AJIL, 1993, p. 1, and T. M. Franck, “The Democratic Entitlement”, 29 *University of Richmond Law Review*, 1994, p. 1.

这种能力的本质是独立。这是国家资格的关键所在并在具体情形下等于法律的定论。国家不屈从于任何其他主权,也不因实际依赖于其他国家或接受国际法规则而受影响。这是一种正式的表述。[29] 可争辩的是,某种程度的形式上和实际上的独立也是必要的。在涉及南非给予其"班图斯坦"(Bantustans)以独立地位时,提出了这个问题。例如"特兰斯凯"(Transkei),其预算相当大的一部分(大概 90%),可能是南非提供的,而"博普塔茨瓦纳"(Bophuthatswana)则被南非的领土分隔成一系列区域。[30] 非洲统一组织和联合国都宣布,这种"独立"是非法的,号召所有国家不承认这些新实体。除南非外,这些实体没有得到任何承认。[31] 但是,许多国家同样依赖其他国家的援助,然而,经 203
济上的成功并未改变国际社会的态度。既然南非作为主权国家能够根据国际法转让其本国领土的某些部分,那么按照国家资格形式上的标准,这些实体似乎在形式上是独立的。但是,有人建议说,关于它们的地位问题,要从其他方面而不是通过分析这种国家资格的标准寻找答案。没有得到承认的原因在于这样的认识,即为了推行诸如种族隔离的非法政策而采取的行动不能得到支持。[32]

作为 1940 年被苏联非法兼并的波罗的海三国之一的立陶宛,于 1990 年 3 月 11 日单方面宣布独立,体现了这种程序的复杂性。[33] 1940 年的兼并从未得到西方国家法律上的承认,因此,苏联实行的控制仅得到事实上的承认。1990 年宣布独立在政治上非常敏感,因为当时苏联内部趋于分裂。因此,没有得到任何国家的承认。考虑到苏联内部不断的宪法危机以及成立 15 个加盟共和国自由接受的新邦联的可能性,在当时讨论立陶宛的国家独立,时机不够成熟,不仅仅是因为苏联当局仍然牢牢地控制着该领土。[34] 立陶宛和其他波罗的海国家于 1991 年期间得到相当多的国家的承认,重要的是,其中包

---

[29] 参见:*Austro-German Customs Union case*, (1931) PCIJ, Series A/B, No. 41, pp. 41 (Court's Opinion) and 57—8 (Separate Opinion of Judge Anzilotti); 6 AD, pp. 26, 28. 另参见: Marek, *Identity*, pp. 166—80; Crawford, *Creation of Statehood*, pp. 62 及其以下, and Rousseau, *Droit International Public*, vol. II, pp. 53, 93.

[30] 这被外交大臣援引为英国不承认的原因之一, FCO: 参见: UKMIL, 57 BYIL, 1986, pp. 507—8.

[31] 1993 年南非宪法规定废除与种族隔离相关的所有法律,包括那四个地位法案,其目的是为了建立四个班图斯坦的"独立国家"。其结果是,将这些地区重新归入南非。参见:J. Dugard, *International Law-A South African Perspective*, Kenwyn, 1994, p. 346.

[32] 参见:M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, pp. 161—2. 另参见: OAU Resolution CM. Res. 493 (XXVII), 联大第 31/61A 号决议以及安理会 1979 年 9 月 21 日和 1981 年 12 月 15 日所发表的声明。注意:英国外交和联邦部宣布,"博普塔茨瓦纳存在本身就是种族隔离的结果,我认为这是为什么还不能承认的主要原因"。126, HC Deb., cols. 760—1, 1988 年 2 月 3 日。

[33] 参见:*Keesing's Record of World Events*, p. 37299 (1990).

[34] 例如,参见,英国政府的观点:166 HC Deb., col. 697, Written Answers, 1990 年 2 月 5 日。

括苏联。[35]

但是,即使在例外情况下,一国的某些政府职能被外部机构所掌握,它仍然可能被认
204 为是独立的。例如波黑的情况,1995 年《代顿和平协议》规定指派一名高级代表作为“战区最高权威”,以便执行该协议[36],比如说,该高级代表已经取代了政府部门的一些人员。这些均未被国际社会理解为影响波斯尼亚作为独立国家的地位。不过,的确有试图在残酷内战的情况下通过第三方介入达成并实施和平协议的安排。争议更大的是,经过一段时间的国际管理后[37],科索沃于 2008 年 2 月 17 日宣布独立。特别应提起注意的是,科索沃接受了《解决科索沃地位全面建议》(“阿赫蒂萨里计划”)中规定的科索沃的义务。[38] 该计划号召“在国际监督之下取得独立”。科索沃的义务包括人权和权力下放保障以及监督执行该计划的国际存在。该计划中的规定应优先于科索沃的所有其他法律规定。该国际存在的形式是国际民事代表(International Civilian Representative,ICR),同时也是欧盟特别代表,由国际指导小组委派。[39] 国际民事代表是科索沃解决该计划中民事问题的最高权威,特别是该民事代表能够废除科索沃当局通过的决定或法律,并能制裁和开除作出与该协议的规定不符行为的公务人员。[40] 此外,在北约领导下的国
205 际军事存在应保障整个科索沃的安全环境。[41]

自决与国家资格标准

如上所述,受到自决权这一法律权利的发展影响最大的是政府的标准。要满足政府这一要素所需要的是传统上集中阐述的政府的稳定性和有效性。[42] 然而,作为一种要求,政府的代表性和民主性也被提了出来。自决的演变已经影响了关系到权力实际行使所必需的标准。因此,至少在非殖民化的情形下,较低的有效性似乎已被接受。[43] 可以

---

〔35〕 例如,参见:R. Mtillerson, *International Law, Rights and Politics*, London, 1994, pp. 119 及其以下。

〔36〕 参见附录 10《代顿和平协议》。另见 R. Caplan, “International Authority and State Building: The Case of Bosnia and Herzegovina”, 10 *Global Governance*, 2004, p. 53, and International Crisis Group, *Bosnia: Reshaping the International Machinery*, November 2001. 高级代表由和平执行委员会的指导小组提名,该委员会由 55 个国家和国际组织构成,资助并指导和平执行过程。提名然后由安全理事会批准。参见后面第 231 页。

〔37〕 关于科索沃的国际管理,参见下文,第 232 页,关于承认参见下文,第 9 章,第 452 页。

〔38〕 参见 www. assembly-kosova. org/? krye = newsαnewsid = 1635αlang = en.

〔39〕 由法国、德国、意大利、俄罗斯、英国、美国、欧盟、欧洲委员会和北约组成。

〔40〕 参见 S/2007/168 and S/2007/168/Add. 1. 关于 ICR 作用的详细情况参见后一个文件的附件 9。

〔41〕 参见附录 11. 2008 年 2 月 16 日建立了一个欧盟法治代表团支持科索沃当局。

〔42〕 参见:Lauterpacht, *Recognition*, p. 28.

〔43〕 See e. g. Crawford, *Creation of States*, pp. 107 及其以下。

举两个例子来说明。

前比利时属刚果的大规模部族斗争扩大到首都后,在1960年6月30日终获独立。几周之内,官方部队(Force Publique)发生兵变,比利时部队进行干预,加丹加省宣布分离。尽管政府实际上被推翻,但刚果的独立得到大量国家的承认,并在没有反对票的情况下被联合国接纳为会员国。的确,在1960年联合国大会通过相关决议时,两个不同派系均要求联合国将其承认为该国的合法代表。在该事件中,由国家首脑授权的代表团被接受,而由总理派遣的代表团遭到拒绝。[44] 葡萄牙的殖民地几内亚比绍发生的情况则完全不同。1972年联合国特别使团被派遣到该领土的"解放区",并得出结论认为,殖民当权者已经在该领土的大片区域失去了有效行政控制。外国观察员似乎接受当地实行实际有效行政控制的解放运动"几内亚比绍及佛得角独立非洲党"(几佛党)提出的主张,即它已经控制了该区域三分之二至四分之三的领土。代表团报告说,这些地区的居民支持实际行使有效行政控制的几佛党[45] 1973年9月24日,几佛党宣布几内亚比绍共和国为独立国家。"葡萄牙部队非法占领几内亚比绍共和国某些区域"的问题被提交到联合国大会,一些国家确认该新国家独立在国际法上的合法性。西方国家否认它已达到 206
国家资格的标准。但是,93个国家投票赞成联合国大会第3061(XXVIII)号决议,该决议提到了"最近几内亚比绍人民的独立及由此产生的几内亚比绍共和国这个主权国家。"许多国家支持这种做法,理由是:该领土的大部分被几佛党有效控制,尽管既没有控制大多数人口,也没有控制主要的城镇。[46]

除了在某种情况下修正关于政府有效性的传统原则之外,自决原则也是一个创造国家资格的相关附加标准。在罗得西亚的情形下,联合国的一些决议否定了其在1965年11月11日单方面宣布独立的法律效力,并号召会员国不承认它。[47] 的确,没有任何国家承认罗得西亚,最终一场内战导致变革,产生了得到承认的津巴布韦这个国家。由于

---

[44] *Keesing's Contemporary Archives*, pp. 17594—5 and 17639—40, and Hoskyns, *Congo*, pp. 96—9.

[45] *Yearbook of the UN*, 1971, pp. 566—7, and A/AC. 109/L 804, p. 19. 另参见: A/8723/Rev. 1 and Assembly resolution 2918 (XXVII).

[46] 参见:GAOR, 28th Session, General Committee, 213rd meeting, pp. 25—6, 28, 30 and 31; GAOR, 28th session, plenary, 2156th meeting, pp. 8, 12 and 16, and 2157th meeting, pp. 22—5 and 65—7. 另参见: *Yearbook of the UN*, 1973, pp. 143—7, and CDDH/SR. 4., pp. 33—7. 关于西撒哈拉的局势,另参见下面第213页,以及1975年对安哥拉的承认,尽管在名义上联合成一个国家统一的政府,但是三个解放运动之间仍然存在内战,参见: Shaw, *Title*, pp. 155—6.

[47] 例如联大第2024(XX)以及2151(XXI)号决议,以及安理会第216(1965)以及217(1966)号决议。参见: R. Higgins, *The World Today*, 1967, p. 94, and Crawford, *Creation of Statehood*, pp. 103—6. 另参见: Shaw, *Title*.

满足了国家资格的实际要求，罗得西亚可能被承认为一个国家，但是，这种主张值得怀疑。完全不承认的证据、国际社会竭力谴责罗得西亚伪称的独立以及内战的展开都极大地阻碍了对它的承认。也可以从另一个方面去争论，没有承认，任何实体都不能成为国家。但是，承认的这种构成理论是不能接受的。[48] 最好的方法是把自决的发展接受为国家资格的附加标准，否定这个附加标准就会抹煞国家资格。这个标准仅适用于与自决有关的情势，例如，对于从现存国家分离的情势就不能适用。[49] 换言之，一个寻求成为
207 独立国家并被国际社会认为有权行使自决权的实体可能有必要表明，该原则的内在要求没有被违反。考虑到当前的国家实践，这个条件不能界定得过严。但是，下述主张似乎是合理的，即实施系统并有组织的歧视可能无法使其获得国家资格。

可以特别指出的是国际社会与前南斯拉夫的继承国相关的实践。欧洲共同体于1991年12月16日通过《承认东欧和苏联新国家的纲领》。[50] 该纲领构成关于承认这些新国家的过程的共同立场，并专门提及了自决原则。该纲领强调尊重法治、民主和人权的必要，特别提及保障少数者的权利这一要求。虽然这些纲领是处理承认问题的，不是解决国家资格问题的，但二者相互联系，承认所需的条件在某些情况下，特别是在作出一般表述而不是特别规定时，在实践中常常被解释为国家资格的附加标准。

承认

承认是接受某种实际情势并赋予其法律意义的方法。但是，这是一种复杂的关系。在创立国家的情形下，正如第9章将细说的，承认可能被认为是构成性的或者是宣告性的。前一种理论认为，只有通过承认，国家才能在国际法上产生。然而，后一种理论认为，一旦满足了国家资格的实际标准，国家作为一个新的国际人格者就存在了，在这种情况下，承认只是一种政治行为，不是法律行为。人们对这些理论作出了许多修正，但是，至少在为满足相关标准提供有力证据方面，承认所起的作用必须得到认可。许多情形下，正如在前一目中对欧共体纲领的评论中所指出的那样，人们可能认为，明确的需要得
208 到承认的要求对国家资格问题产生影响。承认与国家资格的标准之间还存在密不可分的关系，因为在任何情况下，国际承认越广泛，客观证明国家资格的要求就越低。相反，国际承认越少，越会注意符合相关实际标准的证据。

---

〔48〕 参见下文，第8章第445页。

〔49〕 参见下文，第237和257页。

〔50〕 关于该文件文本，参见：31 ILM, 1992, pp. 1486—7 and 92 ILR, p. 173.

国家资格的消失[51]

国家资格的消失可能产生于国家的合并、兼并或历史上的吞并。国家资格的消失也是现存国家解体的结果。[52] 当一个国家的解体尚未得到国际承认之前一般应谨慎行事。[53] 与国家的存在一样,国家的消失也是事实问题。[54] 实际上,事实受到法律的制约,因为是国际法决定特定实际情势产生什么特定法律后果,对这些事实的评价将在某种法律框架内进行。

政府的消失是常事,但是国家的消失则是很少见的。正像 1990 年 8 月的科威特危机以及联合国随之作出的反应所清楚地表明的那样[55],在国际法上,非法使用武力不会使国家消失,国家内部发生内乱也不会使国家消失。[56] 但是,国家消失可能经同意而产生。可以举出三个最近的例子。1990 年 5 月 22 日,南也门与北也门联合或合并,成为一个国家,即也门共和国[57],同年 10 月 3 日,德意志民主共和国依宪法并入德意志联邦共和国,结果两个德国统一。[58] 1993 年 1 月 1 日捷克斯洛伐克解体[59],建立了两个新国家:捷克共和国和斯洛伐克。这是国家解体或消失的又一个例子。[60]

1991 年期间,苏联解体的过程使波罗的海国家获得再次主张独立的力量[61],也促使苏联的其他加盟共和国提出了成为主权国家的意愿。同年 12 月,独立国家联合体宣布

---

〔51〕 例如,参见,Crawford, *Creation of Statehood*, pp. 700 及其以下,以及 *Oppenheim's International Law* p. 206. 另参见: H. Ruiz-Fabri, "Genèse et Disparition de l'Etat à l'Epoque Contemporaine", AFDI, 1992, p. 153.

〔52〕 *Oppenheim's International Law*, pp. 206—7. 国家的消失也可能是国家领土在地理上的消失的结果。例如,参见关于图瓦卢的不稳定局势, *Guardian*, 2001 年 10 月 29 日,第 17 页。

〔53〕 例如,参见: Yugoslav Arbitration Commission, Opinion No. 8, 92 ILR, pp. 199, 201.

〔54〕 同上。

〔55〕 参见下面,第 22 章,第 941 页。

〔56〕 例如,20 世纪 90 年代的索马里, Security Council resolutions 751 (1992); 767 (1992); 794 (1992); 814 (1993); 837 (1993); 865 (1993); 885 (1993) and 886 (1993). 另参见: Crawford, *Creation of Stats*, pp. 412 及其以下。

〔57〕 参见: *Keesing's Record of World Events*, p. 37470 (1990). 另参见: 30 ILM, 1991, p. 820, and R. Goy, "La Réunification du Yémen", AFDI, 1990, p. 249.

〔58〕 参见: below, p. 227. 另参见: C. Schrike, "L'Unification Allemande", AFDI, 1990, p. 47, and W. Czaplinski, "Quelques Aspects sur la Réunification de lAllemagne", AFDI, 1990, p. 89.

〔59〕 当时称为捷克和斯洛伐克联邦共和国。

〔60〕 例如,参见: J. Malenovsky, "Problèmes Juridiques Liés à la Partition de la Tchécoslovaquie", AFDI, 1993, p. 305.

〔61〕 参见: L. Kherad, "La Reconnaissance Internationale des Etats Baltes", RGDIP, 1992, p. 843.

成立,《阿拉木图宣言》指出[62],随着独联体的建立,"苏维埃社会主义联盟共和国不复存在"。独联体国家同意支持"俄罗斯继续享有苏维埃社会主义联盟共和国在联合国的成员资格,包括安全理事会常任理事国的席位,以及其他国际组织的席位"。[63] 普遍认为,由于前苏联其他加盟共和国独立之后的调整,俄罗斯是苏联的延续。[64] 因此,这基本上属于一个现存国家由于变革造成解体的例子。苏联的解体伴随着国际社会接受的一种主张,即俄罗斯联邦使该国家延续。延续这一要素在国家继承的规则框架中是非常关键的[65],然而在国家消失的情形下,它使问题复杂化了。

相反,不是所有相关各方都认为 1991 至 1992 年期间前南斯拉夫社会主义联邦共和国的解体过程导致该国家的解体。[66] 由前塞尔维亚和黑山两个共和国组成的南斯拉夫联盟共和国认为自己是前国家的延续,只是边界范围缩小了,然而其他前共和国不同意,
210 它们认为南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)与克罗地亚、斯洛文尼亚和波斯尼亚和黑塞哥维纳一样,在完全相同的基础上是前南斯拉夫的继承国。南斯拉夫仲裁委员会讨论了这个问题。1991 年 11 月 29 日第 1 号意见指出,南斯拉夫社会主义联邦共和国当时"正处于解体过程"。[67] 但是,在 1992 年 7 月 4 日通过的第 8 号意见中,仲裁委员会指出,解体过程已经结束,南斯拉夫社会主义联邦共和国(前南)不复存在。得出这个结论的基础是,事实上,克罗地亚、斯洛文尼亚和波斯尼亚和黑塞哥维纳均被承认为新国家,塞尔维亚和黑山共和国已经为"南斯拉夫联盟共和国"通过了新的宪法,而且联合国也通过了涉及"前南"的决议。[68] 该委员会还强调,联邦国家的存在严重受挫,因为当时构成联邦的大多数,包括联邦国家的大多数领土和居民,自己构成主权国家,结果联邦权力已经不能再有效行使了。[69] 联合国安全理事会在第 777 号(1992)决议中指出,"以前称为南斯拉夫社会主义联邦共和国的国家已不存在"。这一点在 1022 号(1995)决议中

---

〔62〕 参见:31 ILM, 1992, pp. 148—9.

〔63〕 同上, p. 151。

〔64〕 进一步参见下文,第 960 页。

〔65〕 进一步参见下文,第 17 章。

〔66〕 另参见: A. Pellet, "La Commission d'Arbitrage de la Conference Européenne pour la Paix en Yougaslavie" AFDI 1991 p. 329, AFDI 1992 p. 220 andAFDI 1993 p. 286.

〔67〕 92 ILR, pp. 164—5. 在确定关于解体的实际情势时,应当注意联邦国家结构的重要性。该仲裁委员会指出,在这种情况下"国家的存在暗示着联邦机关代表联邦的成员并行使有效权力",同上,第 165 页。

〔68〕 例如,参见,安理会第 752 和 757 (1992)号决议。另参见欧洲共同体在 1992 年 6 月 27 日在里斯本理事会上所通过的决议,部分内容在第九号意见中引用,92 ILR, pp. 204—5.

〔69〕 92 ILR, p. 201. 在第 9 和 10 号意见中,该仲裁委员会注意到,南斯拉夫共和国(塞尔维亚和黑山)不能自认为南斯拉夫的延续,相反它在与被承认的新国家同样的基础上也是南斯拉夫的继承国,同上,第 205 和 208 页。

得到重申,该决议在欢迎前南斯拉夫国家之间的《代顿和平协定》(《波黑和平一般框架性协定》)并暂停关于制裁的请求时指出,南斯拉夫社会主义联邦共和国"已不存在"。2000 年 11 月 1 日,南斯拉夫(联盟共和国)被接纳为联合国新会员国[70],南斯拉夫(联盟共和国)加入联合国的请求是 2000 年 10 月 27 日向安全理事会递交的。[71] 211

国家的基本权利

国家的基本权利因国际法律秩序而存在。与其他法律秩序的情况一样,国际法律秩序能够确定其主体的特性。[72]

独立[73]

也许,国家的显著特征是它的独立性,或者主权。国际法委员会 1949 年起草的《国家权利与义务宣言草案》把独立定义为一国不受任何外国统治地经营自己的福利和发展的能力,但是独立不能破坏或侵犯外国的正当权利。[74] 独立是指一种法律概念,服从国际法规则并不妨碍独立。除非一国正式服从一个上级国家的要求,在这种情况下涉及附属地位,否则,可能存在的任何政治和经济的依赖不影响一个国家法律上的独立。

1931 年,常设国际法院受理的"奥地利与德国关税同盟"案(the *Austro-German Customs Union* case)讨论了独立的含义和性质。[75] 该案涉及在两个说德语的国家之间建立自由贸易关税联盟的建议以及该建议是否符合 1919 年和平条约(和后来的 1922 年议定书)关于奥地利不采取任何有损其独立的行动的承诺。在该情况下,并在该案的情形中,法院认为,建议中的联盟将使奥地利的主权严重受损。安吉洛蒂(Anzilotti)法官认为,对一国自由的限制,无论来自习惯法还是条约义务,都不会影响其独立。只要这些限制不

---

〔70〕 联大第 55/12 号决议。

〔71〕 参见关于关于审议该法院 1996 年 7 月 11 日(*Bosnia and Herzegovina* v. *Yugoslavia*)判决的申请,ICJ Reports, 2003, p. 7.

〔72〕 例如,参见:A. *Kiss*, *Répertoire de la Pratique Francaise en Matière de Droit International Public*, Paris, 1966, vol. II, pp. 21—50, and *Survey of International Law*, prepared by the UN Secretary-General, A/CN. 4/245.

〔73〕 *Oppenheim's International Law*, p. 382. 另参见: N. Schrijver, "The Changing Nature of State Sovereignty", 70 BYIL, 1999, p. 65; C. Rousseau, "L'Indépendance de l'Etat dans l'Ordre International", 73 HR, 1948 II, p. 171; H. G. Gelber, *Sovereignty Through Independence*, The Hague, 1997; Brownlie, *Principles*, p. 287 及其以下, and Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 422.

〔74〕 *Yearbook of the ILC*, 1949, p. 286. 胡伯法官在"帕尔马斯岛"案中注意到,"地球一部分的独立是指,以排除任何其他国家的方式行使国家职能的权利",2 RIAA, pp. 829, 838 (1928); 4 AD, p. 3.

〔75〕 PCIJ, Series A/B, No. 41, 1931; 6 AD, p. 26.

212 是将一国置于另一国的法律权威之下，前者仍然保有其独立国家的地位。[76]

常设国际法院在“荷花号”案[77]中强调，“对国家独立的限制是不能推定的”。国际法院在“尼加拉瓜”案[78]的不同的情形下也持有类似观点。法院在该案中指出，“除了相关国家通过条约或其他方式可能接受的规则外，国际法上没有任何规则可以限制主权国家的军备水平，这项原则无例外地对于所有国家有效”。该法院在“威胁或使用核武器的合法性”咨询意见[79]中还强调，“国家实践表明，使用某种武器之所以非法不是由于没有被授权，相反，是根据禁止的规定”。考虑国际法律体系中国家权利和义务的出发点仍然是，国际法允许国家自由行动，除非有限制这种自由的规则。但是，这种自由存在于国际法律体系之内而不是超越这个范围。因此，确定国家独立的范围和内容的是国际法，而不是由国家自己单方面来确定。

国际法上的独立概念含有一些权利和义务：例如，国家对其领土和永久居民行使管辖权，或者在某种情况下采取自卫行动的权利。独立还含有不干涉其他主权国家内政的义务。确切地讲，什么构成一国内政是有争议的，而且无论如何，标准都是常常改变的。西方国家过去许多年里都认为联合国[80]针对其殖民地进行任何讨论或采取任何行动都
213 是违反国际法的。

但是，欧洲殖民国家的争辩没有成功，联合国对许多殖民情势进行了审议。[81] 此外，与人权和种族压迫有关的问题现在也不属于那种不开放的国家管辖事项。例如，有人曾经代表欧共体指出，“保护人权和基本自由决不能认为是对一国内政的干涉”。还

---

〔76〕 PCIJ, Series A/B, No. 41, 1931, p. 77 (dissenting); 6 AD, p. 30 另参见：the *North Atlantic Coast Fisheries* case (1910), Scott, *Hague Court Reports*, p. 141 at p. 170, and the *Wimbledon* case, PCIJ, Series A, No. 1, 1923, p. 25; 2 AD, p. 99.

〔77〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, pp. 153, 155.

〔78〕 ICJ Reports, 1986, pp. 14, 135; 76 ILR, pp. 349, 469. 另参见：the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 238—9; 110 ILR, p. 163.

〔79〕 ICJ Reports, 1996, pp. 226, 247; 110 ILR, p. 163.

〔80〕 《联合国宪章》第2条第7款规定，“本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国际国内管辖之事件”。关于该条与一般国际法规定的关系，参见 Brownlie, *Principles*, p. 290 及其以下。

〔81〕 参见：Higgins, *Development*, pp. 58—130; M. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, 2nd edn, London, 1961, and H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2nd edn, London, 1966.

有人提到“任何时候人权遭到侵犯都有进行干涉的道德权利”。[82]

不干涉任何国家国内管辖事项的义务包括在联合国大会 1970 年通过的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》中。该宣言强调：

> 任何国家或国家集团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外交事务。因此，武装干涉涉及对国家人格或其政治、经济及文化要素之一切形式之干预或试图威胁，均系违反国际法。

禁止的行为还包括向用暴力推翻一国政府的颠覆分子提供帮助或援助。特别是，使用武力剥夺各民族的民族特性构成对不干涉原则的违反。[83]

与主权相关的原则，例如不干涉原则，对于在相互竞争的国家间维护合理的稳定体系来说是非常重要的。限制国家针对其他国家行使权力可以在某种程度上有助于法律秩序内的某种程度的稳定。正如常设国际法院在 1949 年“科孚海峡”案中所指出的， 214
“在独立国家之间，尊重领土主权是国际关系的重要基础”。[84]

同样，没有相关国家的同意，一国不能要求在其他国家的领土范围内执行其法律。尽管逮捕的行为是非法的[85]，但是，国际法似乎允许一国在一些情况下继续行使其管辖权。同样，外国部队在一个主权国家领土上的存在也需要得到该国的同意。[86]

平等[87]

另一项重要原则是国家在法律上的平等，即国家在法律权利和义务上的平等。国家无论面积或实力怎样，具有同样的法律能力和职能，并在联合国大会同样享有一个投票权。国家在法律上平等是一种具有总括性质的理论，因为在其范围内包含了所有国家所具有的得到承认的权利和义务。

该原则在 1970 年的《国际法原则宣言》中得到承认。该宣言规定：

---

〔82〕 E/CN.4/1991/SR. 43, p.8, quoted in UKMIL, 62 BYIL, 1991, p.556. 同样还可以参见：1992 年欧共体的声明，UKMIL, 63 BYIL, pp. 635—6. 与此相反，伊朗的追杀令要求追杀英国作家拉仕迪（Salman Rushdie），遭到英国政府的批评，说它引起了伊朗承诺不干涉英国内政义务的问题，同上，p. 635. 另参见：M. Reisman, “Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law”, 84 AJIL, 1990, p. 886.

〔83〕 还可以参见下面第 20 章，武力的使用。

〔84〕 ICl Reports, 1949, pp.4, 35; 16 AD, pp.155, 167. 参见：below, p.575.

〔85〕 例如，参见：“艾奇曼”案，36 ILR, p.5. 但是，参见下文，第 680 页。

〔86〕 参见 1992 年代表欧共体作出的关于俄罗斯军队存在于波罗的海国家的声明，UKMIL, 63 BYIL, 1992, p.724.

〔87〕 *Oppenheim's International Law*, p.339, and Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p.428.

各国一律享有主权平等。各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同，均有平等权利与责任，并为国际社会之平等会员国。

主权平等尤其包括下列要素：

（一）各国法律地位平等；

（二）每一国均享有充分主权之固有权利；

（三）每一国均有义务尊重其他国家之人格；

（四）国家之领土完整及政治独立不得侵犯；

（五）每一国均有权自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度；

（六）每一国均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务，并与其他国家和平

 相处。[88]

这一学说在许多方面根植于自然法思想。正如平等被视为人的属性，平等在哲学上同样是国家的属性。因此，自然法学者把平等作为国家的自然条件。随着实证主义的兴起，重点发生了变化，国际法工作者不是设想一个可以适用于一切的一般规则并从该规则中推演出一系列权利和义务，而是关注每一个国家的主权，关注国际法应当建立在国家同意基础之上的必要性。

法律面前平等的概念被国家所接受，意思是法律人格及能力的平等。但是，在创造法律的意义上谈论国家平等，严格来讲是不确切的。大国的影响永远都是与其地位相当的，其实只是因为它们的关注更广、利益更多、权力更有效。[89]

在联合国大会内，平等说是通过一国一票来维护的。[90] 但是，不应忽视的是，美国、俄罗斯、中国、法国和英国在安全理事会享有否决权。[91]

和平共处

这是一个以不同方式形成的概念，苏联、中国和第三世界对其法律性质持有不同观点。1954 年，所谓“和平共处五项原则”被印度和中国所阐释，涉及互相尊重主权和领土

---

〔88〕 另参见《欧洲安全与合作会议最后文件》，赫尔辛基，1975 年，Cmnd 6198，pp. 2—3. 另参见：O'Connell, *International Law*, pp. 322—4; P. Kooijmans, *The Doctrine of the Legal Equality of States*, Leiden, 1964, and Marshall CI, The *Antelope*, 10 Wheat., 1825, pp. 66, 122.

〔89〕 参见：Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, pp. 1062—3.

〔90〕 例如，参见：L. Sohn, *Cases on UN Law*, 2nd edn, Brooklyn, 1967, pp. 232—90, and G. Clark and L. Sohn, *World Peace Through World Law*, 3rd edn, New York, 1966, pp. 399—402.

〔91〕 国家平等说在国际法的诸如管辖豁免等领域也有影响，下面第 13 章，国家行为，上文，第 4 章，第 179 页。

完整、互不侵犯、互不干涉内政和平等原则(原文有误,应为平等互利、和平共处——译者注)。[92]

许多国际文件拓展了这个思想,例如1955年《万隆会议最后公报》和联合国各种决议。[93]《非洲统一组织宪章》列举的原则中也规定了该思想中得到承认的内容。这些列 216
出的原则包括主权平等、不干涉国家内政、尊重国家主权和领土完整以及谴责一国针对另一国进行颠覆活动的概念。其中还包括其他概念,例如不侵犯和忠实履行国际义务。苏联还表示,和平共处构成指导当代国际法的原则。[94]

附庸国和被保护国[95]

在附庸国和被保护国之间常常作出区分。前者一般是指相关实体与一国达成一种安排,可能涉及独立的法律人格,但不涉及国家资格。后者,即被保护国,是指相关实体保留其独立国家的地位,与另一国建立有效条约关系从而将某些广泛的职能交给该国行使,可能包括对内和对外职能。但是,具体作出什么安排、地位的性质以及相关的权利和义务,由具体情况而定,特别是相关协议的具体规定和第三国的态度。[96] 就摩洛哥的情况而言,1912年该国与法国签订的《非斯条约》(the Treaty of Fez)赋予法国代表摩洛哥行使某些主权权力,包括所有外交关系的权力。然而,国际法院强调,摩洛哥在此种情况下仍然是一个主权国家。[97]

在殖民时期的撒哈拉以南非洲,保护条约是与非国家的部落实体签订的。这些组织 217
被称为"殖民附庸",构成内部的殖民安排。它们尚不构成与国际上承认的国家之间签订的国际条约。[98]

---

[92] 例如,参见:Tunkin, *Theory*, pp. 69—75. 另参见:B. Ramondo, *Peaceful Co-existence*, Baltimore, 1967, and R. Higgins, *Conflict of Interests*, London, 1965, pp. 99—170.

[93] 例如,参见:General Assembly resolutions 1236 (XII) and 1301 (XIII). 另参见:*Yearbook of the UN*, 1957, pp. 105—9; 同上, 1961, p. 524 and 同上, 1962, p. 488.

[94] Tunkin, *Theory*, pp. 35—48.

[95] 参见:*Oppenheim's International Law*, p. 266; Crawford, *Creation of States*, pp. 286 及其以下; O'Connell, *International Law*, pp. 341—4, and Verzijl, *International Law*, pp. 412—27.

[96] 参见:the *Tunis and Morroco Nationality Decrees* case, (1923) PCIJ, Series B, No. 4, p. 27; 2 AD, p. 349. 另参见,伊奥尼亚岛(Ionian)问题,M. F. Lindley, The *Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, pp. 181—2.

[97] *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, ICJ Reports, 1952, pp. 176, 188; 19 ILR, pp. 255,263. 同样的问题参见:*Benaïm c. Procureur de la République de Bordeaux*, AFDI, 1993, p. 971.

[98] 参见,*Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 404—7. 另参见 the *Island of Palmas* case, 2 RIAA, pp. 826, 858—9, and Shaw, *Title*, chapter 1.

在这种情况下，交由保护国行使的权力范围可能不同，终止此种安排的方式也不同。在这种情形下，形式上的主权没有受到影响，相关国家仍保有其国家地位，可以作为国家在各种国际场合行事，当然要考虑到安排中的规定。其义务可能仅仅是注意保护国的建议，或者可能延伸到按照保护国的指示来指定外交代表的形式，例如列支敦士登的情况。列支敦士登被拒绝参加国际联盟，原因是国联认为，考虑到代表团的主权权力，例如外交代表、邮政、电报和电话服务以及司法案件的最终判决等主权权力的委派，她不能履行盟约下的全部国际义务。[99] 但是，列支敦士登是《国际法院规约》的缔约国，并且曾经是该法院受理的“诺特鲍姆”案[100]的当事方，该法院仅对国家开放。列支敦士登于 1990 年加入联合国。

联邦国家[101]

依据中央和地方机关的权力划分，联邦或邦联有各种形式。一些国家的剩余权力留给中央政府，另一些国家则留给地方或省级机关。邦联是指比较灵活的安排，将相当程度的权力和职能留给组成邦联的成员，而不是中央机关。[102]

关于南斯拉夫问题的仲裁委员会在第 1 号意见中指出，联邦国家是由享有一定程度
218 自治的共同体组成的，这些共同体在联邦共同的机构框架内参与行使政治权力，“国家的存在表示联邦机关代表联邦成员，并行使有效权力。”[103] 此外，“如果拥有大部分领土和居民的多数实体自己构成主权国家，结果联邦的权力不可能有效行使”[104]，联邦国家的存在可能会受到严重影响。

这种安排中固有的权力划分常常产生重要的特别是在人格、责任和豁免方面的国际法问题。联邦是否会解体为两个或更多国家？这也会引起人们对以分离为形式的自决学说的关注。解体可能是友好并符合宪法的协议的结果，或者可能是武力分离的结果。在后一种情况下，可能需要国际法律规则的帮助。但是，这里的立场似乎是，（除了得到承认的殖民地情形外）没有可以适用于独立国家的使谋求分离合法化的自决权。当然，

---

〔99〕 参见：Crawford, *Creation of States*, pp. 479 及其以下；Report of the 5th Committee of the League, 6 December 1920, G. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, 1940, vol. I, pp. 48—9; Higgins, *Development*, p. 34, note 30.

〔100〕 ICJ Reports, 1955, p. 4; 22 ILR, p. 349.

〔101〕 参见：*Oppenheim's International Law*, p. 245. 另参见：I. Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, London, 1973, and 17 *Revue Beige de Droit International*, 1983, p. 1.

〔102〕 另参见下文，第 219 页。

〔103〕 92 ILR, p. 165.

〔104〕 Opinion No. 8, 同上, p. 201.

没有制止分离企图的国际法律义务:此情势留待国内法解决。但是,一旦这种分离事实上是成功的,承认和适当的国家资格标准的概念就会是相关的,并对相关的新情势来说是决定性的。[105]

当然,联邦国家自身具有人格,但是联邦成员在国际层面的人格和身份问题的确只能由相关国家的宪法和国家实践来决定。例如,当时的白俄罗斯和乌克兰两个苏维埃共和国在 1945 年被接纳为联合国会员国,并在该意义上享有国际人格。[106] 被赋予某种有限的国际职能的联邦的成员国因此被认为享有某种程度的国际人格。特别是在涉及条约时会出现这个问题。例如,劳特派特在其关于条约的报告中指出,由联邦成员签订的条约"是国际法意义上的条约"。[107] 然而,菲兹莫利斯(Fitzmaurice)在其关于条约法的报告中持不同的观点,因为他指出,这些单位是作为联邦的代表行事,只有联邦才具有国际人格,联邦是受条约约束的实体并负责履行条约。[108] 国际法委员会起草的《条约法公约条款草案》第 5 条第 2 款规定:

> 如果联邦宪法允许,联邦成员国可以在规定的范围内具有缔结条约的能力。

但是这项规定最后在维也纳条约法会议上遭摒弃[109],部分原因是该规则超出了该公约本身的范畴。但是,摒弃该项规定的主要原因是,它会使第三国能够通过解释第三国的宪法干涉联邦国家的内政,而且从另一个角度来看,它将不恰当地加强国内法从而损害国际法决定国际人格问题的权力。它的确可能过分地打乱国际领域运作的平衡。

不同的联邦发展了各种不同的缔约权力分配体制。有些情况下,组成联邦的单位在不同的限制条件下可以签订一些协议。例如,瑞士宪法使各州与外国签订关于公共经济、边境关系和警察问题的条约,但条件是,联邦委员会要作为中介。[110] 美国的情况是,外交关系行为完全由联邦政府负责[111],然而,经过联邦当局与外国协商之后,美国各州与外国或其组成单位(例如加拿大的马尼托巴省和魁北克省)签订关于建造和维护高速

219

---

[105] 参见下文,第 256 页。

[106] 例如,参见: Bernier, *Federalism*, pp. 64—6. 这些实体同时也是一些国际组织和签订条约的成员。

[107] *Yearbook of the ILC*, 195 3, vol. II, p. 139.

[108] *Yearbook of the ILC*, 1958, vol. II, p. 24. 比较:Waldock, 同上, 1962, vol. II, p. 36.

[109] A/CONF. 39/SR. 8, 1969 年 4 月 28 日。

[110] 例如,参见:A. Looper, "The Treaty Power in Switzerland", 7 *American Journal of Comparative Law*, 1958, p. 178.

[111] 例如,参见: Article I, Section 10 of the US Constitution; *USv. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 US 304 (1936); 8 AD, p. 48, and *Zachevning v. Miller*389 US 429 (1968). 另一般性参见:Brownlie, *Principles*, pp. 58—9; Whiteman, Digest, vol. 14, pp. 13—17, and Rousseau, *Droit International Public*, pp. 138—213 and 264—8.

220 公路和国际桥梁的协定。无论如何，内部宪法结构对于赋予相关单位能力是非常重要的，这一点是很清楚的。但是，使这种能力变成国际能力的是承认。

近来关注和讨论的一个问题是，联邦的条约义务在国内实施的问题，特别是考虑到这样的事实，即组成联邦的单位对于与相关条约有关的事项享有立法权。虽然这基本是国内宪法领域范围内的问题，但是对国际法有重要意义。例如，在联邦各州对相关事项曾行使管辖权的情况下，美国采取的方法是，在条约中要加进“联邦”保留的条款，条件是，联邦政府要采取适当步骤使成员国当局能够采取措施履行相关义务。[112] 但是，一般对签订国际协定很少限制。[113]

过去曾经产生过联邦的权力划分与国际条约的问题，特别是关于国际劳工组织的公约，这些公约很典型，因为它们所包含的领域要服从联邦成员单位的立法权力。例如，加拿大中央政府早期批准国际劳工组织公约的企图均被法院否决，理由是违反宪法，法院支持各省的观点。[114] 由于地方权力与联邦缔约的类似原因，美国批准国际劳工组织公约的记录不佳。[115] 由此产生的问题是，要么国家坚持以成员单位在相关领域的权力为由拒绝批准或签署条约的立场，要么国家批准条约，但产生履行以及因此而承担责任的问题。例如关于后一种情况，发生了与 1963 年《维也纳领事关系公约》第 36 条相关的问题。美国是该公约的当事国。除其他外，该条款要求缔约国通知在押的外国人，他或她
221 有与相关领事进行联络的权利。国际法院曾两次认为美国违反了此项要求，法院指出，被称为程序性缺席规则（即如果上诉人在审判时没有提出某个问题，那么其在上诉时就不能再提该问题）的国内理论不能成为该违反行为的借口或使其合法化。[116] 美国最高法院认为，尽管国际法院的判决有权得到“恭敬的考虑”，但它们没有拘束力。[117] 即使美国总统在 2005 年 2 月 28 日的备忘录中曾宣称，美国将通过让州法院执行该判决的方式来履行根据“阿韦纳案”（*Avena*）的判决承担的义务，情况仍然是这样。[118] 但是，德克萨

---

〔112〕 例如，参见 1978 年对四个人权条约提出的保留，*US Ratification of the Human Rights Treaties* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1981, pp. 83—103.

〔113〕 例如，参见：*Missouri v. Holland*, 252 US 416 (1920); 1 AD, p. 4.

〔114〕 特别参见，*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* [1937] AC 326; 8 AD, p. 41.

〔115〕 Bernier, *Federalism*, pp. 162—3, and A. Looper, “Federal State Clauses in Multilateral Instruments”, 32 BYIL, 1955—6, p. 162.

〔116〕 The *LaGrand* case, ICJ Reports, 2001, p. 104 and the *Avena* case, ICJ Reports, 2004, p. 12; 134 ILR, p. 120.

〔117〕 *Medellin* v. *Dretke* 118 S. Ct. 1352 (2005) and *Sanchez-Llamas* v. *Oregon* 126 S. Ct. 2669 (2006); 134 ILR, p. 719.

〔118〕 44 ILM, 2005, p. 964.

斯州刑事上诉法院认为,无论国际法院对“阿韦纳案”的判决还是总统备忘录都不构成有拘束力的联邦法律从而取代得克萨斯州法律。因此,麦德林(Medellin)(请求者)得不到国际法院和总统要求的审议。[119]

澳大利亚的问题是,如何解释宪法赋予联邦制定“与对外事务相关的”法律的权力。[120] 两个最近的案例是对这项规定的解释,特别是根据下述公认的原则,即联邦政府可以根据该项规定就那些未经另外明确授权、本质上具有国际性质的事项进行立法。[121]

在1982年“库瓦塔诉布杰尔克—彼德森”案(*Koowarta* v. *Bjelke-Petersen*)[122]中,澳大利亚高等法院在处理针对昆士兰州州长违反1975年《种族歧视法案》(该法案纳入了1965年《消除一切形式种族歧视国际公约》的部分规定)的诉讼时指出,根据《宪法》第 222
51条第29项关于“对外事务”的规定,相关的立法是有效的。换言之,“对外事务”的权力及于允许履行国际协议,尽管事实上相关的事项可能超出了联邦的权力范围。法院认为,如果澳大利亚接受了一项与其内部法律秩序有关的条约义务,这项义务的事项就成了“对外事务”,调整这个问题的立法就属于第51条第29项的范围,因此在宪法上就是有效的。[123] 不一定承担了条约义务:在史蒂芬法官看来,非歧视这项规范是公认的习惯国际法规范,这个事实本身足以把种族歧视问题作为对外事务来看待。[124]

在“澳大利亚联邦诉塔斯马尼亚”案(*Commonwealth of Australia* v. *Tasmania*)[125]中,问题涉及的是在一个区域内建设大坝,该区域被列入1972年联合国教科文组织《保护世界文化和自然遗产公约》建立的世界遗产名单中,澳大利亚是该公约的缔约国。1983

---

[119] *Medellin* v. *Dretke*, Application No. AP-75,207 (Tex. Crim. App. 15 November 2006). 注意:美国最高法院认为,考虑国际法院判决效力的移审令(a writ of certiorari)在德克萨斯上诉之前已经“无远见地发出”了:参见44 ILM, 2005, p.965. 但是,最高法院没有发出考虑两个问题的移审令:“第一,当美国总统决定各州必须遵守美国的条约义务从而执行Avena案(在判决中提到51位墨西哥国民的名字的案件)的判决时,他是在宪法和外交制定法权力范围内行事的吗?第二,州法院是否必须服从宪法规定,尊重美国在参议员建议和同意下经由总统批准的条约规定的无争议的国际义务,以便执行判决中提到的案子的Avena案判决?”现在参见 *Medellin* v. *Texas*, 128 S. Ct. 1346 以及上面第164页,注释178。

[120] 例如,参见:L. R. Zines, *The High Court and the Constitution*, Sydney, 1981, and A. Byrnes and H. Charlesworth, “Federalism and the International Legal Order: Recent Developments in Australia”, 79 AJIL, 1985, p. 622.

[121] *R v. Burgess, ex parte Henry* 55 CLR 608 (1936); 8 AD, p.54.

[122] 68 ILR, p.181.

[123] 同上,第223—4页(斯蒂芬法官的意见);第235页(马森法官的意见)以及第255页(布里南法官的意见)。

[124] 同上,第223—4页。

[125] 同上,第266页。该案同样被提交到最高法院。

年,除了援引其他外,联邦政府想通过援引在"库瓦塔"案中对"对外事务"的解释停止该计划,因为政府对环境问题没有具体的立法权力。法院的多数法官认为,"对外事务"的权力及于对条约义务的履行。条约的事项不一定在本质上具有国际性。

当然,在澳大利亚宪法范围内,这些案例的效果是减少了联邦国家在面临地方管辖时履行国际义务的疑难问题。

联邦国家遇到的困难在国家责任问题上也是明显的。[126] 作为国际法问题,国家要
223 对其行为,包括对其下属机关的行为负责,不管其国内宪法作出什么安排。[127] 国际法院在"特别报告员法律程序豁免"(the *Immunity from Legal Process of a Special Rapporteaur*)的咨询意见中指出,"国家任何机关的行为必须被视为该国家的行为",这是一项公认的习惯国际法规则[128],这也适用于联邦国家的组成单位。正如国际法院在1999年3月3日关于临时措施的"拉格兰德"案的命令中所指出的,"一国的国际责任是由组成国家的任何机关和当局以国家的名义作出的行为所引起的"。特别是,美国有将命令转达给亚利桑那州州长的义务,该州长有义务以符合美国的国际承诺的方式行事。[129] 类似地,法院在"特别报告员法律程序豁免"的咨询意见中指出,为了使马来西亚政府的国际义务得到履行,它有义务将国际法院的咨询意见通知给马来西亚的法院。[130]

因此,国家的国际责任的产生可能因为国内缺乏对某个国际不法行为提供救济的能力。在这种情况下,中央政府有义务努力说服其组成单位纠正其国际不法行为[131],后者似乎有以符合国家的国际义务的方式行事的国际义务。

联邦关于解决组成联邦的成员之间的争端方面的实践在国际法上常常颇具价值。

---

〔126〕 例如,参见:R. Higgins, "The Concept of 'the State': Variable Geometry and Dualist Perceptions" in *The International Legal System in Quest of Equity and Universality* (eds. L. Boisson de Chazournes and V. Gowland-Debas), The Hague, 2001, p.547.

〔127〕 2001年国际法委员会关于国家责任的条款草案第4条第1款规定:"任何国家机关,不论它行使立法、行政、司法职能,还是行使任何其他职能,不论它在国家组织中具有何种地位,也不论它作为该国中央政府机关或一领土单位机关而具有何种特性,其行为应视为国际法所指的国家行为。"另参见,J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002, pp.94及其以下。

〔128〕 ICJ Reports, 1999, pp.62, 87; 121 ILR, p.367.

〔129〕 ICJ Reports, 1999, pp.9, 16; 118 ILR, p.37. 另例如,参见:the *Pellat* case, 5 RIAA, p.534 (1929).

〔130〕 ICJ Reports, 1999, pp.62, 88; 121 ILR, p.367.

〔131〕 在国际或区域人权机构这样的人权问题时常发生:例如,参见,*Toonen v. Australia*, Human Rights Committee, Communication No. 488/1992, 112 ILR, p.328, 以及 *Tyrer v. UK*, 2 European Human Rights Reports 1. 另参见: *Matthews v. UK*, 28 European Human Rights Reports 361, and *RMD v. Switzerland*, 同上, 224.

在边界问题上出现类似问题时特别显现其价值。[132] 反之，国际实践对于解决联邦的组成单位之间的冲突通常是有用的。[133] 224

自成一类的领土实体

委任统治地和托管领土[134]

第一次世界大战结束以及轴心国和俄罗斯帝国瓦解之后，为处理战败国的殖民地，同盟国建立了一种不涉及吞并的制度。这些领土要按照“这些人民的福祉和发展是文明的神圣使命”原则加以管理。实施该原则的方法是，将对这些人民的保护委托给“由于其资源、经验或地理位置而先进的国家”，他们能够承担此项责任。由他们代表国联以委任的方式作出安排。[135]

第二次世界大战结束以及国联解散时，委任统治制度根据《联合国宪章》第十二章和第十三章转变为托管制度。[136] 从委任统治国家日本手里获得的太平洋战略委任领土，

---

[132] 例如，参见：E. Lauterpacht, “River Boundaries: Legal Aspects of the Shatt-Al-Arab Frontier”, 9 ICLQ, 1960, pp. 208, 216, 以及 A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester, 1967.

[133] 另参见下文，第 13 章和第 14 章。

[134] 一般参见，H. Duncan Hall, *Mandates, Dependencies and Trusteeships*, London, 1948; Whiteman, *Digest*, vol. I, pp. 598—911 and vol. XIII, pp. 679 及其以下；C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, New York, 1957; Verzijl, *International Law*, vol. II, pp. 545—73; Q. Wright, *Mandates Under the League of Nations*, New York, 1930; J. Dugard, *The South West Africa/Namibia Dispute*, Berkeley, 1973, and S. Slonim, *South WestAfrica and the United Nations*, Leiden, 1973. 另参见：*Oppenheim's International Law*, pp. 295 and 308, and Crawford, *Creation of States*, pp. 565 及其以下。

[135] 参见，《国际联盟盟约》第 22 条，另参见：*the International Status of South West Africa*, ICJ Reports, 1950, pp. 128, 132; 17 ILR, p. 47; the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 28—9; 49 ILR, pp. 2, 18—19; *Certain Phosphate Lands in Nauru*, ICJ Reports, 1992, pp. 240, 256; 97 ILR, pp. 1, 23 and *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, para. 212.

[136] 例如，参见：*Certain Phosphate Lands in Nauru*, *ICJ Reports*, 1992, pp. 240, 257; 97 ILR, pp. 1, 24. 另参见：沙哈布德因（Shahabuddeen）法官在其个别意见中的讨论，ICJ Reports, 1992, pp. 276 及其以下；97 ILR, p. 43. 注意：该法院在该案中指出，瑙鲁在共同管理当局英国、澳大利亚和新西兰政府下根据托管协议进行管理的安排并不能使该当局具有独立于被委派的这三个国家的国际法律人格：ICJ Reports, 1992, p. 258; 97 ILR, p. 25. 另参见：“喀麦隆诉尼日利亚”案，ICJ Reports, 2002, para. 212.

225 作为一种特殊领土交给安全理事会负责，由于安全原因没有交给托管理事会。[137] 然而，南非拒绝将其委任统治领土置于托管制度之下。到底谁对南非委任统治下的领土拥有主权，是一个几十年以来广泛争论的问题。[138]

关于太平洋委任统治领土，美国与北马里亚纳群岛自由联邦签订了盟约，并与密克罗尼西亚联邦和马绍尔群岛共和国签订了《自由联合协定》。当这些文件于1986年秋生效时，托管关系正式结束。这一规定与美国组成政治联盟的程序，作为合法行使自决权的方式得到了托管理事会的接受。[139] 但是，建议中的与帕劳共和国（最后一块托管领土）的《自由联合协定》由于在核动力或武装船舶在帕劳水域过境问题上没达成协议而没有生效，因此，美国继续作为管理当局根据托管协议行事。[140] 这些困难最终得到了解决。[141]

西南非洲于第一次世界大战后作为委任统治地受南非的管理，第二次世界大战之后，南非拒绝将该领土置于托管制度之下。后来，国际法院于1950年在关于“西南非洲国际地位”的咨询意见（Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa*）[142] 中指出，尽管《联合国宪章》中没有施加将委任领土转变为托管领土的法律义务，但是南非仍然受委任统治协议中的内容以及《国际联盟盟约》和当时南非承担的义务的约束。国际法院强调，南非没有独自改变该领土国际地位的能力。南非行使该权力要得到国际联盟继承者联合国的同意。按照这个决定的逻辑，联合国能够按照国际联盟的实
226 践[143] 受理由于南非拒绝服从联合国的决议而提起的来自该领土的申诉。

1962年，国际法院受理了由国联的两个非洲成员国即埃塞俄比亚和利比里亚提交的案件，指控南非违反委任制度并因此违反了国际法。法院初步确定它对该争端的实质问题有管辖权。[144] 但是，在案件的第二阶段，法院（法官的组成发生了一点变化）认为，

---

[137] 参见：O. McHenry, *Micronesia: Trust Betrayed*, New York, 1975; Whiteman, *Digest*, vol. I, pp. 769—839; S. A. de Smith, *Micro-States and Micronesia*, New York, 1970; DUSPIL, 1973, pp. 59—67; 同上, 1974, pp. 54—64; 同上, 1975, pp. 94—104; 同上, 1976, pp. 56—61; 同上, 1977, pp. 71—98 以及 同上, 1978, pp. 204—31.

[138] 特别参见，Judge McNair, *International Status of South West Africa*, ICJ Reports, 1950, pp. 128, 150 and the Court's view, 同上, p. 132; 17 ILR, pp. 47, 49.

[139] 参见：Security Council resolution 683 (1990).

[140] 参见：“Contemporary Practice of the United States Relating to International Law”, 81 AJIL, 1987, pp. 405—8. 另参见：*Bank of Hawaii v. Balos* 701 F. Supp. 744 (1988).

[141] 参见安理会第956（1994）号决议。

[142] ICJ Reports, 1950, pp. 128, 143—4; 17 ILR, pp. 47, 57—60.

[143] ICJ Reports, 1955, p. 68; 22 ILR, p. 651 and ICJ Reports, 1956, p. 23; 23 ILR, p. 38.

[144] ICl Reports, 1962, pp. 141 and 143.

埃塞俄比亚和利比里亚对该诉讼请求的事项(对西南非洲的委任统治的存在和管理问题)没有任何法律利益,因此它们的主张被驳回。[145] 法院在宣布这两个非洲原告国家没有出庭资格之后,就没有再讨论案件中的任何实质问题。

这个判决特别是在第三世界引起了很多想法,并为转移处理此问题的重点提供了机会。[146]

1966 年 10 月,联合国大会决定,由于南非没有履行其义务,委任因此而终止。西南非洲(或将称为"纳米比亚")由联合国直接负责。[147] 因此,为了监督该领土建立了一个委员会,并委派了一位高级专员。[148] 联合国安全理事会在一些决议中支持大会的行动,并要求南非从该领土撤回其管理。安理会还要求其他国家拒绝与南非处理与纳米比亚相关的事宜。[149]

最后,安全理事会就"南非继续在纳米比亚存在对各国带来的法律后果"(the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*)请求国际法院提出咨询意见。[150] 法院的结论是,考虑到联合国决议积累的一系列事件,南非在纳米比亚的存在的确是非法的,理由是南非严重违反了一个条约(即委任协定)。法院进一步指出,"联合国有权机关作出的有拘束力的关于某个情势是非法的决定不能没有任何结果"。南非有义务从该领土撤出其行政机构,其他联合国会员国有义务承认其与该领土 227
有关的行为是非法性和无效的,并且有义务对联合国致力于解决该问题的努力予以协助。[151]

安全理事会在其第 301 号(1971 年)决议中赞同该咨询意见,该决议再次确认纳米比亚的国家统一和领土完整。1978 年,南非宣布接受经五个西方联系国(英国、美国、法国、加拿大和联邦德国)谈判提出的关于纳米比亚独立的建议,独立过程需要联合国监督选举和维和部队参与。[152] 克服了一些困难之后[153],纳米比亚于 1990 年 4 月 23 日获得

---

[145] ICJ Reports, 1966, p. 6; 37 ILR, p. 243.

[146] 例如,参见:Dugard, *South West Africa/Namibia*, p. 378.

[147] Resolution 2145 (XXI).

[148] 参见联大第 2145 (XXI)号和第 2248 (XXII)号决议。

[149] 例如,参见安理会第 263 (1969)号、第 269 (1969)号以及第 276 (1970)号决议。

[150] ICJ Reports, 1971, p. 16; 49 ILR, p. 3.

[151] ICJ Reports, 1971, pp. 52—8.

[152] 17 ILM, 1978, pp. 762—9, and DUSPIL, 1978, pp. 38—54. 参见安理会第 435(1978)号决议。另参见: *Africa Research Bulletin*, April 1978, p. 4829 and July 1978, p. 4935.

[153] 参见: S/14459; S/14460/Rev. 1; S/14461 and S/14462.

独立。[154]

1945 年的德国

1945 年 6 月 5 日德国被打败后，同盟国对该国行使“最高权力”，但明确宣布没有兼并的意图。[155] 德国被分为四个占领区，由四个大国控制柏林。由同盟国建立的控制委员会代表德国行事，并以此身份作出有拘束力的法律安排。然而，德国作为国家继续存在，正如人们所观察到的，这种情势类似于法律代表或必要的代理。[156] 根据 1952 年三个西方国家与德意志联邦共和国之间签订的条约，后者被赋予完全的主权权力，但保留与签订和平条约相关的权力。1972 年，德意志联邦共和国与 1954 年苏联在其区域内建立的德意志民主共和国相互承认对方为主权国家。[157]

但是，经历了 1989 年期间的中欧和东欧的一系列戏剧性事件后，主要是由于摆脱了
228 苏联的控制，德国统一的努力于 1990 年变得势不可挡。[158] 两个德国财政部长于 5 月 18 日签订《关于德国经济、货币和社会联盟的国家条约》(State Treaty on German Economic, Monetary and Social Union)，该条约于 7 月 1 日生效。[159] 《关于统一的国家条约》(State Treaty on Unification)于 8 月 31 日签订，该条约规定，根据《德意志联邦共和国基本法》第 23 条，将德意志民主共和国并入德意志联邦共和国，因此于 10 月 3 日统一，首都是柏林[160]。两个德国与四个战时同盟国(英国、美国、苏联和法国)之间于 9 月 12 日签订《关于最终解决德国问题的条约》(the Treaty on the Final Settlement with Respect to Germany)，消除了统一的外部障碍。[161] 根据该条约，统一后的德国同意接受与波兰之间的奥得—尼斯河边界，将军队减少到 37 万人，同时承诺不获取原子、化学或生物武器。德意

---

〔154〕 参见：28 ILM, 1989, p. 944.

〔155〕 参见：Whiteman, *Digest*, vol. I, pp. 325—6, and R. W. Piotrowicz, “The Status of Germany in International Law”, 38 ICLQ, 1989, p. 609. 另参见：Crawford, *Creation of States*, p. 523.

〔156〕 Brownlie, *Principles*, p. 107. 另参见：Whiteman, *Digest*, p. 333, and I. D. Hendry and M. C. Wood, *The Legal Status of Berlin*, Cambridge, 1987.

〔157〕 12 AD, p. 16. 另注意 *Kunstsammlungen zu Weiner v. Elicofon* 94 ILR, p. 135. 两个国家均于下一年成为联合国会员国。参见：Crawford, *Creation of States*, pp. 523—6, and F. A. Mann, *Studies in International Law*, Oxford, 1973, pp. 634—59 and 660—706.

〔158〕 例如，参见：J. Frowein, “The Reunification of Germany”, 86 AJIL, 1992, p. 152; Schrike, “L'Unification Allemande”, p. 47; Czaplinski, “Quelques Aspects”, p. 89, and R. W. Piotrowicz and S. Blay, *The Unification of Germany in International and Domestic Law*, Amsterdam, 1997.

〔159〕 参见：*Keesing's Record of World Events*, p. 37466 (1990). 另参见：29 ILM, 1990, p. 1108.

〔160〕 *Keesing's*, p. 37661. 另参见：30 ILM, 1991, pp. 457 and 498.

〔161〕 参见：29 ILM, 1990, p. 1186.

志联邦共和国与三个西方国家于1990年9月25日签订的《关于解决某些与柏林有关的问题的协定》(the Agreement on the Settlement of Certain Matters Relating to Berlin)规定废除与柏林有关的同盟国的权利。[162]

共管

共管是指两个或更多国家平等地对一块领土及其居民行使管辖权。关于相关国家之间的关系、领土主权者的特性以及所涉权力的性质,都存有争议。[163] 关于新赫布里底群岛,英法通过一系列协议建立了共同势力范围区域,各国对其本国国民行使主权,但是对该区域各自都不单独行使权力。[164] 一项议定书列举了共管政府的职能,并赋予它们 229
发布关于英国和法国高级专员尊重其规定的权力。该权力由处理与各自的国民相关问题的常驻专员代理行使。因此,三种政府制度同时存在,但是关于土著人的土地保有权和民事交易处于某种法律真空状态。[165] 导致相关领土的独立过程也反映出共管的独特地位。[166] 人们注意到,通常的独立法案并不恰当,因为新赫布里底不是英国的殖民地。作为英法共管领土,其地位是由国际协议确定的,因此只能用同样的方式终止。共管的性质是,假定两个管理国总是共同行为,单方面的行为在基本宪法性文件中是不作规定的。[167] 该领土于1980年7月30日独立,建立了瓦努阿图这个国家。独立之前的该实体来自于一个国际条约,并且建有一个行政实体,该实体肯定是与它的管理国政府不同,更有可能以一种联合代表的形式运作,联合代表具有一系列受委托的权限。[168]

---

[162] 参见:30 ILM, 1991, p. 445. 另参见:同一天关于盟国部队驻扎柏林的换文,同上,第450页。

[163] Brownlie, *Principles*, pp. 113—14. 另参见: O'Connel, *International Law*, pp. 327—8; A. Coret, *Le Condominium*, Paris, 1960; *Oppenheim's International Law*, p. 565, and V. P. Bantz, "The International Legal Status of Condominia", 12 *Florida Journal of International Law*, 1998, p. 77.

[164] 例如,参见:99 BFSP, p. 229 and 114 BFSP, p. 212.

[165] O'Connell, *International Law*, p. 328.

[166] 政府发言人特莱夫加尼勋爵(Lord Trefgarne)向上议院提交《新赫布里底草案》的二读案,404 HL Deb., cols. 1091—2, 1980年2月4日。

[167] 参见外交大臣卢斯(Luce)先生的发言, 980 HC Deb., col. 682, 8 March 1980 以及 985 HC Deb., col. 1250, 1980年6月3日。另参见:D. P. O'Connell, "The Condominium of the New Hebrides", 43 BYIL, p. 71.

[168] 另参见:沙特阿拉伯—科威特根据1922年12月2日的条约管理中立区域, 133 BFSP, 1930 Part II, pp. 726—7. 例如,参见: *The Middle East* (ed. P. Mansfield), 4th edn, London, 1973, p. 187. 两个国家均对整个区域享有不可分割的主权。但是,1965年7月7日,两个国家划分中立区域的协议,尽管为开发资源的目的该领土表面上仍具有共管地位:参见 4 ILM, 1965, p. 1134, and H. M. Albaharna, *The Legal Status of the Arabian Gulf States*, 2nd rev. edn, Beirut, 1975, pp. 264—77. 另参见 F. Ali Taha, "Some Legal Aspects of the Anglo-Egyptian Condominium over the Sudan: 1899—1954", 76 BYIL, 2005, p. 337.

1917 年,中美洲法院[169]认为,与丰塞卡湾有关的共管规定表明,尼加拉瓜、萨尔瓦多和洪都拉斯这三个沿岸国家拥有共同所有权。在国际法院"萨尔瓦多/洪都拉斯"案(the
230 *El Salvador/Honduras* case)中提出了这个问题。[170] 法院指出,共管的安排是"一种对某块领土共同行使主权政府权力的有组织的体系",一般是通过相关国家之间的协议建立的,不过也可以是国家继承所产生的法律后果(例如在丰塞卡湾的情形),是领土主权从一个国家转移到另一个国家的方式之一。法院的结论是,丰塞卡湾三海里以外的水域是历史性水域,在三个沿岸国家的主权之下。除了 1917 年的判决外,法院判决的基础是:该海湾水域的历史性、三个沿岸国家的一贯主张以及其他国家没有抗议。[171]

领土的国际管理

领土的国际管理是指某特定领土被置于某种形式的国际制度之下,但进行的条件却有很大不同,从国家内的自治区域到相对独立的实体。[172] 联合国在具体情形下能够承担领土的管理。托管制度以联合国的监督作用为基础。[173] 在西南非洲的情况下,得到安理会支持的联合国大会结束了南非的委任制度,并主张在其独立前对该领土实行管理。[174] 除此之外,行使权力的联合国机关可以对出现国际关注问题的特定领土承担各种管理职能。根据 1947 年联合国大会关于巴勒斯坦分治的决议,联合国曾努力为耶路撒冷创设一种制度,即在特殊国际制度下的由联合国进行管理的单独实体的制度。但
231 是,由于种种原因,该制度从未有实质性进展。[175] 此外,安全理事会于 1947 年通过了《的里亚斯特自由领土永久规约》,根据该规约,安理会被指定为该领土的最高行政和立法当局。[176]

最近,联合国更多地行使了重要的管理职能,其权力基础来源于各种国际协议、国家

---

[169] 11 AJIL, 1917, p.674.

[170] ICJ Reports, 1992, pp.351,597 及其以下; 97 ILR, pp.266, 513 及其以下 萨尔瓦多和尼加拉瓜均为 1917 年决定的当事方,但对共管解决的观点不同。洪都拉斯不是该案当事方并反对共管的观点。

[171] ICJ Reports, 1992, p.601; 97 ILR, p.517.

[172] 参见: R. Wilde, *International Territorial Administration*, Oxford, 2008; M. Ydit, *Internationalised Territories*, Leiden, 1961; Crawford, Creation of *States*, pp.501 及其以下; Brownlie, Principles, pp.60 and 167, and Rousseau, *Droit International Public*, vol. II, pp.413—48.

[173] 进一步参见下文,第 224 页。

[174] 参见上文,第 225 页。

[175] Resolution 18(II). 例如,参见:E. Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places*, London, 1968 and Ydit, *Internationalised Territories*, pp.273—314.

[176] 参见: Security Council resolution 1.6 (1947). 与耶路撒冷想法一样,这种想法从未成为现实。还可参见国际联盟关于撒尔和但泽的经验,Ydit, *Internationalised Territories*, chapter 3.

的同意以及在情形允许的情况下安全理事会根据《宪章》第七章作出有拘束力的关于国际和平与安全的决定的权力。例如,1991 年柬埔寨四派之间签署的巴黎和平协议授权联合国在该国进行选举并通过新宪法期间建立民事管理职能机构。此项任务是由联合国柬埔寨临时权力机构(UNTAC)完成的。该机构被授权行使需要保障实施和平解决争端的所有权力,该机构还在外交、国防、财政等领域行使了权力。[177]

《波黑和平一般框架性协议》(《代顿协议》)[178] 附件 10 设立了具有广泛权力的高级代表职位,负责和平协议的民事实施,并具有对该协议的民事方面进行解释的最高权力。[179] 该职位得到了安理会具有拘束力的第 1031 号(1995 年)决议的支持和肯定。高级代表根据附件 10 享有的相对有节制的权力在实施和平委员会的实践中得到增强,该委员会由 55 名成员组成,为审查和平协议的实施进展而建立。该委员会于 1997 年 12 月波恩峰会上作出的一些决定(波恩意见)[180] 规定了针对高级代表认为违反了根据和平协议承担的法律义务的人应采取的措施,包括开除公职,强制进行波斯尼亚没有进行的[181] 临时立法权以及"为保障在全波黑及其实体实施和平协议并保障共同机构的平稳运行而采取的其他措施"。[182] 高级代表已经作出了相当多的决定,从强制实行 1997 年 12 月《波黑国籍法》[183] 和 1998 年 2 月《波黑国旗法》[184] 到制定 2006 年 1 月《关于选举法

232

---

[177] 参见:Article 6 and Annex I of the Paris Peace Settlement. 另参见: C. Stahn, "International Territorial Administration in the Former Yugoslavia: Origins, Developments and Challenges Ahead", ZaöRV, 2001, p. 107. UNTAC 从 1992 年 3 月到 1993 年 9 月,参加人有大约 2 万 2 千军事和平民人员,参加:www. un. org/Depts/dpko/dpko/co mission/untac. htm. 另注意,例如:联合国驻纳米比亚过渡小组在纳米比亚走向独立过程中行使某种程度的行政权力,参见:Report of the UN Secretary-General, A/45/1 (1991),联合国东斯洛文尼亚过渡行政当局(UN Transitional Administration for Eastern Slavonia (UNTAES))在该领土从塞尔维亚向克罗地亚过渡的两年内提供便利,参见:Security Council resolution 1037 (1996).

[178] 发起于俄亥俄州的代顿,于 1995 年在巴黎签字。

[179] 该协议的军事方面的实施的最高权威由北约稳定部队的司令掌握:参见《关于军事方面的代顿和平协议》(the Agreement on the Millitary Aspects of the Dayton Peace Agreement)第 12 条。另注意人权分庭的建立,该分庭的多数成员来自其他国家:参见下面第 7 章,第 379 页,以及关于流离失所人员和难民委员会:参见该和平协议附件 6 和 7。

[180] 例如,参见:网站可查到的文件:http://www, ohr. int/pic/archive. asp? so-d&sa = on. 另参见:Security Council resolutions 1144 (1997), 1256 (1999) and 1423 (2002).

[181] www. ohr. int/pic/default. asp? content id = 5182. 在总统或部长委员会作出与和平协议一致的相关问题裁决之前,在各方达不成协议时由高级代表作出关于临时措施的有拘束力裁决的权力一直是有效的。

[182] Paragraph XI of the BonnConclusions. See also SecurityCouncil resolutions 1247 (1999), 1395 (2000), 1357 (2001), 1396 (2002) and 1491 (2003).

[183] www. ohr. int/statemattersdec/default. asp? content id = 343.

[184] www. ohr. int/statemattersdec/default. asp? content id = 344.

的变更和修订的法律》,这些决定标志着根据不断改善的情势将高级代表的权力移交给国内当局的渐进过程。[185] 因此,这个与一个独立国家相关的不同寻常的结构,是当事各方的同意与具有拘束力的安全理事会"第7章行动"的混合物。

安全理事会在第1244号(1999年)决议中授权联合国秘书长在南斯拉夫部队由于北约的行动从该国的那部分领土撤出之后,部署一个科索沃临时国际民事存在(联合国
233 科索沃临时行政当局特派团)。[186] 根据该决议,科索沃临时国际民事存在行使广泛的行政职能,包括卫生和教育、银行和财政、邮政和通讯以及法律和秩序。除其他外,它的任务是促进科索沃实质上的自治和自行管理,协调人道主义和灾难的救助,支持主要基础设施的重建、维护民事法律和秩序、促进人权和保障难民的返回。此后,行政机构得以建立,并举行了选举。根据第1244号决议委派的联合国秘书长特别代表通过的第一个规章,赋予联合国科索沃临时行政当局特派团在科索沃行使特别代表行使的所有立法和行政权力。[187] 该规章还规定,该领土的法律是那些与该规章第2节提及的国际标准、完成第1244号决议规定的使命、或当前的或任何联合国科索沃临时行政当局特派团发布的其他规章不发生冲突的现存法律。特别代表于2001年颁布了《临时自治宪法框架》(Constitutional Framework for Provisional Self-Government)。[188] 全面的行政权力赖以建立的基础是对南斯拉夫(联盟共和国)主权和领土完整的确认(和对该省的持续领土权力)以及关于"科索沃实质的自治和有效的自我管理"。[189] 因此,这种安排阐释了领土权利与对领土行使权力的完全分隔。这种分隔源于安全理事会有拘束力的决议,该决议提到

---

[185] www. ohr. int/statemattersdec/default. asp? content id = 36465.

[186] 参见:Stahn, "International Territorial Administration", p. 111; T. Garcia, "La Mission d'Administration Intérimaire des Nations Unies au Kosovo", RGDIP, 2000, p. 61, and M. Ruffert, "The Administration of Kosovo and East Timor by the International Community", 50 ICLQ, 2001, p. 613. 另参见:*Kosovo and the International Community: A Legal Assessment* (ed. C. Tomuschat), The Hague, 2002; B. Knoll, "FromBenchmarking to Final Status? Kosovo and the Problem of an International Administration's Open-Ended Mandate", 16 *European Journal of International Law*, 2005, p. 637; *Kosovo: KFOR and Reconstruction*, House of Commons Research Paper 99/66, 1999; A. Yannis, "TheUNas Government in Kosovo", 10 *Global Governance*, 2004, p. 67; International Crisis Group (ICG), *Kosovo: Towards Final Status*, January 2005, ICG, *Kosovo: The Challenge of Transition*, February 2006, ICG, *Kosovo: No Good Alternatives to the Ahtisaari Plan*, 14May 2007, and ICG, *Kosovo Countdown: A Blueprint for Transition*, 6 December 2007. 1244号决议还授权了国际军事存在。

[187] Regulation 1 (1999). 这可以追溯到通过第1244号决议的日期。

[188] 参见:UNMIK Regulation 9 (2001).

[189] Resolution 1244 (1999).

南斯拉夫(联盟共和国)同意该决议中所包含的基本原则。[190]

联合国东帝汶过渡行政当局是联合国安理会根据《宪章》第7章通过的第1272号(1999)决议建立的。该机构"被赋予了管理东帝汶的所有责任",并被授权行使所有立法和行政权力,包括司法管理。[191] 除了公共管理,其广泛使命包括人道责任和军事内 234
容,还被授权采取一切必要措施完成其使命。联合国东帝汶过渡行政当局的使命延至2002年5月22日,即东帝汶作为东帝汶民主共和国这个新国家独立的日期。[192] 该机构后来被联合国驻东帝汶支助团接替。[193]

台湾[194]

1895年,中国通过《马关条约》将台湾割让给日本,后者直到1945年一直占据该领土。日本在投降时不再保有对台湾的主权,这一点在1951年同盟国(但不包括中国和苏联)与日本的和平条约中予以确认。根据该条约,日本放弃了对该岛的一切权利,但没有指明接受者。中国内战之后,共产主义力量控制了大陆,国民党政权在台湾(福尔摩沙,这是西方对台湾的带有殖民色彩的另一种称谓——译者注)和佩斯卡多雷斯(应该称为澎湖列岛——译者注)安顿下来。美国和英国在那时都认为,在当时对台湾的主权是不确定的或未决的。[195] 影响其地位的关键问题是,两个政府都主张代表整个中国。由于没有提出任何关于台湾是具有单独的国家资格的主张,因此在这种情况下,很难认为存在着这种未被主张的地位。完全缺乏对台湾独自作为独立国家的承认恰恰验证了

---

[190] 参见:S/1999/649 and Annex 2 to the resolution. 科索沃于2008年2月17日宣布独立,参见:下面,p. 452 and 上面,p. 201.

[191] 葡萄牙的非自治领土东帝汶于1974年被印度尼西亚占领。这两个国家于1999年5月5日于联合国达成协议,就东帝汶的前途问题在该领土进行全民协商。该领土上的居民表达了清楚的意愿:在独立前在联合国权力下进行过渡。那场暴力发生后,根据1264(1999)号决议向东帝汶派遣了多国部队:另参见:the Report of the Secretary-General, S/1999/1024; http://www. un. org/peace/etimor/e timor. htm.

[192] 参见:resolutions 1388 (2001) and 1392 (2002).

[193] 参见:resolution 1410 (2002).

[194] 例如,参见:Crawford, *Creation of States*, pp. 198 及其以下; *China and the Question of Taiwan* (ed. H. Chiu), New York, 1979; W. M. Reisman, "Who Owns Taiwan?", 81 *Yale Law Journal*, p. 599; F. P. Morello, *The International Legal Status of Formosa*, The Hague, 1966; V. H. Li, *De-Recognising Taiwan*, Washington, DC, 1977, and L. C. Chiu, "The International Legal Status of the Republic of China", 8 Chinese Yearbook of International Law and Affairs, 1990, p. 1. 另参见: *The International Status of Taiwan in the New World Order* (ed. J. M. Henckaerts), London, 1996; *Let Taiwan be Taiwan* (eds. M. J. Cohen and E. Teng), Washington, 1990, and J. I. Charney and I. R. V. Prescott, "Resolving Cross-Strait Relations Between China and Taiwan", 94 AJIL, 2000, p. 453.

[195] 参见: Whiteman, *Digest*, vol. III, pp. 538, 564 and 565.

235 这一点。1979 年,美国承认中华人民共和国为中国的唯一合法政府。[196] 因此,台湾就是一个在国际上能够独立行事的非国家领土实体。但是,最恰当的是,它在法律上是中国的一部分。有意思的是,当 1990 年初台湾争取加入《关贸总协定》时,它是作为"台澎金马"的"单独关税区"的身份申请加入的,从而避免了国家资格的主张。[197] "中华台北"于 2001 年 11 月被批准加入世界贸易组织。[198]

"北塞浦路斯土耳其共和国"[199]

1974 年,在出现了得到希腊军事政权支持的一场政变之后,土耳其军队侵入了该岛。安全理事会在第 353 号(1974)决议中号召所有国家尊重塞浦路斯的主权、独立和领土完整,并要求立即结束与这种尊重相违背的外国军事干涉。1975 年 2 月 13 日,在被土耳其军队占领的地区宣布成立了"塞浦路斯土耳其联邦国家"。作出此宣布的"塞浦路斯土耳其族人自治管理当局"的部长委员会和立法会在同一次会议上还通过了一项决议,强调他们决心"坚决反对任何旨在反对塞浦路斯独立和分离或与任何其他国家合并的企图",还决定在修正 1960 年《塞浦路斯宪法》规定联邦共和国之前,建立一个单独的
236 行政管理当局。[200]

1983 年 11 月 15 日,塞浦路斯土耳其族人宣布独立,成立了一个称为"北塞浦路斯土耳其共和国"的国家。[201] 安全理事会在第 541 号(1983)决议中宣布这是非法的,并要求其撤回此宣告。该决议要求所有国家均不能承认该"傀儡国家"或以任何方式对其进行援助。安理会第 550 号(1984)决议重申了这种立场。欧洲理事会的部长委员会决定,

---

[196] 参见:Crawford, *Creation of States*, pp. 209 及其以下。注意 1972 年中美联合公报承认台湾是中国的一部分, 11 ILM, pp. 443, 445. 关于 1979 年的变化,参见 73 AJIL, p. 227. 另参见:833 HC Deb., col. 32, 13 March 1972,关于英国的新方法,即承认中华人民共和国政府为中国唯一合法政府并承认该政府关于台湾是中国的一个省的立场,并参见,例如:UKMIL, 71 BYIL, 2000, p. 537. 另参见: *Reel v. Holder*, [1981] 1 WLR 1226.

[197] 参见:*Keesing's Record of World Events*, p. 37671 (1990). 但是,这没能阻止中国的强烈抗议:同上。另注意关于中国(中国大陆——译者注)和台湾建立的非官方组织之间海峡两岸活动的协议,以便达成功能性、非政治性协议, 32 ILM, 1993, p. 1217. 从 1997 年通过的宪法附加条款可以看出台湾的做法有某种程度的演变。

[198] 参见:http://www, wto. org/english/news_e/pres0 l_e/pr253_e. htm. As to Rhodesia (1965—79) and the Bantustans, 参见: above, pp. 206 and 202.

[199] 参见:Z. M. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, 2nd edn, Oxford 1993; G. White, *The World Today*, April 1981, p. 135, and Crawford, *Creation of States*, pp. 143 及其以下。

[200] Resolution No. 2 in Supplement IV, Official Gazette of the TFSC, cited in Nadjatigil, *Cyprus Conflict*, p. 123.

[201] 参见:*The Times*, 16 November 1983, p. 12, and 21(4) *UN Chronicle*, 1984, p. 17.

继续承认塞浦路斯共和国政府为塞浦路斯的唯一合法政府，并呼吁尊重塞浦路斯的独立和领土完整。[202] 2001 年 5 月 10 日，欧洲人权法院在“塞浦路斯诉土耳其”案（*Cyprus* v. *Turkey*）的判决中指出，“国际实践表明……国际社会不承认‘北塞浦路斯土耳其共和国’在国际法上是一个国家”，并宣布，“塞浦路斯共和国是塞浦路斯的唯一合法政府”。[203] 鉴于此以及该领土对土耳其的严重依赖，不能将其视为主权国家。它不过是作为在塞浦路斯共和国事实上得到承认的范围内被管理并依赖土耳其援助的实体。[204]

撒哈拉阿拉伯民主共和国[205]

1976 年 2 月，为了将西撒哈拉从摩洛哥的控制下解放出来，波里萨利奥（即“西撒人阵”——译者注）解放运动发动了战争，并宣布成立具有独立主权的“撒哈拉阿拉伯民主共和国”。[206] 在随后几年里，许多国家承认该新实体，其中包括非洲统一组织的多数成员。1982 年 2 月，非洲统一组织秘书长试图以此为由给“撒哈拉阿拉伯民主共和国”代表团一个席位，但却引起了约 19 个国家的抵制，并引发了一场大危机。但是，1984 年 11 月，非洲统一组织国家元首和政府首脑会议同意给“撒哈拉阿拉伯民主共和国”代表团席位，尽管摩洛哥威胁退出该组织。[207] 因此，可以认为，这是非洲统一组织对国家资格 237
的承认，并因此具有重要证据意义。但是，尽管考虑到在自决的情形下有效控制标准的重要性被减弱，关于“撒哈拉阿拉伯民主共和国”的国家资格还是可以作出有力的争辩，这个问题仍然是有争议的，因为敌对状态还在持续，至少从表面上看摩洛哥还实行着有效控制。必须指出，联合国法律顾问 2002 年提出的意见是，西撒哈拉继续作为非自治领土的地位不因 1975 年行政权力转移给摩洛哥和毛里塔尼亚而受到影响。另有这样的观点，即无视西撒哈拉人民的利益和愿望进行开发和探索的活动违反国际法。[208]

---

[202] 1983 年 11 月 24 日通过的第(83)13 号决议。

[203] Application No. 25781/94; 120 ILR, p. 10. 参见: *Loizidou v. Turkey* (*Preliminary Objections*), Series A, No. 310, 1995; 103 ILR, p. 622, and *Loizidou v. Turkey* (*Merits*), Reports 1996-VI, p. 2216; 108 ILR, p. 443. 同样地，另参见: *Autocephalous Church of Cyprus v. Goldberg* 917 F. 2d 278 (1990); 108 ILR, p. 488, and *Caglar v. Billingham* [1996] STC (SCD) 150; 108 ILR, p. 510.

[204] 另参见: Foreign Affairs Committee, Third Report, Session 1986—7, Cyprus: HCP 23 (1986—7).

[205] 参见: Shaw, *Title*, chapter 3.

[206] *Africa Research Bulletin*, June 1976, p. 4047 and July 1976, pp. 4078 and 4081.

[207] 参见: *Keesing's Contemporary Archives*, pp. 33324—45.

[208] S/2002/161. 英国曾指出，她认为“在联合国为寻求解决该领土争端的某种方式而努力期间，西撒哈拉的主权是未定的”, UKMIL, 76 BYIL, 2005, p. 720.

各种分离主义主张

一些得到承认的独立国家中存在着分离主义主张。在1960年宣布独立的新国家索马里的北部,原来的英属"索马里兰"于1991年5月17日宣布独立。[209] 2001年通过了宪法。但是非洲统一组织拒绝支持任何影响索马里统一和主权的行动。[210] 尽管发生了一些与该实体的当局进行交易的情况,但"索马里兰"没有得到任何国家和国际组织的承认。[211] 20世纪90年代初,在亚美尼亚与阿塞拜疆发生武装冲突后,亚美尼亚部队夺取并占领了阿塞拜疆的"纳戈尔诺—卡拉巴赫"(简称"纳卡"——译者注)(和周围的7个地区)。"纳卡"的多数人口为亚美尼亚人,该地区宣布从阿塞拜疆独立出去。但是,
238 "纳卡"尚未得到任何国家(包括亚美尼亚)的承认,联合国安全理事会通过第822号、853号、874号和884号决议,重申阿塞拜疆的主权和领土完整,并号召从阿塞拜疆的被占领土中撤出。[212] 前苏联摩尔多瓦共和国于1990年6月23日在苏联解体时成为独立国家。摩尔多瓦与乌克兰交界的一个地区"摩尔多瓦德涅斯特共和国"于1990年9月2日宣布成为独立国家。由于俄罗斯的支援,该实体自己一直这样支撑着。但是,没有得到任何国家的承认。[213] 类似地,格鲁吉亚的"南奥塞梯"和"阿布哈兹"试图分别在俄罗斯的支持下建立单独的事实上的政府,并宣布独立,不过也没有得到任何国家的承认。[214]

国家联合体

国家之间可以通过一些不同的方式在形式上相互联合在一起。这种联合体不构成

---

[209] 例如,参见 Crawford, *Creation of States*, pp. 412 及其以下, and *Somalia: A Country Study* (ed. H. C. Metz), 4th edn, Washington, 1993. 一般性参见: P. Kolsto, "The Sustainability and Future of Unrecognized Quasi-States", 43 *Journal of Peace Research*, 2006, p. 723.

[210] 参见 Report of the UN Secretary-General on the Situation in Somalia, S/2001/963, paras. 16 ff. (2001).

[211] 例如,参见英国对该区域各当局提供的援助以及2006年7月"罗马里兰总统"访问并与英国政府官员会晤,参见: FCO Press Release, 16 August 2006. See also UKMIL, 76 BYIL, 2005, p. 715.

[212] 例如,参见 the Reports of the International Crisis Group on Nagorno-Karabakh of 14 September 2005, 11 October 2005 and 14 November 2007. See also resolution 1416 of the Council of Europe Parliamentary Assembly, 2005.

[213] 参见: the Reports of the International Crisis Group on Moldova of 12 August 2003, 17 June 2004 and 17 August 2006. 另参见: *Ilascu* v. *Moldova and Russia*, European Court of Human Rights, judgment of 8 July 2004, pp. 8—40.

[214] 参见 the Reports of the International Crisis Group on South Ossetia of 26 November 2004, 19 April 2005 and 7 June 2007, and the Reports on Abkhazia of 15 September 2006 and 18 January 2007.

国家,但对国际法有某种影响。例如,邦联可能是最密切的合作形式,一般仅涉及一些国家,他们通过国际协议共同行事,有某种具有有限职能的中央机构。[215] 这与联邦正好相反。联邦是一个国家,具有很强的中央机关,而且一般具有相当规模的对该国国民享有 239
广泛权力的官僚机构,不过,国家的权力在不同的机构有所分工。[216] 无论如何,国家可以由具有广泛权力的组成单位构成。[217]

此外,某些"国家联合体"由于很小并欠发展而相互保有密切的关系。库克群岛与新西兰的联系就是一个例子,它们在内部自我管理,在外部则相互(联合)依赖。[218] 另一个例子是,一群岛屿构成西印度群岛国家联合体。这些国家通过 1967 年的《西印度群岛法》(the West Indies Act)与英国联系在一起。该法规定,允许英国控制与外交和国防相关的问题。但是,这些国家能够并确实获得了独立。[219]

与一国保有联合关系的实体,其地位取决于宪法规定的性质,在某些情况下可能涉及与宗主国不同的国际人格,同时也取决于国际社会的接受。但必须指出,这是联合国接受的行使自决权的方式之一。[220] 如果某种程度的权力,包括处理国内事务的权力,仍然由被联合的国家所拥有是可接受的,而且被联合的国家可以没有太大困难地废除此种安排,某种程度的人格似乎还是必要的,并且是可以接受的。

"英联邦"(即前"大不列颠联邦")可能是最有名的松散联合体,这种联合体通常是在共同利益和历史联系的基础上把主权国家聚集在一起。其成员都是完全独立的国家,他们通过联邦秘书处和定期政府首脑会议的协助进行合作。也会定期举行特定的部长

---

[215] 注意,例如 1994 年《关于波黑联邦与克罗地亚共和国建立邦联的初步协定》(Preliminary Agreement Concerning the Establishment of a Confederation between the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic of Croatia),33 ILM, 1994, p. 605. 该协定预测联邦的建立,但指出,"该邦联的建立不应改变克罗地亚或该联邦的国际地位或法律人格"。该协定规定双方在各个领域的合作,规定克罗地亚允许波黑联邦经过其领土出入亚的里亚海。这个邦联没有建立起来。

[216] 参见:Crawford, *Creation of States*, pp. 479 及其以下,以及上面, p. 217. 关于提议的冈比亚与塞内加尔之间的安排,还可参见,21 ILM, 1982, pp. 44—7.

[217] 例如,参见 1995 年《代顿和平协议》,附件 4 规定,波黑是由两个实体构成的独立国家,即波黑联邦和斯普斯卡共和国(the Republika Srpska)。这两个实体的边界在附件 2 中作出规定。

[218] Crawford, *Creation of States*, pp. 625 及其以下。关于波多黎各和纽埃岛,参见同上。

[219] 例如,参见:J. E. S. Fawcett, *Annual Survey of Commonwealth Law*, London, 1967, pp. 709—11.

[220] 关于太平洋托管领土的继承者,参见上文,第 224 页。

240 级会议。英联邦并不构成法律上有拘束力的关系，而是作为通常进行讨论的论坛。英联邦成员之间的关系显示出某种特性，例如，大使通常称为高级专员。在具体情形下看上去似乎不像具有单独的国际人格。[221] 然而，英联邦发展的独特机构越多、奉行的能够作出有拘束力决定的共同政策越多，主张国际法律人格的就会更多。

苏联解体后，作为其成员的共和国获得了独立，俄罗斯联邦被认为是苏联的延续，它们决定建立“独立国家联合体”。[222] 独联体最初由俄罗斯、白俄罗斯和乌克兰于 1991 年 12 月 8 日组成。1991 年 12 月 21 日扩大到包括 11 个前苏联加盟共和国。格鲁吉亚于 1993 年 10 月 8 日加入独联体。至此，除了三个波罗的海国家，所有前苏联加盟共和国均成为该组织成员。[223] 建立独联体的协议规定，尊重人权和其他原则，并提倡成员国之间的合作。作为有拘束力的国际条约，《独联体宪章》这个有拘束力的条约于 1993 年 6 月 22 日通过[224]，该宪章规定了一系列原则，从尊重国家主权和领土完整到人民自决、禁止使用武力或武力威胁及用和平的方法解决国际争端。该宪章指出，独联体既不是国家，也不是超国家(第 1 条)，该宪章建立了一些共同的协调结构。特别是，国家首脑理事会是“联合体的最高机构”，它可以“就主要问题作出决定，这些问题关涉成员国在它们具有相互利益的领域从事的活动”(第 21 条)，然而，政府首脑理事会的职能是协调成员国
241 的执行机构之间的合作(第 22 条)。两个理事会均可以在协商一致的基础上作出决定(第 23 条)。该宪章还建立了外交部长理事会，同时建立的还有协调与协商委员会，作为联合体的常设执行和协调机构。[225] 独联体还通过了一个《关于经济联盟的条约》[226]和一个《关于人权和基本自由的公约》。[227] 作为起指导作用的国际组织，独联体的不断发展意味着它具有国际法律人格。

---

[221] 参见：J. E. S. Fawcett, *The British Commonwealth in International Law*, London, 1963; *Oppenheim's International Law*, p. 256; O'Connell, *International Law*, pp. 346—56; Whiteman, *Digest*, vol. I, pp. 476—544; Rousseau, *Droit International Public*, vol. II, pp. 214—64, and Sale, *The Modern Commonwealth*, 1983. 关于法兰西共同体，参见：*Digest*, pp. 544—82，以及 O'Connell, *International Law*, pp. 356—9.

[222] 例如，参见：J. Lippott, “The Commonwealth of Independent States as an Economic and Legal Community”, 39 German YIL, 1996, p. 334.

[223] 参见：31 ILM, 1992, pp. 138 and 147, and 34 ILM, 1995, p. 1298.

[224] 参见：34 ILM, 1995, p. 1279.

[225] 另注意国防部长委员会、边境部队总司令委员会、经济法院、人权委员会合作分支机关和议会间大会的建立(第 30—35 条)。

[226] 1993 年 9 月 24 日，34 ILM, 1995, p. 1298.

[227] 1995 年 5 月 26 日，参见：Council of Europe Information Sheet No. 36, 1995, p. 195.

欧洲联盟[228]是一种国家联合体，目前有 27 个成员国。欧盟建立了各种共同机构，不仅有权采取对其成员国具有拘束力的法律行为，还有权采取直接在国内法律体系中产生效力的行为。欧盟主要由欧共体（欧共体是欧洲煤钢共同体、欧洲原子能共同体和欧洲经济共同体的混合体）和另外两个支柱（即共同外交与安全政策和司法与内政事务）组成。只有《欧洲煤钢共同体条约》明确规定了国际人格（第 6 条），但是，欧洲法院的判例法表明，该法院相信另外两个共同体也有这种资格。[229] 共同体法优先于国内法的原则也得到了确立。在共同体早期历史上，欧洲法院宣布：共同体构成“国际法上的新的法律秩序”。[230] 在这种情况下，似乎很难否定共同体具有国际法律人格，但是不可能认为 242
另外两个支柱涉及的合作性过程也有这种资格。[231] 欧共体有权依其外部权力谈判并缔结协议，成为国际组织的成员，并向非共同体成员国派遣代表团。但是，《欧盟条约》没有规定欧盟法律人格的条款。欧盟没有制度化的缔约权，但却能够通过欧盟委员会或通过主张其在国际上的地位缔结协议，特别是与共同外交与安全政策相关的协议。但是，2007 年《里斯本条约》第 55 条规定在《欧盟条约》中加入一个新的第 46 条（甲），该条明确规定欧盟具有法律人格。[232]

结论

上面讨论的实体是否构成国际人格者甚或国家，或者仅仅是其他国际人格者的一部分，是需要根据具体情况慎重考虑的问题，特别应考虑相关实体提出的具体主张、基本事实、特别是显现出来的与第三方控制和行政管理有效性的程度有关的事实以及其他国际

---

[228] 根据《关于欧盟的条约》（《马斯特里赫特条约》）第一编第 1 条建立，1992 年 2 月签字，1993 年 1 月 1 日开始生效。另参见：the Treaty of Amsterdam, 1997, the Treaty of Nice, 2001 and the Treaty of Lisbon, 2007.

[229] 例如，参见：*Costa* v. *ENEL* [1964] ECR 585, 593; *Commission* v. *Council* [1971] ECR 263, 274; *Kramer* [1976] ECR 1279, 1308 and *Protection of Nuclear Materials* [1978] ECR 2151, 2179; *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law* (ed. A. Toth), Oxford, 1991, p. 351; D. Lasok and J. Bridge, *Law and Institutions of the European Union* (ed. P. Lasok), 6th edn, London, 1994, chapter 2, and S. Weatherill and P. Beaumont, *EU Law*, 3rd edn, London, 1999. 另参见：A. Peters, “The Position of International Law-Within the European Community Legal Order”, 40 German YIL, 1997, p. 9, and D. Chalmers and A. Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge, 2007.

[230] *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie des Belastingen* [1963] ECR 1.

[231] 例如，参见：the Second Legal Adviser of the Foreign and Commonwealth Office, UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 660. 但是另参见：*Oppenheim's International Law*, p. 20. 也应当注意欧洲法院在下列案件中发表的第 1/94 号意见：*Community Competence to Conclude Certain International Agreements* [1994] ECR 1—5276; 108 ILR, p. 225.

[232] 2007 年《里斯本条约》尚未生效。

人格者的反应。这时，承认、默认和禁止反言的重要性是不言而喻的。对于没有表示同意的国家，接受某种国际人格是客观的，而且在时间和内容上也没有什么限制，这种接受对他们有拘束力。这些因素将在后面讨论。但是，这里应当指出的是，国际社会本身也有对这个问题有影响的需要和利益，特别是在关于通过规制诉诸武装冲突和武装冲突行
243 为的规则来追究个人的责任与保护个人的问题上，更是如此。[233]

特殊案例

马耳他骑士团

这个在十字军东征期间作为军事和医疗协会而建立的骑士团从1309年到1522年一直统治着（希腊）罗德岛（Rhodes）。根据1530年与（神圣罗马帝国皇帝）查理五世签订的条约，查理五世把西西里王国封地马耳他给予该骑士团。该骑士团在1798年失去了主权。1834年，该骑士团作为一个人道组织在罗马建立了总部。[234] 在开始控制马耳他时，该骑士团已经具有国际人格，甚至当该骑士团不得不离开该岛时，它仍然继续与多数欧洲国家交换外交使节。意大利最高法院于1935年承认该骑士团的国际人格。该法院指出，“现代国际法主体的理论承认一些集体单位，其组成不受限于其成员的国籍，由于其普遍性，其范围超出任何一个单一国家的领土范围”。[235] 由于第三方所接受的该实体的职能需要，这是注定的。值得注意的是，例如，该骑士团与80多个国家保持外交关系或被这些国家承认，并在联合国大会享有观察员地位。[236] 它并不是一个国家，而且在那些承认它的国家和组织之外是否具有一般的国际人格也是有疑问的。[237]

---

[233] 关于1959年《南极条约》的具体制度，参见下文，第535页。关于1982年《海洋法公约》规定的国际海底管理局，另参见下文，第628页。

[234] *Oppenheim's International Law*, p. 329, note 7; O'Connell, *International Law*, pp. 85—6, and Whiteman, *Digest*, vol. I, pp. 584—7. 另参见：Crawford, *Creation of States*, pp. 231 及其以下, and B. J. Theutenberg, *The Holy See, the Order of Malta and International Law*, Skara, 2003.

[235] Nanni v. Pace and the Sovereign Order of Malta 8 AD, p. 2. 另参见：Scarfo v. Sovereign Order of Malta 24 ILR, p. 1 and Sovereign Order of Malta v. Soc. An. Commerciale 22 ILR, p. 1; *Sovereign Order of Malta v. Soc. An. Commerciale* 22 ILR, p. 1, and Cassese, *International Law*, pp. 132—3.

[236] Crawford, *Creation of States*, p. 231.

[237] *Ibid.*, p. 233.

罗马教廷与梵蒂冈[238]

1870 年,意大利军队征服了教皇国,从而结束了其作为主权国家之存在。因此产生了罗马教廷在国际法上的地位问题,因为当时它的领土主权被剥夺。1929 年,罗马教廷 244
与意大利签订了《拉忒兰条约》,该条约承认梵蒂冈国家和"罗马教廷在国际关系领域的主权,作为罗马教廷的属性的一部分,符合其传统及其在世界的使团的要求"。[239] 因此,这个问题与当今梵蒂冈的法律地位问题有关。除了教廷神职人员以外,梵蒂冈没有常住人口,其存在只是为了支持罗马教廷的工作。意大利行使着与该城市有关的大量管理职能。一些学者因此得出结论认为,不能将其视为国家。[240] 但是,它是许多条约的缔约方,并且是万国邮政联盟和国际电信联盟的成员。从对梵蒂冈的主张予以承认和默许的情形来看,似乎它的确作为一个国家而存在。梵蒂冈与罗马教廷联系紧密,它们基本上是同一个实体。

1870 年之后,罗马教廷继续参与外交关系,并参加国际协议和政教协定。[241] 因此,作为国际人格者的地位得到相关各方的接受。1993 年,梵蒂冈在其向消除种族歧视委员会提交的第 11 和第 12 期合并报告中[242],提醒该委员会"它在国家组成的社会中具有的特殊性质;作为国际法的主权主体,它有范围广泛、但基本上属于宗教和道德秩序的使命,建立在极小的领土范围内,以便保障主权的教宗的牧职建立在自治的基础之上"。[243] 克劳福德的结论是,罗马教廷既是以自己的身份享有国际法律人格者,也是一个具有国

---

[238] 参见:*Oppenheim's International Law*, p. 325; Crawford, *Creation of States*, pp. 221 及其以下; J. Duursma, Fragmentation and the International Relations ofMicrostates: Self-determination and Statehood, Cambridge, 1996, pp. 374 及其以下;Rousseau, Droit International Public, vol. II, pp. 353—77; Le Saint-Sikge dans les Relations Internationales (ed. J. P. D'Onorio), Aix-en-Provence, 1989, and R. Graham, Vatican Diplomacy: *A Study of Church and State on the International Plane*, Princeton, 1959. 另参见: Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 455.

[239] 130 BFSP, p. 791. 另参见: O'Connell, *International Law*, p. 289, and Re Marcinkus, *Mennini and De Strobel* 87 ILR, p. 48.

[240] 参见:M. Mendelson, "The Diminutive States in the United Nations", 21 ICLQ, 1972, p. 609. 另参见: Brownlie, *Principles*, p. 64.

[241] 例如,参见:1993 年 12 月 30 日《罗马教皇与以色列之间的根本协议》,33 ILM, 1994, p. 153.

[242] CERD/C/226/Add. 6 (15 February 1993).

[243] 另参见:菲律宾最高法院(全体出庭)在下列案件中的决定:The *Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.* 102 ILR, p. 163.

245 家(梵蒂冈)的政府。[244]

叛乱团体和交战团体

国际法已承认这些实体在某种情况下可以缔结有效协议。[245] 这基本取决于对具体领土事实上的管理。此外,他们的敌对行为要受到国际法规则的约束,在适当时候可能作为政府被承认。由于自决权,传统的法律正在修正的过程中,其他诸如领土完整、主权平等和不干涉的原则需要与承认同时加以考虑。[246]

民族解放运动

民族解放运动是否构成国际法主体?如果是,它在多大程度上与关于非自治领土和自决原则的法律发展联系在一起?引人注目的不仅是民族解放运动在非殖民化时期日益显赫的地位,还有下述事实,即国际社会在许多情况下转而关注民族解放运动以外有争议的情势。

托管制度允许受理个人申诉,并适用于所有殖民地领土。1977 年,联合国大会第四委员会投票允许来自葡属非洲领土的某些民族解放运动的代表参与其关于这些领土的工作。[247] 联合国大会赞同解放运动观察员地位的概念,这些运动得到非洲统一组织第 2918 号(XVII)决议的承认。联合国大会在其第 3247 号(XXIX)决议中认为,由非洲统
246 一组织或阿拉伯联盟承认的民族解放运动可以参加联合国大会的会议、联合国大会主持的大会、联合国专门机构的会议以及各种联合国大会机构的会议。[248]

增加区域承认的要求有两个意图:一是在联合国接受某相关组织之前要求其有效性

---

[244] Crawford, *Creation of States*, p. 230. 在国家实践的基础上,特别是参加国际协议的实践,红十字国际委员会看来也是某种程度的国际人格者,参见:Cassese, *International Law*, pp. 133—4.

[245] 参见:*Oppenheim's International Law*, p. 165; Lauterpacht, *Recognition*, pp. 494—5; Brownlie, *Principles*, pp. 63—4, and T. C. Chen, *Recognition*, London, 1951. 另参见:Cassese, *International Law*, p. 66; S. C. Neff, "The Prerogatives of Violence-In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents" Rights', 38 German YIL, 1995, p. 41, and Neff, *The Rights and Duties of Neutrals*, Manchester, 2000, pp. 200 及其以下。

[246] 参见下面第 251 页。

[247] 参见:M. N. Shaw, "The International Status of National Liberation Movements", 5 *Liverpool Law Review*, 1983, p. 19, and R. Ranjeva, "Peoples and National Liberation Movements" *in International Law: Achievements and Prospects* (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, p. 101. 另参见: Cassese, *International Law*, pp. 140 及其以下, and H. Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, 1988.

[248] 尽管几内亚和佛得角非洲独立党的领导人未被允许在 1973 年联大发言,但巴解组织的领导于 1974 年能够在该机构发言:参见 A/C. 4/SR. 1978 p. 23 and resolution 3237 (XXIX).

达到最低水平，二是在实践中排除分离运动。联合国经济及社会理事会（原文有误，Committee 应为 Council，因为那时没有成立经社文权利委员会。——译者注）也采取类似办法，根据其程序规则，它可以邀请任何得到联合国大会决议承认的民族解放运动或根据联大决议邀请它们参与相关的辩论，但没有投票权。[249]

联合国安全理事会也允许“巴勒斯坦解放组织”（“巴解组织”）参与辩论，该组织享有与不是安理会理事国的联合国会员国相同的权利，尽管这的确产生严重的宪法性问题。[250] 因此，民族解放运动在联合国及其机关取得观察员地位的可能性已经在国际实践中得到积极肯定。但是，国际人格的问题比较复杂，并且更有意义，必须求助于国家实践。[251] 国家对解放运动的广泛承认本身是否足以赋予其这种地位，仍然是一个有争议的问题。

然而，1993 年 9 月 13 日在华盛顿签订了《以色列和巴解组织临时自治安排原则宣言》，巴解组织的地位随之开始演变。[252] 根据该宣言，中东和平会议上约旦—巴勒斯坦 247
代表团中的巴解组织小组被认为代表巴勒斯坦人民。在永久解决该争端之前的大约五年的过渡期间内，同意建立巴勒斯坦临时自治当局作为（自 1967 年被以色列占领的）西岸和加沙巴勒斯坦人民选举产生的委员会。该委员会管辖的领土及于西岸和加沙，但是那些需要在永久地位谈判中解决的问题除外。在宣言生效时，将开始以色列军事治理和民事管理的权力转换。1994 年 5 月 4 日的《开罗协议》规定[253]，以色列部队从杰里科和加沙地带立即撤出，并把权力移交给单独建立的巴勒斯坦当局。应该强调的是，与巴解

---

[249] 经社理事会第 1949（LVII）号决议，1975 年 5 月 8 日。关于人权委员会，另参见：CHR/Res. 19（XXIX）。联大和经社理事会也呼吁各个专门机构和其他与联合国有关系的组织协助殖民地领土上的人民以及民族解放运动，例如，参见联大第 33/41 号和第 35/29 号决议。

[250] 参见：*Yearbook of the UN*, 1972, p. 70 and 1978, p. 297; S/PV 1859 (1975); S/PV 1870 (1976); *UN Chronicle*, April 1982, p. 16, and DUSPIL, 1975, pp. 73—5. 另参见：Shaw, “International Status”.

[251] 参见 the *UN Headquarters Agreement* case, ICJ Reports, 1988, p. 12; 82 ILR, p. 225.

[252] 32 ILM, 1993, p. 1525. 注意：1993 年 9 月 9 日，以色列总理和巴勒斯坦民族解放组织主席之间交换了互相承认以及对和平进程承诺的信函，例如，参见：K. Calvo-Goller, “L”Accord du 13 Séptembre 1993 entre “L”Israël et l'OLP: Le Régime d'Autonomie Prévu par la Déclaration Israël/OLP', AFDI, 1993, p. 435. 另参见：Crawford, *Creation of States*, pp. 442 及其以下；*New Political Entities in Public and Private International Law* (eds. A. Shapira and M. Tabory), The Hague, 1999; E. Benvenisti, “The Status of the Palestinian Authority” in *Arab-Israeli Accords: Legal Perspectives* (eds. E. Cotrain and C. Mallat), The Hague, 1996, p. 47, and Benvenisti, “The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement”, 4 EJIL, 1993, p. 542, and P. Malanczuk, “Some Basic Aspects of the Agreements Between Israel and the PLO from the Perspective of International Law”, 7 EJIL, 1996, p. 485.

[253] 33 ILM, 1994, p. 622.

组织不同,该当局将具有特定的立法、行政和司法的权力。这个持续的过程包括 1995 年 8 月 27 日议定书规定的进一步的权力和责任的移交,以及 1995 年 9 月 28 日《西岸和加沙临时协定》规定的:其他广泛权力和责任移交给等待选举出来的委员会的巴勒斯坦当局,并为以色列从一些城市和村庄撤出作出安排。[254] 接着,又签订了 1997 年关于希伯伦的协议[255]和 1998 年怀伊河协议,两个协议都标志着以色列重新部署了军队。然而,1999 年的《沙姆沙伊赫备忘录》以及后来的议定书均涉及在加沙巴勒斯坦当局地区与西岸之间安全通行的安排。[256] 根据这些安排建立的巴勒斯坦当局的权力在领土和管辖权方面有所增强,因而产生了法律人格问题。尽管巴勒斯坦的国家资格显然没有得到国际
248 社会的承认,但巴勒斯坦当局可以被认为具有某种形式的有限的国际人格。[257] 但是,这种国际人格派生于以色列与巴解组织之间的协议,与作为民族解放运动的巴解组织的国际人格无关,后者需要各个第三方的承认。[258]

关于纳米比亚,在这块被认为具有国际地位的领土上[259]存在着被视为人民权威代表的民族解放运动[260],但是,理论上,该运动受联合国纳米比亚理事会管理。该机构于 1967 年由联合国大会建立,以便对该领土加以管理,并为独立做准备。1990 年,该理事会被解散。该理事会由 31 个联合国会员国组成,对联合国大会负责。[261] 该理事会谋求在国际组织和国际会议中代表纳米比亚的利益,向纳米比亚人颁发旅行证件,这些证件得到多数国家的承认。[262] 1974 年,该理事会发布第 1 号令,试图禁止在南非支持下对该领土资源进行掠夺,但在实践中,该命令几乎没有得到执行,它不是以尽可能清楚的方式

---

[254] 例如,参见:M. Benchikh, "L"Accord Intérimaire Israélo-Palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza du 28 September 1995', AFDI, 1995, p.7, and *The Arab-Israeli Accords: Legal Perspectives* (eds. E. Cotran and C. Mallat), The Hague, 1996.

[255] 例如,参见:A. Bockel, "L"Accord d'Hebron (17 janvier 1997) et la Tentative de Relance du Processus de Paix Israélo-Palestinien', AFDI, 1997, p.184.

[256] 参见: A. Bockel, "L"Issue du Processus de Paix Isra ~ lo-Palestinien en Vue?, AFDI, 1999, p.165.

[257] 例如,参见:K. Reece Thomas, "Non-Recognition, Personality and Capacity: The Palestine Liberation Organisation and the Palestinian Authority in English Law", 29 *Anglo-American Law Review*, 2000, p.228; *New Political Entities in Public and Private International Law With Special Reference to the Palestinian Entity* (eds. A. Shapiro and M. Tabory), The Hague, 1999, and C. Wasserstein Fassberg, "Israel and the Palestinian Authority", 28 *Israel Law Review*, 1994, p.319.

[258] 例如,参见 M. Tabory, "The Legal Personality of the Palestinian Autonomy" in Shapira and Tabory, *New Political Entities*, p.139.

[259] The *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, p.16; 49 ILR, p.3.

[260] Assembly resolution 3295 (XXIX),承认西南非洲人民组织是纳米比亚人民的权威代表。

[261] 英国不承认该理事会:参见 408 HL Deb., col. 758, 23 April 1980.

[262] 例如,参见:J. F. Engers, "The UN Travel and Identity Documents for Namibia", 65 AJIL, p.571.

起草的。[263] 该理事会的地位并不清楚，但是它在联合国范围内发挥的作用得到了承认，这一点是清楚的，因此可能具有某种形式的有限人格，当然，与得到承认的民族解放运动“西南非洲人民组织”完全不同。

国际公众公司

这种实体可能有各种人们熟知的名称，例如多国上市企业或国际合作机构，一般特 249
征是通过国际协议规定政府与私人企业之间的合作。[264] 例如，有学者给这种实体界定为：

> 其组成不是排他地适用一个国家的国内法的结果；其成员及其董事代表几个主权国家；其法律人格不是或无论如何不完全依赖于国家当局的决定或国内法律的适用；最后，至少部分地约束其运作的规则不是源自一个甚至几个国家的国内法。[265]

这种企业在组织的性质以及权限方面可能差异很大。这种公司的例子包括：1973年为了全球商业通信卫星系统建立的作为政府间机构的“国际通信卫星有限公司”（INTELSAT）、1955 年由欧洲 14 个国家为了向这些国家的铁路管理当局出租设备而成立的“欧洲铁路车辆融资公司”（Eurofima）、以及 1930 年根据 5 个国家与东道国瑞士之间签订的条约建立的“国际清算银行”（BIS）。人格问题取决于国内和国际人格之间的差别。如果某实体被赋予许多权力并且与国内法保持足够的距离，可能涉及国际人格。不过，需要对具体情况加以认真考虑。

跨国公司

另一个可能具有国际人格的主体是跨国或多国公司。国际关系中的这种重要的现

---

〔263〕 参见：*Decolonisation*, No. 9, December 1977.

〔264〕 例如，参见：D. Fligler, *Multinational Public Corporations*, Washington, DC, 1967; Brownlie, *Principles*, pp. 67—9, and D. A. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, Leiden, 1978, pp. 57—146. 另参见：P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, updated edn, Oxford, 1999.

〔265〕 转引自：Ijalaye, *Corporate Personality*, p. 69.

250 象有各种定义。[266] 它们基本上是由几个通过母公司将其联系在一起的法律实体组成的私人商业组织，公司的大小以及跨国程度有所不同。在“巴塞罗那牵引公司”案[267]之后的一些年里，与这种公司相关的国际层面的实践明显增多。一直都想制定一套调整这些实体国际行为的纲领。[268] 但是，进展缓慢，一些重要问题有待解决，这些问题包括，如果
251 有了纲领，其法律效力如何。[269] 跨国公司的国际人格问题依然没有解决。[270]

[266] 例如，参见：C. W, Jenks, in *Transnational Law in a Changing Society* (eds. W. Friedman, L. Henkin and O. Lissitzyn), New York, 1972, p. 70; H. Baade, in *Legal Problems of a Code of Conduct for Multinational Enterprises* (ed. N. Horn), Boston, 1980; J. Charney, "Transnational Corporations and Developing Public International Law", *Duke Law Journal*, 1983, p. 748; F. Rigaux, "Transnational Corporations" in Bedjaoui, *International Law: Achievements and Prospects*, p. 121, and Henkin et al., *International Law Cases and Materials*, p. 368. 另参见：Muchlinski, *Multinational Enterprises*; C. M. Vazquez, "Direct vs Indirect Obligations of Corporations under International Law", 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, p. 927; F. Johns, "The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory", 19 *Melbourne University Law Review*, 1993—4, p. 893; D. Eshanov, "The Role of Multinational Corporations from the Neoinstitutionalist and International Law Perspectives", 16 *New York University Environmental Law Journal*, 2008, p. 110, and S. R. Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", 111 *Yale Law Journal*, 2001, p. 443.

[267] ICJ Reports, 1970, pp. 3, 46—7; 46 ILR, pp. 178, 220—1.

[268] 例如，参见：OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 75 US Dept. State Bull., p. 83 (1976), and ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 17 ILM, pp. 423—30. 另参见：Baade, *Legal Problems*, pp. 416—40. Note the OECD Principles of Corporate Governance, 1998 and the ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 2000. 另参见：the Draft Norms on Responsibilities for Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights produced by the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights' Sessional Working Group on the working methods and activities of transnational corporations, E/CN.4/Sub.2/2002/13, August 2002, and *Human Rights Standards and the Responsibilities of Transnational Corporations* (ed. M. Addo), The Hague, 1999.

[269] 参见联合国跨国公司委员会制定的行为标准草案，22 ILM, pp. 177—206; 23 ILM, p. 627 and 同上，p. 602（秘书处关于重要问题的报告）；E/1990/94（1990）和世界银行关于外国直接投资待遇的指南，31 ILM, 1992, p. 1366. 该委员会于 1993 年停止工作。促进和保护人权小组委员会在 2003 年通过了《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则》，参见：E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. 注意：安第斯集团委员会在第 292 号决议中通过了一份关于安第斯多国企业的统一法典，30 ILM, 1991，第 1295 页；以及东部和南部非洲国家关于多国工业企业体制的宪章，同上，第 696 页。另参见前一个脚注。

[270] 《美国外交关系法重述第三》(St Paul, 1987, p. 126)指出，跨国公司尽管其国际生活的特性业已建立，但“尚未获得国际法上的独立地位”。

所有人民的自决权[271]

法律权利的确立

这个原则的起源可以追溯到最初在欧洲逐渐形成的民族与民主的概念。其主要形式形成于第一次世界大战之后。尽管威尔逊总统作出了努力，但是该原则并未写进《国际联盟盟约》，并且很清楚，没有将其视为一项法律原则。[272] 不过，在关于少数者保护的各种规定[273]以及根据神圣托管概念建立的委任统治制度中，均可窥见该原则的影响。在第二次世界大战前的十年里，国际法上关于自决的实践相对稀少。苏联在这一时期签订的条约中提到该原则。[274] 但是，在“阿兰群岛”案中，处理该情势的法学家委员会和报告员委员会明确认为，自决原则不是国际法上的法律原则，而是纯粹的政治概念。[275] 该 252
情势涉及据称属于芬兰一部分的一个岛上的瑞典居民，最终由于国际联盟承认芬兰拥有主权以及保障少数者的承诺而得以解决。

---

[271] 一般例如，参见：A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995; K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, 2002; U. O. Umozurike, *Self-Determination in International Law*, Hamden, 1972; A. Rigo-Sureda, *The Evolution of the Right of Self-Determination*, Leiden, 1973; M. Pomerance, *Self-Determination in Law and Practice*, Leiden, 1982; Shaw, *Title to Territory*, pp. 59—144; A. E. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford, 2004; D. Raic, *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague, 2002; Crawford, *Creation of States*, pp. 107 及其以下, and Crawford, “The General Assembly, the International Court and Self-Determination” in *Fifty Years of the International Court of Justice* (eds. A. V. Lowe and M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, p. 585; Rousseau, *Droit International Public*, vol. II, pp. 17—35; Wilson, *International Law*; Tunkin, *Theory*, pp. 60—9; and Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination*. See also M. Koskenniemi, “National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice”, 43 ICLQ, 1994, p. 241; H. Quane, “The UN and the Evolving Right to Self-Determination”, 47 ICLQ, 1998, p. 537, and W. Ofuatey-Kodjoe, “Self Determination” in *United Nations Legal Order* (eds. O. Schachter and C. Joyner), Cambridge, 1995, vol. I, p. 349.

[272] 参见：A. Cobban, *The Nation-State and National Self-Determination*, London, 1969; D. H. Miller, *The Drafting of the Covenant*, *New York*, 1928, vol. II, pp. 12—13; S. Wambaugh, *Plebiscites since the World War*, Washington, 1933, vol. I, p. 42, 以及 Pomerance, *Self-Determination*.

[273] 例如，参见：J. Claude, *National Minorities*, Cambridge, 1955, 以及 J. Lador-Lederer, *International Group Protection*, Leiden, 1968.

[274] 例如，参见：the Baltic States' treaties, Martens, *Recueil Général de Traités*, 3rd Series, XI, pp. 864, 877 and 888, 以及 Cobban, *Nation-State*, pp. 187—218. 另参见：Whiteman, *Digest*, vol. IV, p. 56.

[275] LNOJ Supp. No. 3, 1920, pp. 5—6 and Doc. B7/21/68/106[VII], pp. 22—3. 另参见：J. Barros, *The Aaland Islands Question*, New Haven, 1968 以及 Verzijl, *International Law*, pp. 328—32.

第二次世界大战推动了对这种思想的进一步思考，因此该原则被写进《联合国宪章》。作为该组织的宗旨之一，第1条第2款规定发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，第55条作出相同措辞的规定。用如此一般性措辞提及该原则是否足以使其作为有拘束力的权利得到承认，这是有争议的。然而，多数人持反对意见。《宪章》中不是每一项政治目的的规定都可被认为自动创设法律义务。另一方面，特别是在阐述联合国宗旨的情形下将其写进《宪章》，为后来人们根据其法律效力及其后果并考虑其定义解释该原则提供了机会。还应该注意的是，尽管没有明确的措辞，可以认为《宪章》第11章和第12章关于非自治领土和托管领土的规定与自决权的发展和界定是相关的。[276]

联合国体系内自1945年以来的实践，无论是关于该原则的解释和地位的一般性实践，还是关于将其适用于特定情势的具体实践，均说明该项权利最终已经确立了在国际法上的法律地位。这是通过条约或习惯取得的，或者真正地，但较有争议地，通过构建一项一般法律原则而取得的。正如后面将要看到的那样，所有这些路径都是有关联的。《联合国宪章》是多边条约，可以通过后来的实践加以解释，然而，各种国家和组织在联合国体系内显现的实践可以导致习惯法的形成。联合国处理自决问题的大量资料证明了这个概念的重要性，下面将简单介绍一些比较重要的资料。

1960年，经89票赞成、0票反对和9票弃权通过的第1514号(XV)决议，即《给予殖
253 民地国家和人民独立宣言》强调：

> 所有的人民都有自决权；依据这个权利，他们自由地决定他们的政治地位，自由地发展他们的经济、社会和文化。

不得以政治、经济、社会或教育方面的准备不足作为拖延独立的借口。然而，任何旨在部分地或全面地分裂一个国家的统一和破坏其领土完整的企图均被认为与《联合国宪章》的目的和原则相违背。该殖民地宣言为关于自决的辩论定了调子，它强调殖民地范围并反对分裂，并且被一些人认为构成对《宪章》有拘束力的解释。[277] 非殖民化特别委

---

[276] 例如，参见：O'Connell, *International Law*, p. 312; N. Bentwich and A. Martin, *Commentary on the Charter of the UN*, New York, 1950, p. 7; D. Nincic, *The Problem of Sovereignty in the Charter and the Practice of States*, The Hague 1970, p. 221; H. Kelsen, *Law of the United Nations*, London, 1950, pp. 51—3, 以及 H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, The Hague, 1950, pp. 147—9. 另参见：田中法官在"西南非洲"案中的意见：ICJ Reports, 1966, pp. 288—9; 37 ILR, pp. 243, 451—2.

[277] 例如，参见：O. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, 1966, pp. 177—85. 另参见：Shaw, *Title*, chapter 2.

员会的建立使该宣言的效力得到加强。该委员会现在处理所有附属领土问题,并证明它是极为活跃的,而且事实上,几乎所有处理自决问题的联合国决议都明确提及该宣言。的确,国际法院曾特别将该宣言作为与非自治领土有关的国际法发展的"重要阶段",并作为"非殖民化过程的基础"。[278]

1966 年,联合国大会通过了两个人权公约。两个公约在共同第一条中,除其他外,宣布"所有人民都有自决权,他们凭这种权利自由地决定他们的政治地位,并自由地谋求他们的经济、社会和文化的发展",公约的各缔约国"应在符合《联合国宪章》的条件下,促进自决权的实现,并尊重这种权利"。两个公约于 1976 年生效,并因此构成对缔约国具有拘束力的规定。此外,还可以将这些规定视为对《联合国宪章》中一些包括自决在内的人权规定的权威解释。1970 年《关于友好关系的国际法原则宣言》详细阐述了宪章的七项规定,可以认为这些阐述构成权威解释。除其他外,宣言指出,"根据《联合国宪章》所尊崇之各民族享有平等权利及自决权之原则,各民族均有权自由决定其……政治地位",所有国家均有义务根据《联合国宪章》尊重这种权利。该宣言专门有意充当解释 254
某些重要的《宪章》规定的角色,而且该宣言的确是在没有反对票的情况下由联合国大会通过的。[279]

除了这种一般抽象方法外,联合国机关也在一系列具体的决议中处理特定情势下的自决问题,这种实践可以用来加强下述结论,即通过《宪章》的解释过程,该原则已经成为国际法上的一项权利。联合国大会和安全理事会均已经通过许多决议。[280] 由于联合国体系的实践也是国家实践,因此,可能已经创设出来一项习惯国际法规则。但是,确定法律确信这个要素并非易事,需要认真评价和判断。

关于自决原则的司法讨论一直很少,并且主要集中在国际法院关于"纳米比亚"[281]和"西撒哈拉"[282]的咨询意见上。在前一个案子中,国际法院强调,"《联合国宪章》尊崇的有关非自治领土的国际法后来的发展使自决原则可以适用于这些领土"。[283] "西撒哈

---

[278] The *Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 31 and 32; 59 ILR, pp. 14, 49.

[279] 未经投票于第2625 (XXV)号决议通过。例如参见:R. Rosenstock, "The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Resolutions", 65 AJIL, 1971, pp. 16, 111 and 115.

[280] 例如,参见:联大通过的下列决议:1755 (XVII); 2138 (XXI); 2151 (XXI); 2379 (XXIII); 2383 (XXII) 以及安理会通过的下列决议:183 (1963); 301 (1971); 377 (1975) and 384 (1975).

[281] ICJ Reports, 1971, p. 16; 49 ILR, p. 3.

[282] ICJ Reports, 1975, p. 12; 59 ILR, p. 30. 另参见: M. N. Shaw, "The Western Sahara Case", 49 BYIL, p. 119.

[283] ICJ Reports, 1971, pp. 16, 31; 49 ILR, pp. 3, 21.

拉”案(the *Western Sahara* case)确认了这一点。[284] 该案是在该领土的非殖民化过程中发生的,该领土在西班牙殖民权力的控制下,但是摩洛哥和毛里塔尼亚均提出收复领土的要求。请求法院就当时该领土与摩洛哥和毛里塔尼亚实体的法律联系发表咨询意见。法院强调,发表咨询意见的请求源自联合国大会对西撒哈拉非殖民化的考虑,并强调该
255 领土的自决权构成向法院提出问题的基本前提。[285] 法院对《宪章》的规定和上述决议进行分析后,得出下述结论:19 世纪 80 年代相关时期内,该领土与主张权利者之间的联系并不影响将第 1514(XV)号决议——《殖民地宣言》——适用于该领土的非殖民化,具体来讲,不影响适用自决权。换言之,很清楚,法院认为,在这种领土情形下,自决原则是一项法律原则。

在“东帝汶”案(葡萄牙诉澳大利亚)[286]中,法院的观点向前迈进了一步。法院宣布,“通过《宪章》和联合国实践的演变,人民自决权已经具有对一切人的(*erga omnes*)性质,葡萄牙的这种主张是无可指责的”。法院强调,“人民自决权是当代国际法的基本原则之一”。[287] 但是,在该案中,法院注意到对于葡萄牙和澳大利亚,东帝汶(自 1975 年以来在印度尼西亚的军事占领之下)构成非自治领土,并指出东帝汶人民享有自决权。但法院认为,在诉讼中没有印度尼西亚的参与意味着法院无法行使其管辖权。[288] 法院的这些观点在“建造隔离墙咨询意见”中全部得到了重申。[289]

在 1998 年“关于魁北克分离的咨询意见”中,以提出三个问题的形式将自决问题提交到加拿大最高法院。其中第二个问题是,国际法上是否存在给予魁北克单方面分离权的自决权?[290] 该法院宣布,自决原则“已经取得了超出‘公约’的地位,并被视为国际法
256 的一般原则”。[291]

---

[284] ICJ Reports, 1975, pp. 12, 31; 59 ILR, pp. 30, 48.

[285] ICJ Reports, 1975, p. 68; 59 ILR, p. 85. 特别参见迪拉德(Dillard)法官的观点:“适用于在联合国指导下的非自治领土的非殖民化的国际法规范已经产生”, ICJ Reports, 1975, pp. 121—2; 59 ILR, p. 138. 另参见:佩特伦法官(Petren)的意见, ICJ Reports, 1975, p. 110; 59 ILR, p. 127.

[286] ICJ Reports, 1995, pp. 90, 102; 105 ILR, p. 226.

[287] 同上。

[288] ICJ Reports, 1995, pp. 105—6. 其原因与法院不能在未经国家同意行使管辖权的原则有关。法院的观点是,葡萄牙针对澳大利亚的主张在没有对印度尼西亚的立场进行审查之前不能作出判决,而印尼没有接受国际法院的管辖权。参见下文,第 19 章,第 1078 页。

[289] ICJ Reports, 2004, pp. 136, 171—2; 129 ILR, pp. 37, 89—91.

[290] (1998) 161 DLR (4th). 385; 115. ILR, p. 536. 第一个问题是关于在加拿大宪法中是否存在分离权;第三个问题是,在国际法与国内法冲突时谁居优先。参见下文,第 10 章,第 522 页,关于分离与自决权问题。

[291] (1998) 161 DLR (4th) 434—5.

自决的定义

如果该原则作为法律原则而存在，而且据信情况的确如此，那就会产生该原则的范围和适用问题。如上所述，从1960年《殖民地宣言》到1970年《国际法原则宣言》以及1966年两个国际人权公约，联合国对该原则的阐释强调它是“所有人民”的权利。如果情况是这样的，那么所有人民将因此而作为国际权利的直接持有者从而成为某种程度上的国际法主体。如果所使用的“人民”的定义是一般政治社会学上的定义[292]，那就是既定国际法概念的重大改变。事实上，这样的事情没有发生，在国际法的概念里，什么构成这种意义上的人民已经演变成形，因此，所谓的“自”必须在公认的殖民地领土框架内来确定。扩大这个概念的企图并不成功，而且联合国一直竭力反对任何部分地或全部地分裂一个国家的国家统一和领土完整。[293] 联合国的政策基础是下述论点，即：“依据《联合国宪章》殖民地领土或其他非自治领土享有与国家管理下的领土独自且不同的地位。”直到该领土上的人民行使自决权之前，这种地位都是存在的。[294] 自决还与领土完整原则一起适用，以便在非殖民化过程中维护殖民时期的领土框架，也是为了防止产生一项允许从独立国家分离的规则。[295] 在“魁北克”案（the *Quebec* case）中，加拿大最高法院注意到，“国际法的期待是，自决权将被现存主权国家框架内的人民行使，并且行使的方式要与维护这些国家的领土完整相一致”。[296] 作为一个概念，自决能够进一步发展成为可 257
以包括从现存国家分离的权利[297]，但是，那种情况尚未令人信服地发生。[298] 然而，该原则适用于欧洲各个帝国非殖民化的情形，并因此使这些领土上的人民具有某种程度的国际人格，这一点是很清楚的。

自决原则规定，相关殖民地领土单位上的人民可以自由地决定他们自己的政治地

---

[292] 例如，参见：Cobban, *Nation-State*, p. 107，以及 K. Deutsche, *Nationalism and Social Communications*, New York, 1952. 另参见：the *Greco-Bulgarian Communities* case, PCIJ, Series B, No. 17; 5 AD, p. 4.

[293] 例如，参见：1960年《殖民地宣言》、1970年《国际法原则宣言》、以及《非洲统一组织宪章》第3条第3款。

[294] 1970《国际法原则宣言》。另注意：1541（XV）号决议宣布，有义务转达关于“在地理上分割的并在种族和文化上不同于管理国的领土上的信息”。

[295] 例如，参见：T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990, pp. 153 及其以下；Franck, “Fairness in the International Legal and Institutional System”, 240 HR, 1993 III, pp. 13, 127—49; Higgins, *Problems and Process*, 第11章，以及 Shaw, *Title*, 第三章和第四章。

[296] (1998) 161 DLR (4th) 385, 436; 115 ILR, p. 536.

[297] 注意，加拿大最高法院的确提及“可能”产生分离权的“例外情形”：参见下文，第10章，第289页。

[298] 但是参见，下文，第6章，第522页，关于在独立国家内实施的作为人权原则的自决的演变。

位。这种决定可以导致独立、并入一个邻国、与一个独立国家联合或相关人民自由决定的任何其他政治地位。[299] 自决在创设国家资格的情形、维护国家主权和独立、为解决争端提供标准以及在国家对自然资源的永久主权方面也起着作用。[300]

个人[301]

258 个人在国际法上的地位问题与人权国际保护的兴起有着紧密联系。本节将对这个问题作出一般评论。关于这个问题的客体论认为,个人仅构成那类法律试图作出的法律规定的标的物。只有国家,也可能还有国际组织,才是法律的主体。[302] 这种理论的价值是有限的。国际法的实质一直是其对个人的最大关注,这一实质明确地体现在古典国际法的自然法根源之中。[303] 实证主义理论的发展,特别是其在19世纪的发展,掩盖了国际法的这个性质并强调国家核心论,甚至强调国家在这方面的排他性。然而,现代实践确实表明,个人已经日益作为国际法的参与者及其主体而得到承认。这个过程主要、但不完全发生在人权法领域。

在国际法上,个人与国家之间的联系历来是国籍这个概念。特别在国家管辖领域以及国家对个人的国际保护领域,国籍过去是、且现在依然是非常重要的。常常指出的是,

---

[299] "西撒哈拉"案,ICJ Reports, 1975, pp. 12, 33 and 68. 另参见:迪拉德法官(Dillard),同上,p. 122; 59 ILR, pp. 30, 50, 85, 138. 参见:联大第1541(XV)号决议以及1970年《国际法原则宣言》。

[300] 参见:"东帝汶"案,ICJ Reports, 1995, pp. 90, 102; 105 ILR, p. 226,除其他外,葡萄牙主张,澳大利亚与印度尼西亚关于勘探和开发帝汶海槽大陆架的协议侵犯了东帝汶人民的自决权。

[301] 例如,参见:*Oppenheim's International Law*, chapter 8; Higgins, *Problems and Process*, pp. 48—55; Brownlie, *Principles*, chapter 25; O'Connell, *International Law*, pp. 106—12; C. Norgaard, *Position of the Individual in International Law*, Leiden, 1962; Cassese, *International Law*, pp. 142 ff.; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 643; R. Müllerson, "Human Rights and the Individual as a Subject of International Law: A Soviet View", 1 EJIL, 1990, p. 33; P. M. Dupuy, "L"individu et le Droit International', 32 *Archives de Philosophie du Droit*, 1987, p. 119; H. Lauterpacht, *Human Rights in International Law*, London, 1951, and *International Law: Collected Papers*, vol. II, p. 487, and *The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, study prepared by Daes, 1983, E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2. 另参见:下文第6章。

[302] 例如,参见:O'Connell, *International Law*, pp. 106—7.

[303] 例如,参见:Grotius, *De Jure Praedae Commentarius*, 1604, cited in Daes, *Individual's Duties*, p. 44, 以及 Lauterpacht, *Human Rights*, pp. 9, 70 and 74.

例如,个人针对一个外国的申诉被归入以其国家的名义提出的申诉。[304] 每个国家有权决定谁是其国民,而且只要符合国际法也将得到其他国家的承认,尽管为了让其他国家承认这种国籍,国家与相关个人之间必须要有实际的联系。[305]

作为一般的规则,在没有国籍国提出抗议的情况下,尽管国家可以同意赋予个人以无需国内法作出规定即可在国际法上执行的特定权利,但对国际公约的违反个人没有提出主张的资格。[306] 例如,根据 1919 年《凡尔赛和约》第 304 条(b)的规定,同盟国与协约国的国民可以其自己的名义针对德国向混合仲裁庭提起诉讼,1907 年,五个中美洲国家 259
之间《关于建立中美洲法院的条约》规定个人可以直接向法院提起诉讼。[307]

这种主张在"但泽铁路官员"案(the *Danzig Railway Officials* case)[308] 中得到重申,常设国际法院强调,根据国际法,条约本身不直接为私人创设权利和义务,尽管当缔约国有此意愿时,某些条约可以规定通过一些在国内法院可以实行的个人权利和义务。根据 1919 年和平条约中关于少数者保护的有关规定,个人在某种情形下可以直接诉诸一个国际性的法院。类似地,根据 1922 年《上西里西亚公约》建立的法庭决定,它有权受理一国国民控告其所属国的案子。[309]

从那以后,相当多的条约规定个人直接享有权利,并使个人能够直接诉诸国际性的法院或法庭。作为例子,可以提及 1950 年的《欧洲人权公约》、1957 年的《欧共体条约》、1969 年的《美洲国家间人权公约》、1966 年的《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》、1965 年的《消除一切形式种族歧视国际公约》和 1965 年的《投资争端解决公约》。

但是,个人在国际法上的法律人格问题还扩及到个人的直接刑事责任问题。现在公认的是,国际法以某种形式规定某种极其邪恶的行为,以便引入直接个人刑事责任。这个问题将在第 8 章中讨论。

国际组织

国际组织在国际人格方面发挥了重要作用。19 世纪以来,这样的组织大量涌现,并

---

[304] 参见:the *Panevezys-Saldutiskis* case, PCIJ, Series A/B, No. 76; 9 AD, p. 308. 另参见: the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (Jurisdiction), PCIJ, Series A, No. 2 (1924); 2 AD, p. 27. 另参见:下文,第 14 章,第 808 页。

[305] 参见:"诺特鲍姆"案, ICJ Reports, 1955, pp. 4, 22—3; 22 ILR, p. 349, 以及下面第 14 章, p. 808.

[306] 例如,参见:*US v. Noriega*, 746 E Supp. 1506, 1533 (1990); 99 ILR, pp. 143, 175.

[307] 参见:Whiteman, *Digest*, vol. I, p. 39.

[308] PCIJ, Series B, No. 15 (1928); 4 AD, p. 287.

[309] 例如,参见:*Steiner and Gross v. Polish State* 4 AD, p. 291.

因此产生了国际法律人格的问题。原则上，现今确实公认的是，国际组织的确具有客观
260 的国际法律人格。[310] 在具体情况下是否如此取决于该情形的特定情况。一个组织在国际法上是否具有人格取决于其组织文件的地位、其实际权力和实践。在这种情形下，重要因素包括与国家和其他国际组织建立关系、与它们缔约的能力以及根据国内法给予它的地位。这种因素在国际法上就是人格的暗示。国际组织将在第 23 章中讨论。

法律人格的取得、性质及后果——一些结论

对现存和可能的国际法主体的上述分析既表明了各种形式的实体在国际层面相互作用的范围，也说明当代国际关系的结构对国际法所施加的压力。国际法院明确承认人格模式的多元性，强调任何法律体系内的法律主体在其性质或其权利的内容上不一定是一致的。[311] 然而，存在两个基本类型，即客观的和有限的人格。在前一种情况下，该实体要服从广泛的国际权利与义务，并且有权被与其进行交往的任何其他国际人格者承认为一个国际人格者。换言之，它将对一切（*erga omnes*）有效。客观国际人格者的创造必定是比较困难的，需要基本上整个国际社会的行动或这种行动的实质要素。国际法院在“赔偿”案中指出：

> 代表着国际社会多数成员的 50 个国家，有权按照国际法创造一个具有客观国际人格的实体，而且不仅仅是只有它们自己才承认的人格，同时还有提出国际求偿
261 的能力。[312]

另一方面，取得仅对同意的主体具有拘束力的有限人格可能比较容易，而且很清楚，关于这个问题至少理论应该承认现存的实践。任何法律人格者均可承认其他实体在与其关系上具有人格，这种决定只能在对人方面才可奏效。

国家是原始的并且是主要的国际法主体。其人格来自其本质以及国际体系的结构。国家资格是已设定的法律标准实际得到满足的结果。尽管承认为符合所要求的标准提

---

〔310〕 参见：the *Reparation for Injuries* case, ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318. 另参见：the *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt* case, ICJ Reports, 1980, pp. 73, 89—90; 62 ILR, pp. 450, 473—4.

〔311〕 ICJ Reports, 1949, p. 178; 16 AD, p. 321.

〔312〕 ICJ Reports, 1949, p. 185; 16 AD, p. 330. 劳特派特（H. Lauterpacht）写道：“在每个特定案件中，必须通过援引实际经验和法律推理以一种实用的方式来回答某个实体是否是国际法主体这个问题，而不是把谁可以成为国际法主体这个问题当作一个先验的概念”，*International Law and Human Rights*, p. 12.

供有价值的证据,但承认的构成说不一定是可以接受的理论。所有国家根据主权平等原则将享有同样程度的国际法律人格。有人曾主张,一些国际组织不是派生的国际法主体,而是作为主权或作为自我管理的法律共同体,具有直接来自该体系的固有的人格,并以此构成一般的、甚至客观的国际法主体。非主权的个体,包括非政府组织和个人,是派生的主体,仅具有必要国际法主体赋予的国际权力。[313] 这种观点可能受到质疑,但是,更大的国际组织的实践,其重要意义的确是不能低估的。

类似地,罗马教廷的作用(特别是1929年以前)以及联合国的经验表明,派生主体的称谓并不令人满意。其意义涉及它们在组织文件和后来的实践基础上扩大其国际权利和义务的能力,并涉及它们进一步创设国际人格者和在制定规范过程中发挥作用的能力。

在国际人格的情形下,承认、默认和禁止反言都是重要原则,不仅对国家和国际组织,对所有主体都是如此。它们不仅影响新主体的创设,而且影响这些主体的性质及其权利和义务的界定。

通过条约规定并结合其他国际人格者的承认或默认可以获得人格。例如,红十字国 262
际委员会是一个依据瑞士法律建立的私人非政府组织,根据1949年日内瓦四公约被赋予了特殊职能,并被认为有能力依据国际法与诸如欧共体和世界粮食计划署之类的国际人格者签订国际协议。[314] 另一种获得人格的方法是在得到承认的国际人格者与某私人缔约方之间直接根据国际法的规则签订协议。其结果使该私人缔约方在相关安排的范围内成为国际人格者,从而使其能够援引由该安排产生的国际法领域的权利。[315] 第三世界国家目前可能不完全接受这一点,原因可能是对相关国际法规则的理解,这些规则可能会发生很大变化。[316] 通过直接承担国际义务也可以取得人格。个人在诸如战争罪、海盗和种族灭绝的具体情形下就会发生这种情况,将来这可能成为跨国公司被视为国际人格者的方法。

在某些例外情形下,社会对于国际稳定和国际生活的需求可能有很大关系。在没有被国家完全统治的非国家领土实体的情况下,似乎可能会有这种社会需求,即至少应保

---

[313] 例如,参见:F. Seyersted, "International Personality of Intergovernmental Organisations", 4 IJIL,, 1964, p. 19.

[314] 例如,参见:Whiteman, *Digest*, vol. I, p. 48, 以及 *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, p. 12.

[315] 特别参见:the *Texaco v. Libya* case, 53 ILR, pp. 389, 457—62.

[316] 注意:在为亚洲和远东经济委员会做准备而进行的研究中提出的耐人寻味的建议,即在自治公共实体(不是国际法主体)间签订的协议可能创设国际人格:UNIYB, 1971, pp. 215—18. 该研究非常谨慎地对待这种可能性。

障适用与诉诸武力相关的规则和战争法。不承认该实体在该地区的某种形式的有限人格将免除这种实体必须遵守这些规则的义务,那肯定会影响社会的要求。[317] 这里暗含的决定性因素一定是该实体在其领土范围内进行有效控制的程度。然而,即便如此,承
263 认也能克服这个困难,在苏联解体之前承认白俄罗斯和乌克兰为非主权国家实体以及白俄罗斯和乌克兰作为独立国家的出现都证明了这一点。[318]

所有这些实体均容易被归纳为那种有限人格者,它们具有一定限度的权利和义务,这些权利和义务对于接受其人格的那些实体是有效的。不存在规定国际人格者权利和义务范围的现成规则。这要看相关实体的形式、要求和期望、职能以及国际社会对其所持的态度。这里的例外是国家,国家有一些与生俱来的平等权利和义务。人们认为那些具有客观人格的实体通过在实践中对其暗含权力的宽泛解释,受益于对其权利和义务范围的较为灵活的理解。然而,对于有限的主体来说,暗含的权力比较难以证明和接受,而且它们的权利和义务的范围非常有限。因此,推理过程正好相反。

因此,不可能提前列出权利和义务的确切清单,这个清单将随情况的不同而异。在国际层面的某种法律程序中具有发挥作用的能力不会是太不寻常的,然而,签订条约的权力则没有那么普遍。关于这一点,国际法委员会指出,"国家以外或者国际组织以外的实体之间签订的协议似乎过于混杂,不能构成一般种类。相关的国际实践又太少,不能从中推演出这种一般种类的特征"。[319] 尽管这种实体一般承担在其权利和义务范围内的责任,主体在国际上负有责任的程度也是不清楚的。然而,由此产生的问题依然存在。同样有争议的是这些不同实体制定规范的作用。但是,所有国际人格者的实践当然都是有用的资料,可以用来对(特别是与相关实体有关的)国际法规则和原则加以解释。

因此,国际人格的核心并不是该实体本身具有国际权利和义务的能力,而是它们在国际层面实际具有的权利和/或义务,这是由从提出要求到规定的职能等一系列因素决定的。与执行有关的程序能力是重要的,但不是必需的。[320] 不过,在非个人实体的情况下,提出申诉者必须具有"这样的地位,即在与其成员国的关系上,享有权利,并有权要求

---

[317] 参见:"纳米比亚"案,ICJ Reports, 1971, pp. 16, 56, 134 and 149; 49 ILR, pp. 3, 46, 124, 139. 另参见:安理会的下列决议:326 (1973); 328 (1973); 403 (1977); 406 (1977); 411 (1977); and 424 (1978)。其中,该理事会谴责罗得西亚对其邻国的攻击,并承认该实体受关于使用武力规范的拘束。

[318] 例如,参见:UKMIL, 49 BYIL, 1978, p. 340. 白俄罗斯和乌克兰分别是联合国和一些公约的成员:同上。

[319] *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, pp. 125—6.

[320] 例如,参见: Norgaard, *Position of the Individual*, p. 35. 另参见: the *Peter Pázmány University* case, PCIJ, Series A/B, No. 61 (1933); 7 AD, p. 490.

他们尊重这些权利”。[321] 国际法院指出，这是“检验一个自称其为不同于其成员的法律实体的（无论由国家还是部落或个人组成）团体的基本标准”。[322]

存在着许多种非主体，它们对国际体系的发展作出了贡献。参与和人格是两个概念，但是，个人和各种不是国际法主体的实体在国际关系和国际法的发展中所起的一般作用需要予以高度评价。

进一步阅读推荐书目

I. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995

J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2006

R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994

N. Schrijver, “The Changing Nature of State Sovereignty”, 70 BYIL, 1999, p. 65

---

[321] *Reparation for Injuries* case, ICJ Reports, 1949, pp. 174, 178; 16 AD, pp. 318, 321.

[322] *Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 63; 59 ILR, pp. 14, 80.

6
人权的国际保护

人权的本质[1]

1948 年通过的《世界人权宣言》序言强调“对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础”。虽然在国际架构中存在对人权重要性的广泛接受,但是人权的准确本质及其在国际法中的地位仍然较为模

---

〔1〕 例如,参看 H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950; D. Weissbrodt, J. Fitzpatrick and F. Newman, *International Human Rights*, 3rd edn, Cincinnati, 2001; J. Rehman, *International Human Rights Law*, London, 2002; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 656; F. Sudre, *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, 3rd edn, Paris, 1997; M. S. McDougal, H. Lasswell and L. C. Chen, *Human Rights and World Public Order*, New Haven, 1980; L. Sohn and T. Buergenthal, *International Protection of Human Rights*, Indianapolis, 1973; *Human Rights in International Law* (ed. T. Meron), Oxford, 2 vols., 1984; A. H. Robertson and J. Merrills, *Human Rights in the World*, 4th edn, Manchester, 1996; A. Cassese, *International Law*, 2nd edn, Oxford, 2005, chapter 19; *Guide to International Human Rights Practice* (ed. H. Hannum), 4th edn, Ardsley, 2004; J. Donnelly, *International Human Rights*, Boulder, 1993; D. R. Forsythe, *Human Rights in International Relations*, 2nd edn, Cambridge, 2006; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, chapter 6; *Human Rights: An Agenda for the Next Century* (eds. L. Henkin and L. Hargrove), Washington, 1994; T. Meron, *The Humanization of International Law*, The Hague, 2006; C. Tomuschat, *Human Rights*, Oxford, 2003; R. K. M. Smith, *Text and Materials on International Human Rights*, London, 2007, and H. Steiner, P. Alston and R. Goodman, *International Human Rights in Context*, 3rd edn, Oxford, 2008.

糊。[2] “权利”意指什么这个问题本身就有争议,是法理上争论激烈的主题。[3] 例如,有些“权利”,意谓一种可以立即实施的约束性承诺,其他则只是指出一种未来可能的行为 266
模式。[4] 另一个问题是国际法上有关人权的实施和制裁问题,可以影响这一现象的定性。有些学者将频繁的对人权规范的不遵从视作反对国际法上存在人权原则架构的国家实践。[5] 虽然不能无视对人权法的违反,但这种看法不仅在学术上是错误的,而且也是极其消极的。[6] 人权这一概念与伦理和道德紧密联系。那些反映社会共同体价值的权利是最易成功实施的权利。实在权利可被用来涵盖一个法律体系中确立的权利,无论其是否反映道德考虑,而道德权利则不必经由法律强加实施。我们可以很容易地发现实在权利,但是演绎或推断道德权利完全是另一回事,且取决于个人寻求某一特定权利的认知。[7]

权利可被视作来自于多种渊源,不管是宗教、人性或社会性质。正如自然法学派的传统表述或经由自然权利运动表达出来的那样,自然法的观点认为某些权利来自一种比实在法或者制定法更高的法律。这种更高法律是一系列普遍而绝对的原则,这些原则在时间和空间上规范所有的人。17 世纪的自然权利学说,即主要是与约翰·洛克相关的理论,将一些不可剥夺的权利的存在建立在社会契约的基础上。社会契约标志着自然状态艰苦条件的终结。这些不可剥夺的权利包括享有生命、自由和财产的权利。这一理论使得人们求助于一种高级的法律并从而得以提供一种限制专断权力的强有力的方 267
法。[8] 虽然这一学派由于其非经验主义和散漫的方法论而在 19 世纪逐渐式微,但是上

---

〔2〕 例如,参看 M. Moskowitz, *The Policies and Dynamics of Human Rights*, London, 1968, pp. 98—9, and McDougal et al., *Human Rights*, pp. 63—8.

〔3〕 例如,参看 W. N. Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning”, 23 *Yale Law Journal*, 1913, p. 16, and R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977,另见 J. Shestack, “The Jurisprudence of Human Rights” in Meron, *Human Rights in International Law*, vol. I, p. 69, and M. Cranston, *What Are Human Rights?*, London, 1973.

〔4〕 例如,可试比较 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条与《经济、社会和文化权利国际公约》第 2 条。

〔5〕 参看 J. S. Watson, “Legal Theory, Efficacy and Validity in the Development of Human Rights Norms in International Law”, *University of Illinois Law Forum*, 1979, p. 609, and Watson, “Autointerpretation, Competence and the Continuing Validity of Article 2(7) of the UN Charter”, 71 AJIL, 1977, p. 60,以及 Watson, *Theory and Reality in the International Protection ofHuman Rights*, Ardsley, 1999.

〔6〕 参看 R. Higgins, “Reality and Hope and International Human Rights: A Critique”, 9 *Hofstra Law Review*, 1981, p. 1485.

〔7〕 参见 M. Cranston, “What are Human Rights?” in Laquer and Rubin, *Human Rights Reader*, pp. 17, 19.

〔8〕 参看 Lauterpacht, *International Law*; R. Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge, 1979; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, and McDougal et al., *Human Rights*, pp. 68—71. 另见上文,第 1 章。

世纪它在国际社会确立人权为普遍原则的过程中极具重要性。实证主义理论强调国家权威并从而为除了发源于法律体系中宪政结构的权利之外的其他该体系内的权利留下了很小的空间[9],而马克思主义学说虽建立于某些有关社会发展的不变的历史规律,但也否认法律秩序的框架之外存在权利。[10] 现代权利理论包含很多种学说,这明确强调与演进的法律体系要求相妥协的需要,而这种需要却不能完全依据该体系本身加以理解。[11]

特别有趣的是政策定向运动的著作,它们探寻鉴认、定性并规制多种与人权产生和发展过程相关的因素。它们提出了八种相互依存的价值(即:寻求尊重、权力、教化、福祉、财富、技术、情感及品行)并强调了多种环境影响。人类尊严被视作与这些价值相关的关键概念,以及与终极目标,即一个寻求各种价值的民主分配的世界共同体相关的关键概念。[12]

所有这些理论都强调在一般的法律和政治进程中人权概念本质的复杂性,而且也强
268 调这些观念的重要性和集中性。这些宽泛的问题同样也在国际法的框架内被提出来。

国际法上人权的思想方法

一般意义上,西方世界在国际人权法上所采取的观点倾向于强调个人基本的公民和政治权利,也就是那些要求限制政府对被统治者的权力的权利。这些权利包括正当程序、表达自由、结社与宗教自由以及政府管理过程中的政治参与自由。被统治者的同意对这个过程至关重要。[13] 苏联的观念是指明基本权利与自由对国际和平与安全的重要性,但是强调国家的作用。实际上,国家被视为人权原则的渊源。童金(Tunkin)写道,国际法上尊重人权原则的内容可表述为三个主张:

(1) 所有国家都负有义务尊重其领土内所有人的基本权利和自由;(2) 国家负

---

〔9〕 参看 D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4th edn, London, 1979, chapter 4. 另见 H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, McDougal et al., *Human Rights*, pp. 73—5,及上文第 1、2 章。

〔10〕 参看 Lloyd, *Jurisprudence*, chapter 10, and McDougal et al., *Human Rights*, pp. 76—9. 另见下文,第 268 页。

〔11〕 参看 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971; E. Cahn, *The Sense of Injustice*, Bloomington, 1949; R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974, and Dworkin, *Taking Rights Seriously*. See also S. Davidson, *Human Rights*, Buckingham, 1993, chapter 3.

〔12〕 参见 McDougal et al., *Human Rights*, 特别是第 82—93 页。

〔13〕 参看 R. Hauser, "A First World View", in *Human Rights and American Foreign Policy* (eds. D. P. Kommers and G. Loescher), Notre Dame, 1979, p. 85.

有义务不准许基于性别、种族、宗教或语言的歧视，并且(3) 国家负有义务促进对人权的普遍尊重并相互合作以达到这一目标。[14]

也就是说，核心不在个人(如西方的人权观念)而完全在于国家。人权不是直接由国际法规范，而且个人不是国际法的主体。实际上，人权由国家实施而且基本上严格地属于国家的内部事项。正如童金所强调的，“人权公约没有直接赋予个人以权利”。[15] 在强调了国家的核心功能后，他还指出国际人权义务本身的情境完全由国家根据该国的社会经济发展状况来界定。因此，那些权利的本质和外延将因国而异，取决于有关国家的社会制度。国家的特定社会经济制度将决定国际人权规定的具体表达。[16] 也就是 269
说，苏联能够且愿意加入很多国际人权协定，条件是国家义务只能在与个人没有直接联系的情况下产生，而且这种义务是国家可以按照自己的社会经济制度进行解释的。国家的至上性和集中性是这种观念的关键所在。就不同种类的人权来说，苏联的观念是强调那些涉及经济和社会事务的权利，从而降低传统的公民和政治权利的重要性。但是，有关国际人权问题的一种新观念在 20 世纪 80 年代末开始出现，反映了政治上发生的变化。[17] 尤其是，苏联开始对人权条约采取一种不同的立场。[18]

第三世界国家的一般观念结合了上述两种观念的因素。[19] 关注国家平等和主权，以及认可社会和经济权利的重要性，表现了第三世界观点的特征。这些国家实际上包括很多具有不同利益和需要并处于不同发展阶段的国家，它们深受非殖民化斗争以及南非的种族隔离现象的影响。此外，经济问题在它们集中关注一般性的发展问题上起到了很

---

〔14〕 G. Tunkin, *Theory of International Law*, London, 1974, p. 81. 另见 K. Tedin, “The Development of the Soviet Attitude Towards Implementing Human Rights under the UN Charter”, 5 HRJ, 1972, p. 399; R. N. Dean, “Beyond Helsinki: The Soviet View of Human Rights in International Law”, 21 Va. JIL, 1980, p. 55, and P. Reddaway, “Theory and Practice of Human Rights in the Soviet Union” in Kommers and Loescher, *Human Rights and American Foreign Policy*, p. 115, 及 Tomuschat, *Human Rights*, 第 3 章。

〔15〕 Tunkin, *Theory*, p. 83.

〔16〕 同上，第 82—3 页。

〔17〕 参看 V. Vereshchetin and R. Mullerson, “International Law in an Interdependent World”, 28 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1990, pp. 291, 300.

〔18〕 同上。注意，1989 年 2 月 10 日，苏联承认了国际法院对六项人权条约的强制管辖，包括 1948 年《灭种罪公约》、1965 年《种族歧视公约》、1979 年《妇女歧视公约》和 1984 年《禁止酷刑公约》。

〔19〕 参看 R. Emerson, “The Fate of Human Rights in the Third World”, 27 *World Politics*, 1975, p. 201; G. Mower, “Human Rights in Black Africa”, 9 HRI, 1976, p. 33; R. Zvobgo, “A Third World View” in Kommers and Loescher, *Human Rights and American Foreign Policy*, p. 90, and M. Nawaz, “The Concept of Human Rights in Islamic Law” in Symposium on International Law of Human Rights, 11 *Howard Law Journal*, 1965, p. 257.

大作用。相应地，传统的公民和政治权利也就在第三世界国家的关注中失去了优先
270 性。[20] 尤其有趣的是人权普遍性和文化传统相对性之间的紧张关系。这使得后一倾向的拥护者主张人权仅可在特定文化或宗教传统的情景中得以实现，并因此批判人权普遍性或跨文化性的观点。当然，其中的危险就是，国家在侵犯了它作为人权条约缔约国以及因受有关习惯国际法约束而接受的人权时，可能会利用文化差异来证明其行为的正当性。[21]

国际人权法的发展[22]

在19世纪，国家主权以及国内管辖权的实证主义理论处于至高地位。几乎所有在今天被归为人权问题的事项在当时都被普遍认为属于国家管辖的内政范围。其主要例外在于国际法上的海盗行为和奴隶制。就后者而言，为废止这个制度曾制定过一些条约。[23] 对于战时伤病者以及战俘的关注也自1864年开始在国际文件方面取得发展[24]，同时也要求国家遵守对外国人的某些最低待遇标准。[25] 此外，在世纪更替之际，某些普遍福利性质的协定也开始得以制定。[26] 19世纪时人道主义干涉的权利似乎得到接受，虽然其范围和程度仍不清晰。[27]

271 1919年随着国际联盟的建立，一个重大的变化产生了。[28] 《国联盟约》第22条为从前“尚不能自立于现代世界之艰难情势中”的敌国殖民地人民设立了委任统治制度，要求托管国保障良心和宗教自由，并设立了一个常设托管委员会审议托管机关承诺撰写

---

〔20〕 一般性参见 T. Van Boven, “Some Remarks on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries”, 3 *Revue des Droits de l'Homme*, 1970, p. 383，关于《班珠尔人权和民族权宪章》，另见下文，第391页。

〔21〕 例如，参看 Steiner and Alston, *International Human Rights*, pp. 366 ff; E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, 2001, and A. D. Renteln, *International Human Rights: Universalism versus Relativism*, Newbury Park, 1990.

〔22〕 参看 *The International Protection of Human Rights* (ed. E. Luard), London, 1967; Sohn and Buergenthal, *International Protection*; Lauterpacht, *International Law*; M. Moscowitz, *International Concern with Human Rights*, London, 1968 and M. Ganji, *The International Protection of Human Rights*, London, 1962.

〔23〕 参看 C. Greenidge, *Slavery*, London, 1958, and V. Nanda and M. C. Bassiouni, “Slavery and the Slave Trade: Steps towards Eradication”, 12 *Santa Clara Law Review*, 1972, p. 424. 另见 ST/SOA/4.

〔24〕 一般性参看 G. Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994, and *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles* (ed. C. Swinarski), The Hague, 1984.

〔25〕 见下文，第14章。

〔26〕 例如，有关禁止妇女从事工业行业的夜间工作以及有关禁止在火柴制造中使用白磷。

〔27〕 见下文，第20章，第1155页。

〔28〕 见下文，第23章。

的报告。这一安排被称为“文明之神圣托付”。《盟约》第23条规定了对于有关领土上的当地居民的公正待遇。[29] 1919年东欧和巴尔干国家的和平条约包含有关少数者保护的条款[30],主要规定了平等待遇和集体行动的机会。[31] 国际联盟监督这些条款的实施,并接受关于条款的申诉。[32]

《凡尔赛和约》第八部分规定创立国际劳工组织,其目的之一是促进更好的工作条件标准以及对结社权利的支持。[33] 第二次世界大战对于人权法的发展的影响极其深远,因为战争的残酷以及对于一个维护国际和平及保护人权的健全国际体系的渴求已为世人深知。此外,非政府组织的出现,尤其在人权领域,也具有广泛的影响。[34] 虽然二战之后,不论是通过公众讨论、国家报告、评论、国家间或者个人申诉程序,世界见证了处理人权侵害的政府间委员会、机构和法院的兴起,然而近些年来,国内赦免法律的介入则带来了可否接受免责的问题。[35] 进一步的发展还包括真相与和解委员会[36]以及诸如

272

---

[29] 见下文,第5章,第224页。

[30] 一般性参见,P. Thornberry, “Is There a Phoenix in the Ashes? —International Law and Minority Rights”, 15 *Texas International Law Journal*, 1980, p. 421; C. A. Macartney, *National States and National Minorities*, London, 1934, and I. Claude, *National Minorities: An International Problem*, Cambridge, 1955. 另见 M. N. Shaw, “The Definition of Minorities in International Law” in *Protection of Minorities and Human Rights* (eds. Y. Dinstein and M. Tabory), Dordrecht, 1992, p. 1.

[31] 参看 the *Minority Schools in Albania* case, PCIJ, Series A/B, No. 64, 1935, p. 17.

[32] 参见 Thornberry, “Phoenix”, pp. 433—54, and M. Jones, “National Minorities: A Case Study in International Protection”, 14 *Law and Contemporary Problems*, 1949, pp. 599, 610—24. 另见下文,第293页。

[33] 另见下文,第338页。

[34] 例如,参看 Steiner and Alston, *International Human Rights*, pp. 938 ff., and C. Chinkin, “The Role of Non-Governmental Organisations in Standard Setting, Monitoring and Implementation of Human Rights” in *The Changing World of International Law in the 21st Century* (eds. J. J. Norton, M. Andendas and M. Footer), The Hague, 1998.

[35] 参看 J. Gavron, “Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court”, 51 ICLQ, 2002, p. 91. 另见 C. Jenkins, “Amnesty for Gross Violations of Human Rights: A Better Way of Dealing with the Past?” in *Comparative Law in a Global Perspective* (ed. I. Edge), London, 2000, p. 345, and J. Dugard, “Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?”, 16 Leiden IIL, 2000, p. 1. 注意,严重侵犯人权行为受害者得到复原、补偿和康复的权利问题特别报告员的最终报告,E/CN.4/2000/62, January 2000, and *Chumbipuma Aguirre v. Peru, the Barrios Altos* case, 美洲人权法院在该案中认为秘鲁的特赦法律与《美洲人权公约》不相符合,因而不具有法律效力,2001年3月4日判决, 41 ILM, 2002, p. 93,秘鲁接受判决并修改了其立法,同上。

[36] 例如,参看 Steiner, Alston and Goodman, *International Human Rights*, pp. 1344 ff.; the Promotion of National Unity and Reconciliation Act of South Africa 1995; R. G. Teitel, *TransitionalJustice*, Oxford, 2001, and J. Dugard, “Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions” in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (eds. A. Cassese, P. Gaeta and J. R. W. D. Jones), Oxford, 2002.

卢旺达盖卡卡(Gacaca)法庭体系等其他各种司法体系的建立[37],而国家以外的国际法律体系的参与者介入规划和谋求人权实施的过程以及成为人权关注和监管主体的程度也令人瞩目。[38]

一些基本原则

国内管辖权[39]

国际法的基本规则规定国家无权侵犯其他国家内部事务的管辖区,这是平等和国家
273 主权的要求,并反映在《联合国宪章》第2条第7款。但是,如同本章以及下面两章将阐明的,这已在人权领域内受到重新阐释[40],因此国家不能再以此规则为借口阻止对其内部人权状况的国际关注和评价。[41] 自然,如果一个国家接受国际程序下个人申诉的权利,它就不能嗣后主张这种权利的实施构成对其国内事务的干涉。[42]

用尽当地救济规则[43]

这个规则来源于上述原则。它是一个在请求使用国家所接受的国际机制之前准许国家依据它们自己的宪法程序解决自己内部问题的方法,这是一个在国际法上得到充分

---

[37] 例如,参看,Steiner, Alston and Goodman, *International Human Rights*, pp. 1319 ff. 另见下文,第8章,第407页。

[38] 例如,参看 *Non-State Actors and Human Rights* (ed. Philip Alston), Oxford, 2005, and A. Clapham, *Human Rights Obligations ofNon-State Actors*, Oxford, 2006.

[39] 参看 R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963; M. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, 2nd edn, London, 1961, and A. Cancado Trindade, "The Domestic Jurisprudence of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 ICLQ, 1976, p. 715.

[40] 注意,国内管辖权的范围和内容是国际法上的一个问题:参见 *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* cases, PCII, Series B, No. 4, 1923; 2 AD, p. 349. 另见下文,第12章。

[41] 另见国际法研究院的决议,1989, H/Inf (90) 1, p. 131.

[42] 例如,参看 *Miha v. Equatorial Guinea*, CCPR/C/5 l/D/414/1990, 10 August 1994, Human Rights Committee, para. 63.

[43] 参看 A. Cancado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983; C. Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, 1961, and C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1990. 另见 C. F. Amerasinghe, "The Rule of Exhaustion of Local Remedies and the International Protection of Human Rights", 17 *Indian Yearbook of International Affairs*, 1974, p. 3. 另见下文,第14章,第819页。

确立的规则。[44] 但是,当这种国内救济并不存在或被不适当、不合理地拖延,或者不能带来有效救济的时候,就不再要求诉诸国内措施。[45] 这种救济的存在不仅在理论上须是确定的,而且在实践上也须是可靠的。[46] 在诉诸各种国际机制前用尽当地救济的条款存在于所有国际和地区性人权文件中[47],而且是《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》下的人权事务委员会[48]、《欧洲人权公约》[49]、以及《美洲人权公约》体系中诸 274
多讨论的一个主题。[50]

---

〔44〕 例如,参看 Ambatielos 案, 23 ILR, p. 306; Finnish Ships 案, 3 RIAA, p. 1479 与 Interhandel 案, ICJ Reports, 1959, pp. 26—7; 27 ILR, pp. 475,490.

〔45〕 例如,参看 Robert E. Brown 案, 6 RIAA, p. 120; 2 AD, p. 66,另见 Salem 案, 2 RIAA, p. 1161; 6 AD, p. 188; Nielsen 案, 2 Yearbook of the ECHR, p. 413; 28 ILR, p. 210, 以及 Second Cyprus 案 (Greece v. UK), 2 Yearbook of the ECHR, p. 186. 另见下文脚注中引用的案例。

〔46〕 参看 *Johnston v. Ireland*, European Court of Human Rights, Series A, No. 112 (1986) and *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, European Court of Human Rights, Series A, No. 246 (1992).

〔47〕 例如,参见:《公民权利和政治权利国际公约》第 41 条(c)款以及任择议定书第 2 条;《种族歧视公约》第 11 条(3)款;《欧洲人权公约》第 26 条;《美洲人权公约》第 50 条以及《班珠尔宪章》第 50 条。另见联合国经社理事会第 1503 号决议和联合国教科文组织第 104 EX/3.3 号决议,1978, para. 14(IX)。

〔48〕 例如,参看 S. Joseph, J. Schultz and M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 2000, chapter 6; the *Weinberger* case, Reports of the Human Rights Committee, A/36/40, p. 114 and A/44/40, p. 142 and the *Sara* case, A/49/40, annex X, Section C, para. 8.3,国家须提交存在有效救济的合理预期的证据。Torres Ramirez v. Uruguay, *Selected Decisions under the Optional Protocol*, CCPR/C/OP/1, 1985, p. 3. 另参看 *Baboeram-Adhin v. Suriname*, A/40/40, p. 187; 94 ILR, p. 377; *Muhonen v. Finland*, A/40/40, p. 164; 94 ILR, p. 389; *Sol Orzano v. Venezuela*, A/41/40, p. 134; 94 ILR, p. 400; *Holland v. Ireland* 115 ILR, p. 277 and *Faurisson v. France* 115 ILR, p. 355。关于联合国《禁止酷刑公约》,另见 *AE v. Switzerland*, CAT/C/14/D/24/1995.

〔49〕 关于在《欧洲人权公约》下的地位,参看 Nielsen 案, 2 Yearbook of the ECHR, p. 413; the Second Cyprus case (Greece v. UK), 2 Yearbook of the ECHR, p. 186; the Donnelly case, 16 Yearbook of the ECHR, p. 212; Kjeldsen v. Denmark, 15 Yearbook of the ECHR, p. 428; 58 ILR, p. 117; *Drozd and Janousek v. France and Spain* 64 DR 97 (1989) and *Akdivar v. Turkey* 23 EHRR, 1997, p. 143. See also D. J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995, p. 608, and Jacobs and White: *European Convention on Human Rights* (eds. C. Ovey and R. C. A. White), 4th edn, Oxford, 2006, p. 485. 用尽当地救济规则同样适用于国家间申诉,见 *Cyprus v. Turkey* 2 DR 125 at 137—8 (first and second applications) and 13 DR 85, 150—3 (third application),尽管在某些情形下不涉及立法措施也不涉及行政行为:参看 Greek case, 12 European Yearbook of Human Rights, p. 196.

〔50〕 参看 1969 年《美洲人权公约》第 46 条(1)款 a 项以及《美洲人权委员会规章》第 37 条,另见 *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies in Cases of Indigency*, Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights, 1990, 12 HRLJ, 1991, p. 20, and *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1993*, Washington, 1994, pp. 148, 185 and 266.

权利的优先性

在各种人权文件中，某些权利即使在战争时期或者其他危及国家的公共紧急状态下也不得克减。就《欧洲人权公约》来看[51]，这些权利包括生命权（除了出于合法的战争行为的情况），禁止酷刑和奴役，以及刑事犯罪不溯及既往。[52] 在《美洲人权公约》中[53]，以下权利不得克减：法律人格权、生命权、人道待遇权、免于奴役和溯及既往的法
275 律的自由、良心和宗教自由、家庭权利、姓名权、儿童权利、国籍权以及参政权。[54]《公民权利和政治权利国际公约》第4条规定，生命权、对法律上的人格的承认、思想、良心和宗教自由、禁止酷刑、奴役、禁止刑事立法溯及既往和禁止仅由于无力履行约定义务而被监禁，都是不可克减的。[55]

这些不可克减的权利无疑被认为在权利等级上具有一种特殊地位。[56] 此外，必须指出，很多权利都受到限制或豁免规定的制约，籍此那些绝对权利将在某些情况下不能运作。[57] 因此那些不受此类限定的权利会被认为具有特别的价值。[58]

习惯国际法和人权

除了本章及下两章述及的许多国际性的和地区性的有关人权的条约条款以外[59]，某些人权就国家实践来看，现在被认为进入了习惯国际法领域。这些权利无疑包括禁止酷刑、种族灭绝和奴役以及非歧视原则。[60] 此外，条约下确立的人权可为缔约国设定
276 “对一切的义务”。[61]

---

〔51〕 第15条。一般性参见，R. Higgins, “Derogations Under Human Rights Treaties”, 48 BYIL, 1976—7, p. 281.

〔52〕 第2、3、4(1)以及7条。

〔53〕 第27条。

〔54〕 第3、4、5、6、9、12、17、18、19、20和23条。

〔55〕 第6、7、8(1)和(2)、11、15、16以及18条。注意，《班珠尔宪章》没有包含任何具体的克减条款。

〔56〕 一项权利不可克减的事实可以构成该项权利是强行法之一部分的证据。

〔57〕 例如，参看《欧洲公约》第8—11条，《美洲公约》第12—14，15—16和21—22条以及《公民权利和政治权利国际公约》第12，18，19，21和22条。另见 Higgins, “Derogations”。

〔58〕 例如，参看，正当程序的权利。

〔59〕 注意，有关人权条约的解释和保留问题将在下文第16章中加以探讨，第932页和第913页，对人权条约的继承问题将在下文第17章中探讨，第981页。

〔60〕 参看 *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, vol. II, pp. 161 及其以下 and *Filartiga v. Pena-Irala* 630 F. 2d 876. 另见 T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989 以及在下面这个期刊中发表的关于习惯国际人权法的系列论文：25 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995—6.

〔61〕 见下文，第14章，第807页。

演进中的原则

国际人权法的某些领域正在快速演进之中。首先,例如,在《欧洲人权公约》的案例法[62]、《公民权利和政治权利国际公约》下的人权事务委员会的工作方法[63]、以及国际法院的案例法中[64],不断扩大的人权的域外管辖正变得越来越明显。其次,国家防止侵犯人权的责任,尤其是有关防止种族灭绝[65]和酷刑[66]的责任开始得到了严肃考量,而在更普遍的层面上,国家和国际组织积极保护人权的义务也正成为国际人权法的一部分议题。最后,人们对国内人权机构的兴趣也越来越明显。[67]

联合国体系——概述[68]

《联合国宪章》中有多条人权条款。[69] 在第 1 条该组织的宗旨中涵盖不分种族、性别、语言或宗教,增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。第 13 条第 1 款指出联合国大会应发起研究,并提出建议以助成全体人类之人权的实现,第 55 条规定联合国应促进人权的普遍尊重与遵守,而第 56 条规定: 277

> 各会员国担允采取共同及个别行动与本组织合作,以达成第 55 条所载之

---

〔62〕 见下文,第 7 章,第 349 页。

〔63〕 参看 *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (eds. F. Coomans and M. Kamminga), Antwerp, 2004. 另见下文,第 315 页。

〔64〕 参看 *Construction of a Wall* 案, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 177 ff; 129 ILR. pp. 37, 96 ff.; 以及 *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) 案, ICJ Reports, 2007, para. 183.

〔65〕 参看 *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) 案, ICJ Reports, 2007, 第 428 段及以下。

〔66〕 参看《反酷刑公约》第 2 条和第 16 条:以及下文第 326 页。另参看 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(第 4 条);1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》(第 11 条),以及 1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(第 15 条)。

〔67〕 参看,1993 年联合国通过的《维也纳人权宣言》,第 36 段;联合国大会 1993 年 48/134 号决议通过的《关于促进和保护人权的国家机构的地位的巴黎原则》;经济、社会和文化权利委员会第 10 号一般性评论,E/C. 12/1998/25,以及 2002 年《联合国反酷刑公约任择议定书》第 3 条。

〔68〕 一般性参见:*Bowett's Law of International Institutions* (eds. P. Sands and P. Klein), 5th edn, Manchester, 2001; Lauterpacht, *International Law*, pp. 145—220; *UN Action in the Field of Human Rights*, New York, 1981, and *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. Ramcharan), Dordrecht, 1979.

〔69〕 大多归于非政府组织在旧金山会议上游说的结果:参见 J. Humphrey, "The United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights" in Luard, *International Protection*, chapter 3.

宗旨。[70]

委任统治制度为托管制度所取代，根据第76条，其根本目标之一就是提倡对非自治领土上人权的尊重。在《宪章》第73条之下，托管国承认非自治领土居民之福利至上的原则，将增进领土居民福利之义务接受为一种神圣信托。因此可以看得出《宪章》中的人权条款非常概括和模糊。没有设置任何实施程序。有人认为第56条中的“担允”一语具有将55条列举的目标转化为法律义务的效果[71]，但是这一直都有争议。[72] 的确，在1946年的时候，这是一个难以支持的论点，尤其是考虑到该条所使用的劝告性语言以及尊重人权的规定并没有确定明晰的法律权利的事实。[73] 但是，在1971年的纳米比亚案中，国际法院指出，在《联合国宪章》之下：

> 前委任统治国承诺在一个具有国际地位的领土上，不分种族尊重与遵守所有人的
> 278 人权和基本自由。反之确立和实施纯粹基于种族、肤色、世系或民族或人种的任何区别、排斥、约束或限制，构成对基本人权的否定，是对宪章宗旨和原则的公然违反。[74]

或许该条款只应根据该领土的特殊国际地位去理解，但是根据1940年以来在反歧视和人权领域的广泛实践，宽泛的解释是更可取的。

《宪章》也的确包含一个国内管辖条款，第2条第7款规定：

> 本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件。

但是如下文所示[75]，这一条款在长时间以来都被灵活地解释，这样人权问题就不再被认为完全属于国家的国内管辖。

---

〔70〕 根据第62条，经济和社会理事会有权为增进对人权的尊重和遵守而作出建议案。

〔71〕 参看 Lauterpacht, *International Law*, pp. 47—9; Q. Wright, "National Courts and Human Rights-the Fujii case", 45 AJIL, 1951, p. 73, and B. Sloan, "Human Rights, the United Nations and International Law", 20 *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1950, pp. 30—1. See also Judge Tanaka, *South West Africa* cases, ICJ Reports, 1966, pp. 6, 288--9; 37 ILR, pp. 243, 451—2.

〔72〕 参见 M. O. Hudson, "Integrity of International Instruments", 42 AJIL, 1948, pp. 105—8 and *Yearbook of the ILC*, 1949, p. 178. See also H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, p. 29.

〔73〕 参见 D. Driscoll, "The Development of Human Rights in International Law" in Laquer and Rubin, *Human Rights Reader*, pp. 41, 43.

〔74〕 ICJ Reports, 1971, pp. 16, 57; 49 ILR, pp. 3, 47，另见 I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, pp. 546 及其以下; E. Schwelb, "The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter", 66 MIL, 1972, p. 337, and O. Schachter, "The Charter and the Constitution", 4 *Vanderbilt Law Review*, 1951, p. 443.

〔75〕 见下文，第647页。

经由联合国阐释、发展和保护人权被证明是一个开创性的事件。各种宣言和条约出现了,并且各种咨询、实施和执行机制也产生了。大量的各类研究和报告涌现出来,而整个过程都伴随着联合国各个机构和委员会的广泛的讨论和审议。尽管存在某种程度的冷嘲热讽,一个定论却是,人权问题的核心位置被国际社会接纳,在很大程度上是由于联合国框架内对人权问题的不断审议。

联合国活动的基石无疑是 1948 年 12 月 10 日联合国大会通过的《世界人权宣言》。[76] 《宣言》的通过没有一张反对票(白俄罗斯、捷克斯洛伐克、波兰、乌克兰、苏联、南斯拉夫以及沙特阿拉伯弃权)。它并非一个具有法律拘束力的文件,而是,如同其序言所宣示的,"所有人民和所有国家努力实现的共同标准"。其 30 个条款涵盖了一系列权利,从个人自由和安全(第 3 条)、法律前的平等(第 7 条)、有效救济(第 8 条)、正当程序(第 9 和第 10 条)、禁止酷刑(第 5 条)和任意干涉私生活(第 12 条),到保护迁徙自由(第 13 条)、庇护权(第 14 条)、表达权利(第 19 条)、良心和宗教权利(第 18 条)以及结社权利(第 20 条)。我们也应当注意到《宣言》中包括的社会和经济权利,例如工作权利和同工同酬权(第 23 条)、社会保障权(第 25 条)以及受教育权(第 26 条)。 279

虽然《宣言》显然不是一个可以执行的法律文件,但问题在于后来宣言是否通过习惯法[77],或一般法律原则,或者经由嗣后实践对《联合国宪章》的解释而具有拘束性。[78] 《宣言》对于很多国家的宪法以及后来的人权条约和决议的制定具有深刻影响。[79] 而且

---

〔76〕 参看 *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, p. 1001; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1965, vol. V, p. 237; J. Humphrey, "The Universal Declaration on Human Rights" in Ramcharan, *Human Rights*, p. 21; J. Kunz, "The United Nations Declaration of Human Rights", 43 AJIL, 1949, p. 316; E. Schwelb, "The Influence of the Universal Declaration of Human Rights on International and National Law", PASIL, 1959, p. 217; A. Verdoodt, *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme*, Paris, 1964; *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary* (eds. A. Eide, G. Alfredsson, G. Melander, L. A. Rehof and A. Rosas), Dordrecht, 1992; *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (eds. G. Alfredsson and A. Eide), The Hague, 1999, and P. R. Ghandi, "The Universal Declaration of Human Rights at 50 Years", 41 German YIL, 1998, p. 206.

〔77〕 注意,英国外交部在 1991 年发布的一份文件"外交政策中的人权"中认为,尽管《宣言》"本身并没有法律拘束力,但是现在可以说其中的很多内容已经构成了习惯国际法的一部分", UKMIL, 62 BYIL, 1991, p. 592.

〔78〕 参看 *Oppenheim's International Law*, p. 1002.

〔79〕 参看 Schwelb, "Influence"; J. Humphrey, "The International Bill of Rights: Scope and Implementation", 17 *William and Mary Law Review*, 1975, p. 527; *Oppenheim's International Law*, pp. 1002—5; Judge Tanaka, *South-West Africa* cases, ICJ Reports, 1966, pp. 6, 288 and 293; 37 ILR, pp. 243, 451, 454, 以及 1950 年《欧洲人权公约》,下文,第 7 章, 第 347 页。

需要指出的是,1968 年联合国发起的国际人权会议结束时通过的《德黑兰宣言》强调该
280 《宣言》构成"国际社会成员的一项义务"。[80] 很多案件中也提到了《宣言》[81],它在联合国人权法框架中的重要性不应被忽视。[82] 最初的打算是紧随《宣言》之后应产生一个拘束性的世界人权公约,但是这一进程比预计的长很多。同时,许多有关特定人权问题的重要国际公约得以产生,包括《灭种罪公约》[83]、以及《消除种族歧视公约》。[84]

1993 年通过的《维也纳宣言和行动纲领》强调所有人权都是普遍的、不可分割的、相互依存且相互关联的。保护人权被视为联合国的一个优先目标,并且强调民主、发展与尊重人权和基本自由之间的相互关系。呼吁给予联合国人权中心更多资源,并设立联合国人权事务高级专员。该宣言特别指出了一系列问题,除其他外,包括种族歧视、少数者、土著居民、移徙工人、妇女权利、儿童权利、禁止酷刑、残疾人权利以及人权教育。[85] 几个月后[86],联合国人权事务高级专员这一职位被实际设立起来,且第一位人权高专于 1994 年 4 月就任。大会 48/141 决议规定联合国人权高专是对联合国各种人权活动负有
281 主要责任的官员。高专负责促进和保护所有人有效享有所有公民、文化、经济、政治和社会权利,经由联合国人权中心和其他适当机构提供咨询服务和包括教育在内的其他协助,以及致力于为保障尊重人权而与所有政府进行对话。高专也可以向联合国系统内的有关机构提出建议,以改善对所有人权的促进和保护[87],高专业已开展了一系列对联合国会员国的访问并已介入协调活动。[88]

---

〔80〕 23 GAOR, A/Conf. 32/41,另见非政府组织《蒙特利尔声明》,9 *Review of the International Commission of Jurists*, 1968, p. 94.

〔81〕 例如,参看 *In re Flesche* 16 AD, pp. 266, 269; *The State (Duggan) v. Tapley* 18 ILR, pp. 336, 342; *Robinson v. Secretary-General of the UN* 19 ILR, pp. 494, 496; *Extradition of Greek National* case, 22 ILR, pp. 520, 524 and *Beth El Mission v. Minister of Social Welfare* 47 ILR, pp. 205, 207,另见 *Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22; 16 AD, pp. 155,158 and *Filartiga v. Pena-Irala* 630 F. 2d 876 (1980).

〔82〕 1993 年 6 月 25 日在联合国人权大会上通过的《维也纳宣言和行动纲领》称《宣言》是"灵感之源"和"联合国在确立现有国际人权文件中所包含的标准方面向前迈进之基础",32 ILM, 1993, pp. 1661, 1663. 国际私法协会于 1994 年通过一项决议,其中指出"《世界人权宣言》被普遍认为是《联合国宪章》中的人权条款的权威的详细阐述"并且"《世界人权宣言》中详述的很多内容,如果不是全部的话,已被广泛承认为构成习惯国际法规则",Report of the Sixty-sixth Conference, Buenos Aires, 1994, p. 29.

〔83〕 见下文,第 282 页。

〔84〕 另见下文,第 311 页。

〔85〕 参见 32 ILM, 1993, pp. 1661 及其以下。

〔86〕 参见 1993 年 12 月 20 日联大第 48/141 号决议。另见 A. Clapham, "Creating the High Commissioner for Human Rights: The Outside Story", 5 EJIL, 1994, p. 556.

〔87〕 参见联合国人权高专的首次报告,1995, A/49/36, p. 2.

〔88〕 同上,第 3 页及其以下。更多活动详情请访问网站:www. unhchr. ch。

对群体和个人的集体权利的保护[89]

从《世界人权宣言》可以看出,1945 年以来的国际法主要集中在对个人权利的保护。但是近年来,越来越多的注意力投向了对集体权利概念的各类表述——虽然经常很难严格界定个人权利和集体权利之间的区别。有些权利是纯粹的个人权利,比如生命权与表达自由,另有些权利则是理应通过集体形式表达的个人权利,比如集会自由或者表明个人宗教的权利。有些权利则是纯粹的集体权利,比如自决权或者例如通过禁止种族灭绝对群体进行实体保护,还有些则是对个人权利的集体表达,例如属于少数民族的个人享有其文化、奉行其宗教或者使用其语言的权利。此外,国家、群体和个人的合法权利之间的平衡问题实际上是至关重要的,但有时候却得不到足够重视。国家、群体和个人享有不应被忽视的合法权利和利益。国家之内的所有人都从国家与尊重群体和个人权利相一致的有效运作方式中得到利益,而群体权利和个人权利之间的平衡本身就会是困难而复杂的。 282

禁止灭绝种族

对一种独特身份的群体的实体保护显然是第一个至为重要的方面。1948 年签署的《防止及惩治灭绝种族罪公约》[90]重申种族灭绝,无论发生于平时或战时,均系国际法上的一种罪行。种族灭绝被定义为"蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体"而犯有下列行为之一者:

> (a) 杀害该团体的成员;(b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害;(c) 故意使该团体处于某种生活状况下,以毁灭其全部或局部的生命;(d) 强制施行办法,意图防止该团体内的生育;(e) 强迫转移该团体的儿童致另一团体。

---

[89] 参看 D. Sanders, "Collective Rights", 13 HRQ, 1991, p. 368, and N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2nd edn, The Hague, 2003.

[90] 参看 W. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000; N. Robinson, *The Genocide Convention*, London, 1960; R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, London, 1944; L. Kuper, *Genocide*, Harmondsworth, 1981, and *International Action Against Genocide*, Minority Rights Group Report No. 53, 1984; *Genocide and Human Rights* (ed. J. Porter), Washington 1982, and I. Horowitz, *Taking Lives: Genocide and State Power*, New Brunswick, 1980. See also N. Ruhashyankiko, *Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1978, E/CN.4/Sub.2/416; B. Whittaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1985, E/CN.4/Sub.2/1985/6; "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", 79 AJIL, 1985, pp. 116 ff.; M. Shaw, *War and Genocide*, Oxford, 2003; C. Fournet, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide*, Ashgate, 2007; M. N. Shaw, "Genocide and International Law" in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, p. 797, and G. Verdirame, "The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *Ad Hoc* Tribunals", 49 ICLQ, 2000, p. 578.

该公约没有一个执行机制[91]，而规定被诉犯灭绝种族罪者应由行为发生地国家的主管法院或一个国际刑事法庭审理。有几点需要指出。第一，故意问题，这使得国家可以通过声称不存在相关的全部或局部消灭的意图而否认种族灭绝行为。[92] 第二，受保
283 护的群体不包括政治群体。[93] 第三，未包括文化灭种的概念[94]，以及第四，（虽然规定了预防该罪行义务）几乎没有提出任何预防的方法。

在20世纪90年代，不幸地，灭种问题不再是主要的历史关注点。前南斯拉夫和卢旺达境内的事件在这种情形下引发了越来越多的焦虑。前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的规约都规定惩处犯灭绝种族罪的个人，而且这些法庭还发展出了重要的判例法。[95] 此外，种族灭绝罪的国家责任问题也被提了出来。[96] 国际法院在“《防止和惩治灭绝种族罪公约》之适用”案（波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫（塞尔维亚和黑山））中就遇到了波斯尼亚称南斯拉夫违反了《灭种罪公约》的诉求。[97] 法院在其1993年4月8日关于指示临时措施之请求的命令中[98]认为该公约第9条[99]规定了一个有效的管辖基础[100]，同时重申了[101]《灭种罪公约》保留案咨询意见（*Reservations to the Genocide Convention*）中的观点，认为灭绝种族罪“震撼人类良知，导致人性的巨大损伤……有悖于道德规律和联合国的精神与宗旨”。[102] 法庭要求双方不要采取任何恶化
284 或者扩大有关防止或惩治灭绝种族罪的争议的行动。南斯拉夫（塞尔维亚和黑山）政府

---

〔91〕 但参见小组委员会第1994/11号决议。

〔92〕 参见 Kuper, *Genocide*, pp. 32—5, and N. Lewis, “The Camp at Cecilio Baez”, in *Genocide in Paraguay* (ed. R. Arens), Philadelphia, 1976, p. 58. 另见 Ruhashyankiko, *Study*, p. 25.

〔93〕 参看 Kuper, *Genocide*, pp. 25—30, and Ruhashyankiko, *Study*, p. 21. 另见 Robinson, *Genocide Convention*, p. 59.

〔94〕 参看 Kuper, Genocide, p. 31; Robinson, *Genocide Convention*, p. 64, and Ruhashyankiko, *Study*, pp. 21 及其以下。

〔95〕 参见下文，第8章，第430页及其以下。

〔96〕 一般性参见下文，第14章。

〔97〕 ICJ Reports, 1993, pp. 3 and 325; 95 ILR, pp. 1 and 43.

〔98〕 ICJ Reports, 1993, pp. 3, 16; 95 ILR, pp. 1, 31. 另见 R. Maison, “Les Ordonnances de la CIJ dans l'Affaire Relative à l'Application de la Convention sur la Prevention et la Répression du Crime du Genocide”, 5 EJIL, 1994, p. 381.

〔99〕 该条规定“缔约国间关于本公约的解释、适用或实施的争端，包括关于某一国家对于灭绝种族罪或第三条所列任何其他行为的责任的争端，经争端一方的请求，应提交国际法院”。

〔100〕 法院驳回了建议的对该案具有管辖权其他基础，ICJ Reports, 1993, p. 18; 95 ILR, p. 33.

〔101〕 ICJ Reports, 1993, p. 23; 95 ILR, p. 38.

〔102〕 ICJ Reports, 1951, pp. 15, 23; 18 ILR, pp. 364, 370, 引用了1946年12月11日联大第96(I)号决议中的用语。

被训令采取所有其权力范围内的措施以防止灭种罪的实施，而且特别要求其保证“任何受其指令或支持的军事、准军事或非正规武装，以及任何受其控制、指挥或影响的组织和个人，不从事任何灭种行动”。[103] 法院在其 1993 年 9 月 13 日的临时措施命令中重申这些临时措施为应予“立即并有效实施”的措施。[104]

1996 年 7 月 11 日，法院驳回了南斯拉夫提出的初步反对主张。[105] 法院特别强调它从《灭种罪公约》的宗旨和目的得出结论，认为其中包含的权利和义务是对一切的权利和义务，而各国负有的防止和惩治种族灭绝罪的义务并不取决于特定情形中的冲突类型（毋论国际或国内冲突），且不受该公约适用地域的限制。[106] 该《公约》第 9 条所设定的国家责任类型不排除任何国家责任形式。[107] 此外，法院认为该公约中没有宗旨或效果在于限制法院属时管辖权以排除特定日期以前的事项的任何条款。[108] 此后南斯拉夫撤回了针对波斯尼亚的反诉[109]，而在 2001 年 4 月以“新的事实”提出了一项修正 1996 年判决的申诉，理由是该国已在 2000 年成为联合国新会员国。这一请求被法院驳回。[110] 2007 年 2 月 26 日，法院给出了对实体问题的判决。法院申明灭种归为“国际法下的罪行”的影响，连同灭种公约中所规定的防止灭种的义务，意在禁止国家通过它们机关的行 285
为或可归因于国家的个人或团体的行为进行种族灭绝。[111] 法院还认为，即便没有个人被判定犯灭种罪或相关的罪行，也可能会产生公约下的灭种和共谋的国家责任[112]，而且无论国家在何处行为，这种灭种罪行的责任都适用于它。[113] 法院指出，灭种罪定义的核心在于，犯罪意图的实质是全部或部分地毁灭受到保护的群体本身。群体必须具备特定

---

[103] ICJ Reports, 1993, pp. 3, 24; 95 ILR, pp. 1, 39.

[104] ICJ Reports, 1993, pp. 325, 350; 95 ILR, pp. 43, 68, 另见劳特派特法官的个别意见, ICJ Reports, 1993, pp. 407, 431—2; 95 ILR, pp. 125, 149—50.

[105] 自 1995 年 11 月 11 日在美国代顿发起，于同年 12 月 14 日在巴黎签订的代顿和平协议起并作为该协议的结果，现在采用南斯拉夫而不是前南斯拉夫（塞尔维亚和黑山）的名称。

[106] ICJ Reports, 1996, pp. 595, 615; 115 ILR, p. 1.

[107] ICJ Reports, 1996, p. 616.

[108] 同上，第 617 页。另见“威胁或使用核武器的合法性”案, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 240; 110 ILR, p. 163.

[109] ICJ, Order of 10 September 2001.

[110] ICJ Reports, 2003, p. 7, 参看下文，第 19 章，第 1106 页。

[111] ICJ Reports, 2007, paras. 161—7; 另见 *Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda*, ICJ Reports, 2006, pp. 6, 31—2, 法院认为《灭种公约》中的权利和义务是对一切的权利和义务，并指出防止种族灭绝“确定无疑”是一个强行法规范。

[112] ICJ Reports, 2007, para. 182.

[113] 同上，第 183 段。

的明确特征——民族的、种群的或宗教的，而不能缺少这些。这种意图也必须与该群体"本身"相关。这意味着这一罪行要求存在毁灭具有特定群体特性的一群人的意图[114]，也就是意在毁灭至少是特定群体的相当大部分的意图，而且这可能适用于一个有限的地理区域（例如斯雷布雷尼察）。[115] 法院强调指出，针对国家的涉及特殊严重性的指控，例如种族灭绝，必须要有完全结论性的证据的支持。[116] 但是，法院强调说，《灭种公约》设定了一个单独的、明晰的防止灭种的义务，这一义务是"规范性的和强制性的"[117]，而且是行为义务，而非结果义务[118]，但条件是犯罪行为确实发生。[119] 这一义务在国家获悉或通常情况下应当获悉存在发生灭种罪行的严重危险时立即产生。[120] 法院还判定塞尔维亚违反了它惩处灭种罪行的义务。[121]

286

禁止歧视

除了保护群体之生存免受实际攻击的迫切要求之外，群体还需要免于歧视的保护。[122] 非歧视规则因此是一个与群体和群体的个人成员都相关的原则。

《消除一切形式种族歧视国际公约》[123] 签署于 1965 年，并于 1969 年生效。它的基础是《联合国宪章》中的非歧视条款。种族歧视被定义为：

> 基于种族、肤色、世系或民族或人种的任何区别、排斥、限制或优惠，其目的或效

---

〔114〕 同上，第 193 段。

〔115〕 同上，第 198—9 段。

〔116〕 同上，第 209 段，并另见第 319 段。但是，依据获得的证据，法院并不确信这些证据可以证明对受保护群体的成员的大规模杀害是在存在明确意图（dolus specialis）的情况下进行的，同上，第 277 段，或者对受保护群体的驱逐和排斥基于同一原因构成种族灭绝，同上，第 334 段，或者给拘留营施加骇人条件等其他控诉也构成灭绝种族，同上，第 354、370 及 376 段。对此的例外是有关斯雷布雷尼察，法院认为必要的意图已被证明达到了所要求的证据标准，同上，第 278—9 段。

〔117〕 同上，第 427 段。

〔118〕 同上，第 430 段。

〔119〕 同上，第 431 段。

〔120〕 同上。

〔121〕 同上，第 450 段。

〔122〕 参看 Rehman, *International Human Rights Law*, chapter 10; W. Vandenhole, *Nondiscrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerp, 2005; Joseph *et al.*, *International Covenant*, chapter 23; A. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law", 11 HRLJ, 1990, p. 1; J. Greenberg, "Race, Sex and Religious Discrimination" in Meron, *Human Rights in International Law*, p. 307; W. McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1983, and T. Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford, 1986, chapters 1—3.

〔123〕 参看 N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 2nd edn, Dordrecht, 1980.

果为取消或损害政治、经济、社会、文化或公共生活任何其他方面人权及基本自由在平等地位上的承认、享受或行使。

缔约国承诺禁止种族歧视并保障所有人平等地享受一系列权利，确保其管辖范围内的所有人就这些人权得到有效保护和救济。[124] 我们还可以公平地断定除了存在这个公约之外，种族歧视也有悖于习惯国际法。[125] 这一结论的基础可以是《联合国宪章》第55和56条、《世界人权宣言》第2和第7条、两个国际人权公约[126]、人权保护的区域性文 287
件[127]以及一般的国家实践。基于其他原因的歧视，比如宗教[128]和性别[129]，也可能违反

---

[124] 另见下文，第289页。关于建立消除种族歧视委员会。另请注意1973年《禁止和惩治种族隔离罪行公约》。

[125] 参看田中法官在"西南非洲"案中的反对意见，ICJ Reports, 1966, pp. 3, 293; 37 ILR, pp. 243, 455.

[126] 见下文，第314页。

[127] 见下文，第347页及以下。

[128] 例如，参看，1981年《消除所有形式的基于宗教或信仰的不容忍和歧视宣言》，联大第36/55号决议，以及根据联合国人权委员会1986年3月10日第1986/20号决议任命一位特别报告员审查与宣言不相符的情形。最初的一年任期被展期，然后延长至两年期，然后三年期：参看第1988/55号和第2001/42号决议。另见 Odio Benito, Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination based on Religion or Belief, New York, 1989, 和《消除所有形式的基于宗教或信仰的不容忍和歧视宣言》的实施报告, E/CN. 4/1995/91, 1994. 2000年，人权委员会将该任务名称更改为"宗教或信仰自由特别报告员"，见经社理事会2000/261号决议以及联合国大会55/97号决议。2007年12月14日，人权委员会将这一特别报告员的任务又进一步延展了三年。联合国人权事务委员会已经就关于思想、良心和宗教的自由的第18条作出了一项一般性意见，参见第22号一般性意见，HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994，以及 Joseph *et al.*, *International Covenant*, chapter 17. Note also S. Neff, "An Evolving International Legal Norm of Religious Freedom: Problems and Prospects", 7 *California Western International Law Journal*, 1975, p. 543; A. Krishnaswami, *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, New York, 1960, E/CN. 4/Sub. 2/200/Rev. 1; N. Lerner, "Towards a Draft Declaration against Religious Intolerance and Discrimination", 11 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1981, p. 82; B. Tahzib, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection*, Dordrecht, 1995, and B. Dickson, "The United Nations and Freedom of Religion", 44 ICLQ, 1995, p. 327.

[129] 参见1979年《消除对妇女的一切形式歧视公约》，下文，p. 300. 该《公约》第1条规定，对妇女的歧视是指基于性别而作的任何区别、排斥或限制，其影响或目的均足以妨碍或否认妇女不论已婚未婚在男女平等的基础上认识、享有或行使在政治、经济、社会、文化、公民或任何其他方面的人权和基本自由。例如，参看 McKean, *Equality*, chapter 10; Bayefsky, "Equality", and Meron, *Human Rights Law-Making*, chapter 2. See also J. Morsink, "Women's Rights in the Universal Declaration", 13 HRQ, 1991, p. 229; R. Cook, "Women's International Human Rights Law", 15 HRQ, 1993, p. 230; *Human Rights of Women* (ed. R. Cook), Philadelphia, 1994, and M. A. Freeman and A. S. Fraser, "Women's Human Rights" in Herkin and Hargrove, *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, p. 103. 另请注意联大《消除针对妇女的暴力宣言》，33 ILM, 1994, p. 1049. 另见国际法协会通过的《国内流离失所者国际法原则之伦敦宣言》，*Report of the Sixty-Ninth Conference*, London, 2000, p. 794.

习惯国际法。《公民权利和政治权利国际公约》在第 2 条 1 款规定所有缔约国有义务尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有该公约所承认的权利,“不分种族、肤
288 色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别”。[130] 第 26 条规定所有人在法律面前一律平等,因此,“法律应禁止任何歧视并保证所有的人得到平等的和有效的保护,以免受基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产,出生或其他身份等任何理由的歧视”。[131] 该公约下设立的联合国人权事务委员会[132]在其关于非歧视的第 18 号一般性意见[133]中指出非歧视“构成关于人权保护的一个基本性的和一般性的原则”。委员会采用了《种族歧视公约》和《妇女歧视公约》中所使用的对“歧视”的定义,认为它应被理解为意指任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等的任何区别、排斥、限制或优惠,其目的或效果为取消或损害对任何人的人权及基本自由在平等地位上的承认、享受或行使。

非歧视原则要求确立事实上的平等以及法律上的形式平等。恰如常设国际法院在“阿尔巴尼亚的少数者学校”(*Minority Schools in Albania*)案中指出的[134],“法律上的平等禁止任何种类的歧视;而事实平等可能要求不同待遇,以实现某种在不同情况间确立均衡的结果”。[135] 在这些情况下对可接受的差别的适当检验会围绕着何为公正或合理的
289 问题[136],或什么可被客观而合理地证明。[137] 在事实上适用平等也可能会要求引入积极措施以减少或消除产生歧视的条件。这些措施应目标明确,不能绝对化也不能无限期

---

〔130〕 另参看,例如,1966 年《经济、社会和文化国际公约》第 2 条(2)款和第 3 条。参见 M. C. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, 1995, chapter 4, 并见下文, p. 308.

〔131〕 注意,该条款构成一项自治的或自立的原则,而该公约第 2 条 1 款和《世界人权宣言》第 2 条,欧洲人权公约第 14 条和《儿童权利公约》第 2 条(1)款禁止对文件中所规定的特定权利的自由加以歧视:参见 Bayefsky, “Equality”, pp. 3—4,及人权事务委员会关于禁止歧视的一般性意见,第 12 段。

〔132〕 另见下文,第 314 页。

〔133〕 1989 年 11 月 9 日通过,CCPR/C/Rev. 1/Add. 1.

〔134〕 PCIJ, Series A/B, No. 64, p. 19 (1935); 8 AD, pp. 386, 389—90.

〔135〕 另见人权事务委员会关于禁止歧视的一般性意见,第 8 段。

〔136〕 参见田中法官在“西南非洲”案中的反对意见,ICJ Reports, 1966, pp. 3, 306; 37 ILR, pp. 243,464.

〔137〕 参看 *Belgian Linguistics* case, European Court of Human Rights, Series A, No. 6, 1986, para. 10; 45 ILR, pp. 114, 165,另见 *the Amendments to the Naturalisation Provisions of the Constitution of Costa Rica* case, Inter-American Court of Human Rights, 1984, para. 56; 5 HRLI, 1984, p. 172, 以及人权事务委员会关于禁止歧视的一般性意见第 13 段,它指出“并非每项区别待遇都构成歧视,如果该项区别的标准合理且客观并且如果其目的是为了达到公约下的正当目的”。

存在。[138]

作为人权的自决原则[139]

自决权已在反殖民的背景里做了分析。[140] 问题在于这个被广泛主张的权利是否在殖民背景以外具有意义。两个人权公约都在第 1 条规定“所有人民都有自决权。他们凭这种权利自由决定他们的政治地位,并自由谋求他们的经济、社会和文化的发展”,而1975 年的《赫尔辛基最后文件》[141] 提出“平等权利及自决原则……所有人民都有权,依其自愿,不受外部干涉、完全自由地决定他们的内部和外部政治地位,并依其意愿追求他们的政治、经济、社会和文化发展”。1981 年《非洲人权与民族权利宪章》[142] 第 20 条规 290
定“所有民族都有生存权。它们享有无可置疑的且不可剥夺的自决权。它们应自由决定它们的政治地位并根据它们选择的政策追求其经济和社会发展”。1970 年《各国友好关系及合作之国际法原则之宣言》[143] 提及殖民状况并指出各民族受异族奴役、统治与剥削是对这一原则的违反。许多联合国决议也讨论了自决与外族使用武力的占领情势之间的相关性。[144] 1988 年国际法委员会表明了自决原则普遍适用的观点[145],而联合国人权事务委员会的实践一直具有特别意义。

---

[138] 参见人权事务委员会关于禁止歧视的一般性意见第 10 段。另见种族歧视公约第 1 条(4)款,《妇女歧视公约》第 4 条(1)款以及《公民权利和政治权利国际公约》第 27 条。

[139] 例如,参看 A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford, 2004; J. Summers, *Peoples and International Law*, The Hague, 2007; K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, 2002; T. D. Musgrave, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997; W. Ofuatey-Kodjoe, "Self Determination" in *United Nations Legal Order* (eds. O. Schachter and C. C. Joyner), Cambridge, 1995, vol. I, p. 349; A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995; *Modern Law of Self-Determination* (ed. C. Tomuschat), Dordrecht, 1993; Higgins, *Problems and Process*, chapter 7; T. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990, pp. 153 ff.; Franck, "Fairness in the International and Institutional System", 240 HR, 1993 III, pp. 13, 125 ff.; *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Oxford, 1988; *Peoples and Minorities in International Law* (eds. C. Brölmann, R. Lefeber and M. Zieck), Dordrecht, 1993, and P. Thornberry, "Self-Determination, Minorities, Human Rights: A Review of International Instruments", 38 ICLQ, 1989, p. 867. See also M. Koskenniemi, "National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice", 43 ICLQ, 1994, p. 241; G. Simpson, "The Diffusion of Sovereignty: Self-Determination in the Post-Colonial Age", 32 *Stanford Journal of International Law*, 1996, p. 255, and R. McCorquodale, "Self-Determination: A Human Rights Approach", 43 ICLQ, 1994, p. 857.

[140] 见上文,第 5 章,第 251 页。

[141] 另见下文,第 372 页。

[142] 另见下文,第 391 页。

[143] 联大第 2625 (XXV)号决议。

[144] 考察国家实践,参看 Cassese, *Self-Determination*, pp. 90—9.

[145] *Yearbook of the lLC*, 1988, vol. II, Part 2, p. 64.

在简述这一原则之前,我们需要指出领土完整原则的至关重要性。[146] 这一原则保护独立国家的领土架构,是国家主权整体概念的一部分。就冻结独立时领土边界的概念来说(以相互同意的方式保留),该规则被称为占有原则(*uti possidetis juris*)。[147] 它规定独立时已经确立并存在的边界不可变更,除非有关各方同意变更。这一规则得到了国际文件[148]和司法判决的支持。在布基纳法索与马里案(*Burkina Faso/Mali*)中[149],国际法
291 院的分庭强调占有规则是一项一般原则,其目的在于使新生国家的独立和稳定避免边界争端挑起的手足相残的危险。这一基本的稳定要求促使新独立国家同意尊重殖民边界"并且在解释民族自决原则时考虑这一要求"。欧洲南斯拉夫会议的仲裁委员会在其第2号意见[150]中强调"一个确立的规则就是,无论如何,自决权都不能涉及对独立时既有边界的变更(占有原则),除非有关国家另有协议"。

因此自决原则在独立国家的领土框架内也适用于殖民背景以外。[151] 它不能被用作分裂主权国家的法律工具。但其作为一个重要的集体人权原则[152],人权事务委员会在

---

〔146〕 1960年联大第1514(XV)号决议(殖民地宣言)强调"局部或全部地破坏国家统一和领土完整的任何企图都与《联合国宪章》的宗旨和原则不相符合",1970年第2625(XXV)号决议(《友好关系之国际法原则宣言》)强调"前述各项都不得被解释为授权或鼓励全部或局部地分裂或损害主权国家或独立国家的领土完整或政治统一的任何行动"。另见下文,第10章,第522页。

〔147〕 另见下文,第10章,第525页。

〔148〕 参看联大第1514(XV)号和第1541(XV)号决议及非统组织第16(I)1964号决议。

〔149〕 ICJ Reports, 1986, pp. 554, 566—7; 80 ILR, pp. 440, 470—1.

〔150〕 92 ILR, pp. 167, 168. 另见上文,第5章,第256页。

〔151〕 1970年《友好关系之国际法原则宣言》中的条款称,以上各项不得解释为授权或鼓励采取任何行动,局部或全部破坏或损害在行为上符合"上述各民族享有平等权及自决权原则并因之具有代表领土内不分种族、信仰或肤色之全体人民之政府"之自主独立国家之领土完整或政治统一,该条款被看作,首先,确立了领土完整原则的首要性,其次,指出了领土内自决的内容。它是否也可以被看作为特殊情形下从独立国家中分离出去提供了合法性颇具争议性。例如,卡塞斯认为"种族或宗教的团体可能试图分离,是作为外部自决的一种形式,如果显然内部自决绝不可能。极度的和不间断的迫害结束了和平对抗的合理期望并可以使分离合法化", *Self-Determination*, p. 120,另见R. Rosenstock, "The Declaration on Principles of International Law", 65 AJIL, 1971, pp. 713,732,以及J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2006, pp. 118 ff. 加拿大最高法院在魁北克分离案中讨论了这一问题,但没有得出结论,(1998)161 DLR (4th) 385, 437 ff.; 115 ILR, pp. 536, 582—7. 成功适用这一温和观点的实践似乎仍然缺乏。

〔152〕 注意,布朗利认为,自决原则具有合理确定性的核心,而这存在于"具有独特特征的共同体将此特征反映在其生存的政府体制内的权利","The Rights of Peoples in international Law" in Crawford, *Rights of Peoples*, pp. 1, 5.

解释《公民和政治权利公约》第 1 条时对其适用做了分析。[153] 在其 1984 年通过的关于自决的一般性意见中[154],委员会强调指出该权利的实现是"有效保障和尊重个人人权的 292
根本条件"。然而,这项原则被视为一个集体概念,而不是一项个人可以经由公约第一议定书的个人申诉程序来实施的原则。[155] 希金斯(Higgins)教授[156]指出[157],委员会认为,"外部自决要求一个国家在其外交政策中所采取的行动与其对待殖民或种族主义占领的残余区域获得自决的政策相一致。但是内部自决则针对其自身的人民"。就自决原则在独立国家的意义来说,委员会鼓励缔约国在其报告中提供有关参与社会和政治机构的详细信息[158],在与缔约国代表的对话中,经常会涉及政治机构如何运作以及有关国家的人民如何参与本国治理的问题。[159] 这就使之与公约其他条款的审议相联系,例如表达自由(第 19 条)、集会自由(第 21 条)、结社自由(第 22 条)以及参与公共事务的权利和选 293
举权(第 25 条)。因此自决权规制了评议有关民主政治各原则的整体框架。[160] 消除种族歧视委员会在 1996 年通过了第 21 号一般性建议,其中同样将自决分为外部和内部自决,并指出后者意指"每个公民在各个层次参与公共事务管理的权利"。[161] 加拿大最高

---

[153] 特别参见 D. McGoldrick, *The Human Rights Committee*, Oxford, 1994, chapter 5; Cassese, Self-Determination, pp. 59 ff., and M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights*, CCPR Commentary, 2nd edn, Kehl, 2005, part 1.

[154] 一般性意见第 12: see HRI/GEN/1/Rev. 1, p. 12, 1994.

[155] 参见 *Kitok* case, Report of the Human Rights Committee, A/43/40, pp. 221, 228; 96 ILR, pp. 637, 645; the *Lubicon Lake Band* case, A/45/40, vol. II, pp. 1, 27; 96 ILR, pp. 667, 702; *EP v. Colombia*, A/45/40, vol. II, pp. 184, 187, and *RL v. Canada*, A/47/40, pp. 358. 365. 但是在 *Mahuika et al. v. New Zealand* 案中,委员会认为第 1 条的规定可以与解释受公约保护的其他权利相关,特别是第 27 条的少数者权利,A/56/40, vol. II, annex X, A. 另见 *Diergaardt et al. v. Namibia*, A/55/40, vol. II, annex IX, sect. M, para. 10.3.

[156] 人权事务委员会 1985 年至 1995 年间的成员。

[157] Higgins, "Postmodern Tribalism and the Right to Secession" in Brolmann *et al.*, *Peoples and Minorities in International Law*, p. 31.

[158] 参看哥伦比亚的报告,CCPR/C/64/Add. 3, pp. 9 ff., 1991. 在秘鲁的第三份定期报告中,它注意到公约第 1 条第 1 款"规定了所有人民都有自决权。在该权利下,任何人民都能够自由地决定其政治和经济情形或政权并因此建立了适合于相关目的的政府形式。因此,秘鲁采取了共和制作为其政府形式,这体现在其 1979 年宪法中,称秘鲁是建立在一元代表制、权力分散的政府基础上的民主和社会独立的主权共和国", CCPR/C/83/Add. 1, 1995, p. 4.

[159] 关于加拿大,例如,参看 A/46/40, p. 12. 关于扎伊尔,另见 A/45/40, pp. 120—1。

[160] 参见 T. Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", 86 AJIL, 1992, p. 46. 另见 P. Thornberry, "The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination" in Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination*, p. 101.

[161] A/51/18.

法院指出自决“通常通过内部自决实现——一个民族在一个既存国家的框架内追求其政治、经济、社会和文化的发展”。[162]

少数者保护[163]

随着德意志、奥斯曼、俄罗斯和奥匈帝国的瓦解以及东欧和中欧许多独立民族国家的兴起，第一次世界大战之后的战后安排作出了很多努力以保护那些不能获得主权和国
294 家资格的群体。[164] 属于种族、宗教或语言少数者的个人被给予与有关国家内其他民族相同的待遇和同等的公民和政治权利与保障。这些规定构成了国际关注的义务，未经国际联盟行政院的多数同意不可更改。行政院可在任何违背少数者义务的情况下采取措施。国联也曾存在过一个有关少数者的申诉程序，虽然他们在行政院或者常设国际法院前都没有申诉资格。[165] 但是，最终由于种种原因，从新独立国家对少数者问题国际监督

---

[162] The *Quebec* case, (1998) 161 DLR (4th) 385, 437—8; 115 ILR, p. 536.

[163] 例如，参看 *Oppenheim's International Law*, pp. 972 ff.; Nowak, *UN Covenant*, pp. 480 及其以下; M. Weller, *Universal Minority Rights: A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Oxford, 2007; R. Higgins, "Minority Rights: Discrepancies and Divergencies Between the International Covenant and the Council of Europe System" in *Liber Amicorum for Henry Schermers*, Dordrecht, 1994, p. 193; Shaw, "Definition of Minorities"; P. Thornberry, *International Law and Minorities*, Oxford, 1991, and Thornberry, "Phoenix", and "Self-Determination", p. 867; G. Alfredsson, "Minority Rights and a New WorldOrder" in *Broadening the Frontiers ofHuman Rights: Essays in Honour of A. Eide* (ed. D. Gomien), Oslo, 1993; G. Alfredsson and A. M. de Zayas, "Minority Rights: Protection by the UN", 14 HRLJ, 1993, p. 1; Brölmann *et al.*, *Peoples and Minorities in International Law*; *The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe* (eds. J. Packer and K. Myntti), Turku, 1993; *Documents on Autonomy and Minority Rights* (ed. H. Hannum), Dordrecht, 1993; N. Rodley, "Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments", 17HRQ, 1995, p. 48; A. Fenet *et al.*, *Le Droit et les Minorites*, Brussels, 1995; J. Rehman, *The Weakness in the International Protection of Minority Rights*, The Hague, 2000, and *International Human Rights Law*, chapters 11 and 12; Musgrave, *Self-Determination*, and *Minority and Group Rights in the New Millennium* (eds. D. Fottrell and B. Bowring), The Hague, 1999. 另见 the Capotorti Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, E/CN. 4/Sub. 2/384/Rev. 1, 1979.

[164] 联盟的少数者体制由下列文件构成：约束波兰、塞尔维亚—克罗地亚—斯洛文尼亚国家、罗马尼亚、希腊和捷克斯洛伐克的五个少数者专门条约；奥地利、保加利亚、匈牙利和土耳其的和平条约中专门的少数者条款；允许阿尔巴尼亚、拉脱维亚、立陶宛、爱沙尼亚和伊拉克加入联盟时作出的五项一般性声明；芬兰针对阿兰岛作出的特别声明以及与但泽、上西里西亚和梅梅尔有关的条约：一般性参见 Thornberry, *International Law and Minorities*, pp. 38 及其以下。

[165] 1930 年代早期曾收到几百份申诉，但是这一数字于 1939 年几乎降到了零：参见 Thornberry, International Law and Minorities, pp. 434—6, and the Capotorti Report on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 1979, E/CN. 4/Sub. 2/384/Rev. 1, pp. 20—2. 另见 Macartney, National States, pp. 370 ff.; J. Stone, International Guarantees of Minority Rights, London, 1932, and Richard, Le Droit de Petition, Paris, 1932.

的敏感性到纳粹德国对少数者问题的公然利用以颠覆邻近国家,这些保护安排并未起到良好作用。第二次世界大战之后,虽然有关某些特定情形的文件包含了保护少数者的条款[166],尽管1947年设立了防止歧视和保护少数小组委员会,但是关注的焦点已转变为对普遍性个人人权的国际保护。[167] 直到1966年《公民权利和政治权利国际公约》通过之后,少数者权利保护才重新回到国际议程中来。该公约第27条规定"在那些存在着人种的、宗教的或语言的少数人的国家中,不得否认这种少数人同他们的集团中的其他成员共同享有自己的文化、信仰自己的宗教或使用自己的语言的权利"。

这一温和且非常消极的条款围绕着"属于"少数者的"个人"而不是少数群体,而且 295
没有给出少数者的定义。[168] 尽管如此,联合国人权事务委员会借着讨论国家报告、个人申诉以及一个一般性评论的机会考虑了这一问题。例如,在评论依据国际公约递交的国家报告时,委员会明确指出,第27条下的权利适用于缔约国领土之内的少数者群体的所有成员,而不仅仅是国民[169],它也表达了对某些国家之内少数者待遇的关注。[170]

在"拉夫雷丝"(*Lovelace*)案中[171],委员会裁决存在对第27条的违反,事关一个嫁给非印第安人的印第安妇女,受加拿大法律限制失去了在婚姻解体后居住在"托毕克保留地"(*Tobique Reserve*)的权利。委员会指出影响属于少数者的个人居住在保留地之上的权利的法律限制必须具有一个合理而客观的理由,且应与作为一个整体的公约其他条款相一致。本案并非如此。在保留地之外没有任何地方能够使她与少数群体其他成员共同行使享有获得本地文化和语言的权利。

---

〔166〕 参看1947年对意大利和平条约附件四;1950年印度—巴基斯坦条约;及1955年奥地利国家条约第7条。另见有关塞浦路斯独立的文件中的规定,Cmnd 1093, 1960。

〔167〕 另见下文,第307页。

〔168〕 界定少数者的尝试总是集中在少数者人数上的劣势以及他们的非支配性地位上,存在将他们与主流人群区分开的某些客观特征(如种族、宗教或语言)加上相关少数者保留这些特征的主观愿望,参看 Shaw, "Definition of Minorities", and the Capotorti Report, p.96. 另见欧洲理事会大会第1255(1955)号建议, H/Inf (95) 3, p.88. 注意,人权事务委员会在 *Ballantyne* 案中认为在魁北克说英语的公民构不成一个少数者群体,因为"少数者"适用于整个国家而不是其中一部分,14 HRLI, 1993, pp.171, 176.

〔169〕 如针对挪威第三期报告所做的评论,A/49/40, p.23,和针对日本第三期报告所做的评论,同上, p.25。另见 Joseph *et al.*, *International Covenant*, chapter 24.

〔170〕 如关于罗马尼亚的第三期定期报告,A/49/40, p.29,和墨西哥的第三期定期报告,同上, p.35,以及俄罗斯的第四期定期报告,CCPR/C/79/Add.54, p.5,和乌克兰的第四期定期报告,CCPR/C/79/Add.52, p.4。注意对刚果民主共和国就其对国内某些少数者,包括俾格米人的边缘化、歧视以及不时的迫害而作出的批评,参见 CCPR/C/SR.2358, 2006,以及科索沃的情况,CCPR/C/SR.2394, 2006。

〔171〕 I *Selected Decisions of the Human Rights Committee*, 1985, p.83; 68 ILR, p.17.

在“奇托克”(*Kitok*)案中[172],针对瑞典萨米族社区一成员的申诉,委员会认为当经
296 济活动规章是一个经济共同体文化的本质要素时,其对个人的适用也在27条范围之内。需要强调的是,对于少数者个人成员的一项限制必须具有合理而客观的理由,且为少数者整体的持续生存和福祉所必需。

在“卢比肯湖邦”(*Lubicon Lake Band*)案中[173],委员会支持了申诉人的诉求,认为加拿大政府由于允许阿尔伯塔地方当局为私人公司利益征用该邦的领地,从而违反了第27条。委员会认为第27条所保护的权利包括个人与其他人一起从事属于他们所属群体之文化一部分的经济和社会活动的权利。但是,那些对属于少数群体的人们的生活方式和生活状况仅产生有限影响的措施并不必然违反第27条。[174]

由于担心其评论会被认为怂恿分裂,在经过大量争论和迟疑之后,委员会在1994年通过了关于第27条的一般性评论。[175] 该一般性评论指出了属于少数者个人的权利与自决权以及平等权和非歧视之间的区别。委员会特别指出第27条下的权利不损害国家主权和领土完整,虽然某些少数者权利,尤其是那些与土著居民相关的权利,可能涉及与领土及其资源的利用密切联系的生活方式,例如渔业、狩猎以及居住在受法律保护的保留地的权利。委员会在该一般性意见的一个重要部分中强调,少数者个人无须是有关国家的国民或永久居民,这样移徙工人甚至是旅游者都可受到第27条的保护。一个种族、宗教或语言少数群体是否存在是一个客观问题,而不取决于缔约国的决定。虽然第27条使用了消极的表述,委员会要求积极保护措施不仅针对国家本身的行为,也针对缔约
297 国内其他人的行为。积极措施对保护有关少数者的特性也有必要,而且只要基于合理和客观的标准,就允许存在正当的区别。

联合国大会在1992年12月通过了《在民族或族裔、宗教和语言上属于少数群体的人的权利宣言》。[176] 第1条规定各国“应在各自领土内保护少数群体的存在及其民族或族裔、文化、宗教和语言上的特征”并应采取适当的立法和其他措施以实现这些目的。宣言规定属于少数群体的人有权私下和公开、不受干扰或任何形式歧视地享受其文化、信奉其宗教并举行其仪式以及使用其语言。这些人也有权有效地参与文化、社会、经济和

---

[172] A/43/40, p.221; 96 ILR, p.637.

[173] A/45/40, vol. II, p.1; 96 ILR, p.667.

[174] 另见针对芬兰的 *Länsmann* 案, 511/92 and 671/95:115 ILR, p.300,以及人权事务委员会2005年报告, volume II, A/60/40, pp.90及其以下。

[175] 第23号一般性意见,HRI/GEN/1/Rev. 1, p.38.

[176] 第47/135号决议。参看 *The UN Minority Rights Declaration* (eds. A. Phillips and A. Rosas), London, 1993.

公共生活。联合国的小组委员会多年以来一直在考虑少数者问题，并在 1994 年同意设立一个五人会议间工作组[177]以寻求涉及少数者的情势的和平和建设性的解决方法，尤其是，研究宣言的实际适用以及为联合国人权高专提供有关保护面临暴力危险的少数者和促进社会中的少数群体与其他群体和政府之间的对话的建议。2005 年，人权委员会任命了少数群体问题独立专家，其任务是：促进执行《宣言》；应各国政府的请求，由联合国人权事务高级专员办事处查明最佳实践和开展技术合作的可能性；与现有联合国相关机构密切合作，同时考虑非政府组织的意见，并采用性别平等的视角。[178]

主要由于苏联及其东欧帝国的消亡以及东欧和中欧国家融入西欧的政治体制，欧洲国家最近尤其关注少数者权利问题。欧洲理事会以及欧洲安全合作会议（1995 年以后 298
为欧安组织）对少数者权利问题的特别回应将在下文论述。[179]

正如前述，联合国人权事务委员会指出了土著居民的特殊地位，因为它们与其传统领土有着特别的联系。它认为这种共同体形成了一个特殊种类的、具有特殊需要的少数者群体。[180] 1957 年国际劳工组织通过了《关于土著和部落人口的 107 号公约》，这是一个就土著居民问题采用了以同化为主要政策的文件。1989 年的《关于独立国家内土著和部落居民的第 169 号公约》部分修订了此公约。从“人口”到“民族”的用

---

[177] E/CN.4/Sub.2/1994/56. 这一工作组于 1995 年 3 月 3 日得到人权委员会的授权：参见第 1995/24 号决议。另见 E/CN.4/Sub.2/1995/51.

[178] 2005/79 号决议。例如，独立专家提出了对面临多重歧视、排斥和暴力的妇女，例如来自少数者社区的妇女的权利的重视，Press Release of 7 March 2006，以及对匈牙利的罗姆人（吉普赛人——译者注）所面临的问题的重视，Press Release of 4 July 2006。

[179] 见下文，第 365 和 376 页。

[180] 参看，例如 P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, 2002; S. Marquardt, “International Law and Indigenous Peoples”, 3 *International Journal on Group Rights*, 1995, p. 47; J. Berger and P. Hunt, “Towards the International Protection of Indigenous Peoples” Rights', 12 NQHR, 1994, p. 405; C. Tennant, “Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945—1993”, 16 HRQ, 1994, p. 1; E. Stamatopoulou, “Indigenous Peoples and the United Nations: Human Rights as a Developing Dynamic”, 16 HRQ, 1994, p. 58; Crawford, *Rights of Peoples*; R. Barsh, “Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law”, 80 AJIL, 1986, p. 369; J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2004, and G. Bennett, *Aboriginal Rights in International Law*, London, 1978. See also *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes* (eds. G. Alfredsson and M. Stavropoulou), The Hague, 2002. 特别注意以下案件：*Delgamuukw* v. *British Columbia* (1998) 153 DLR (4th) 193; 115 ILR, p. 446, Canadian Supreme Court, and *Mabo* v. *State of Queensland* (*No. 1*) (1988) 83 ALR 14; 112 ILR, p. 412 and (*No. 2*) (1992) 107 ALR 1; 112 ILR, p. 457. 另见 *The Richtersveld Community* case, 24 March 2003, Supreme Court of South Africa, 127 ILR, p. 507.

语变化是有益的[181]，而且后一公约更加注对土著民族的社会、文化、宗教和精神价值及实践的保护。与以前一般的混合了客观和主观标准的对少数者定义的通行方法不同，这个公约在第1条2款规定“自我认定为土著或部落应被视为决定本公约条款适用群体的一个根本标准”。小组委员会建议应展开一项对土著居民的歧视的研究，并
299 在1984年完成了这项研究。[182] 它提出了一个对土著居民的定义并就将来的行动提出了各种建议。1982年，小组委员会成立了一个土著人民问题工作组[183]，2007年《土著人民权利宣言》最终通过。[184]《宣言》指出土著人民，无论是集体还是个人，都有权充分享受《联合国宪章》、《世界人权宣言》和国际人权法所确认的所有人权和基本自由（第1条）。他们享有自决权（第3条），并且在行使其自决权时，在涉及其内部和地方事务的事项上，以及在如何筹集经费以行使自治职能的问题上，享有自主权或自治权（第4条）。他们还有权维护和加强其特有的政治、经济、社会和文化特征以及他们的法律制度，同时保有充分参与国家生活的权利（第5条），有权拥有国籍（第6条），并且享有作为独特民族自由、安全地生活的集体权利，不应遭受种族灭绝或其他暴力行为的侵害（第7条第2款）。他们还享有不被强行同化或毁灭其文化的权利，而各国应提供有效机制，以防止和纠正任何旨在或实际上破坏他们作为独特民族的完整性，或剥夺其文化价值或族裔特性的行动（第8条）。《宣言》还列出了他们的一系列权利，包括奉行其文化传统的权利、教育权、接触媒体和保健方法的权利，以及一系列关于他们与土地的独特关系的权利（第9到37条）。《宣言》呼吁联合国及其机构，包括土著问题常设论坛、各专门机构（包括国家一级）以及各国，应促进对《宣言》各项规定的尊重和充分实施（第42条）。2001年，联合国任命了土著人民问题特别报告员，1985年建立了土著居民志愿基金。[185] 2000年设立了土著问题常设

---

〔181〕 但是注意该公约规定“民族”这一术语的使用不得解释为包含该词在国际法上可能附有的权利（第1条3款）。

〔182〕 The Martinez Cobo Report, E/CN.4/Sub.2/1986/7 and Adds. 1—4.

〔183〕 参见 E/CN.4/Sub.2/1982/33.

〔184〕 1994年通过了宣言草案：参见第1994/45号决议，E/CN.4/Sub.2/1994/56, p.103. 另见 R. T. Coulter, “The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: What Is It? What Does It Mean?”, 13 NQHR, 1995, p.123.

〔185〕 参见联大第40/131号决议。

论坛[186]，2008 年制定了《联合国土著人民问题发展团体指南》。[187] 人权理事会 2007 年 300
第 6/36 号决议呼吁建立由五个独立专家组成的土著人民权利专家机制，以便为理事会提供专题性专家协助。

美洲国家组织内也在讨论《美洲土著人民宣言》的问题。[188] 美洲人权法院 2001 年在“玛雅那(苏默)阿瓦斯庭尼社区诉尼加拉瓜”(*The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community* v. *Nicaragua*)案中讨论了土著民族对祖传土地及资源的权利。[189] 法庭强调了有关土地集体所有权的共同体形式以及因此衍生的土著民族与该土地之间的紧密联系[190]，并指出尤其需要考虑这些民族的习惯法，从而使“土地占有对于缺乏地产的土著族群是足够的”。[191] 在“萨胡亚马苛萨土著社区诉巴拉圭”案(*Sawhoyamaxa Indigenous Community* v. *Paraguay*)中，法院强调，根据《美洲人权公约》第 21 条下使用和享有财产的权利，土著社区成员与其传统土地以及与其文化相联系的自然资源之间的紧密联系必须得到保障。法院在解释这一规定的时候还考虑了国际劳工组织第 169 号公约，这一公约要求尊重土地关系中社区文化和精神价值的特殊重要性。法院还指出了所有权的集体性质。此外，法院还确认了对《公约》第 3 条之下法律前的人格权的违反，因为该国没有对土著社区一些成员的存在进行登记或作出官方记录。法院要求该国采取一切立法、 301
行政以及其他措施保障社区成员对其传统土地的所有权。[192]

---

[186] 参见经社理事会第 2000/22 号决议，注意，1993 年被指定为世界土著人国际年，参见 E/CN.4/1994/AC.4/TN.4/2，而 1994 年 12 月 10 日被联大宣布为世界土著人国际十年。另见消除种族歧视委员会关于土著人的第 23 号一般性建议，1997，A/52/18，annex V.

[187] www.2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/guidelines.pdf.

[188] 有关 1995 年 9 月 18 日美洲人权委员会通过的《土著人权利宣言草案》，参见 OEA/Ser.L/V/II/90；Doc.9，rev. 1。更多关于该宣言草案的讨论，可见 GT/DADIN/doc.1/99 rev.2，2000；工作组报告员报告，见 GT/DADIN/doc.83/02，2002 以及 OEA/Ser.K/XVI，GT/DADIN/doc.301/07，2007。另见，2001 年 AG/RES.1780 (XXI-0/01)号决议和 2007 年 AG/RES. 2073 (XXXV-0/05)号决议。

[189] Series C，No. 79.

[190] 同上，para.149.

[191] 同上，para. 151. 裁决尼加拉瓜必须根据土著人共同体的习惯法、价值、惯例和风俗创设土著人共同体财产的定界、划界和命名的“有效机制”，同上，para. 164。另见，*Moiwana Community v. Suriname* 案 2005 年 6 月 15 日判决，Series C，No. 124 以及 *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay* 案 2005 年 6 月 17 日判决，Series C，No. 125.

[192] 2006 年 3 月 29 日判决，Series C，No. 146，paras. 17ff.，187 ff. and 210 及其以下。

提议中的其他集体权利

近年来受到大量关注的一个议题就是发展权问题。[193] 1986 年,联合国大会通过了《发展权利宣言》。[194] 这一文件重申了所有人权的相互依赖性和不可分割性,并寻求为一系列问题提供一个框架(第 9 条)。发展权被认为是所有人和所有人民参与、促进并享受经济、社会、文化和政治发展的不可剥夺的人权(第 1 条),而各国对创造有利于实现发展权利的条件负有主要责任(第 3 条),包括制订国际发展政策(第 4 条)。它呼吁各国确保所有人在获得基本资源、教育、保健服务、粮食、住房、就业、收入公平分配等方面机会均等。并应采取有效措施确保妇女在发展过程中发挥积极作用,进行适当的经济和社会改革以根除所有的社会不公现象(第 8 条)。鼓励实施该宣言是联合国持续关注

302 的主题[195],而 1993 年《联合国维也纳宣言与行动纲领》则重申了发展权利[196],在同一年联合国人权委员会则建立了发展权工作组。[197] 这里还应指出,1992 年《里约环境与发展宣言》原则三规定"必须履行发展的权利,以便公正合理地满足当代和世世代代的发展与环境需要"。[198] 虽然发展的一般性问题已明显处于经济问题和人权关注语境下的国际议程,但是讨论一个国际法上的、群体或民族或国家的法律上的发展权利尚为时过

---

[193] 例如,参看 *Le Droit au Développement au Plan International* (ed. R. J. Dupuy), Paris, 1980; A. Pellet, *Le Droit International du Développement*, 2nd edn, Paris, 1987; K. Mbaye, "Le Droit du Developpement comme un Droit de l'Homme", 5 *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, p. 503; *Report of the UN Secretary-General on the International Dimensions of the Right to Development as a Human Right*, E/CN.4/1334, 1979; O. Schachter, "The Emerging International Law of Development", 15 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1976, p. 1; R. Rich, "The Right to Development as an Emerging Human Right", 23 Va. JIL, 1983, p. 287; K. de Vey Mestdagh, "The Right to Development", 28 NILR, 1981, p. 31; I. Brownlie, *The Human Right to Development*, Commonwealth Secretariat Human Rights Unit Occasional Paper, 1989; C. Weeramantry, "The Right to Development", 25 *IJIL*, 1985, p. 482; P. Alston, "Revitalising United Nations Work on Human Rights and Development", 18 *Melbourne University Law Review*, 1991, p. 216, and T. Kunanayakam, *Historical Analysis of the Principles Contained in the Declaration on the Right to Development*, HR/RD/1990/CONF. 1, 1990.

[194] 联大第 41/128 号决议。

[195] 注意,例如,1990 年举行的全球磋商,E/CN.4/1990/9/Rev. 1, 1990: 参见 R. Barsh, "The Right to Development as a Human Right: Results of the Global Consultation", 13 HRQ, 1991, p. 322; 联合国秘书长的报告,E/CN.4/1992/10, 1991 及联合国秘书长的具体提议,E/CN.4/1993/16, 1993.

[196] 参见 32 ILM, 1993, p. 1661.

[197] 第 1993/22 号决议。1993 年底该工作组作出了第一份报告,E/CN.4/1994/21. 最近的机制是 1998 年根据第 1998/72 号决议设立的无限期的发展权工作组。2004 年,工作组成立了实施发展权高级别特别工作组:可参看 A/HRC/8/WG.2/TF/2, 2008。

[198] 31 ILM, 1992, p. 876. 另见下文,第 15 章。

早。[199] 其他被提议的集体权利还包括健康环境权[200]以及和平权。[201]

联合国体系——执行[202]

联合国体系成功地产生了一系列在人权领域广泛设立标准和规范的国际文件。[203] 303
现在将讨论其实施问题。

政治机构——概述

根据《宪章》第 13 条,联合国大会尤其有权就人权问题发动研究并作成建议。其议程中的人权项目发端于经社理事会的报告或者大会在早期会议中作出的审议特定情势的决定,或者由秘书长或会员国等联合国其他机构建议加入。大部分人权项目转至大会的第三委员会(社会、人道和文化委员会),而其他项目则提交给其他委员会,比如第六委员会(法律)或第一委员会(政治和安全)或者特别政治委员会。根据规则第 161 条,大会还设立了一些附属机关,其中几个涉及人权问题,例如非殖民化特别委员会、纳米比亚理事会、反对种族隔离特别委员会、以色列侵占领土内居民人权行为特别调查委员会

---

[199] 注意,经济、社会和文化权利委员会通过了一项一般性意见,称经济、社会和文化权利的发展与实现方面的国际合作是所有国家的义务,1991 年第 3 号一般性意见,HRI/GEN/1/Rev. 1, pp. 48, 52.

[200] 参看 S. Prakash, "The Right to the Environment. Emerging Implications in Theory and Praxis", 13 NQHR, 1995, p. 403. 另见下文,第 15 章,国际环境法。

[201] 参看联大第 33/73 号和第 39/11 号决议。另见 R. Bilder, "The Individual and the Right to Peace", 11 *Bulletin of Peace Proposals*, 1982, p. 387, and J. Fried, "The United Nations' Report to Establish a Right of the Peoples to Peace", 2 *Pace Yearbook of International Law*, 1990, p. 21.

[202] 参见 *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* (eds. P. Alston and J. Crawford), Cambridge, 2000; *Human Rights: International Protection, Monitoring and Enforcement* (ed. J. Symonides), Aldershot, 2003; Steiner, Alston and Goodman, *International Human Rights*; Rehman, *International Human Rights Law*, chapters 2—5; Tomuschat, *Human Rights*, chapters 6—8; *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York, 1994; *The United Nations and Human Rights* (ed. P. Alston), Oxford, 1992; *Guide to International Human Rights Practice* (ed. H. Hannum), 4th edn, Ardsley, 2004; Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, and *UN Law/Fundamental Rights* (ed. A. Cassese), Alphen aan den Rijn, 1979. 另见 Lauterpacht, *International Law*, chapter 11; F. Ermacora, "Procedure to Deal with Human Rights Violations", 7 *Revue des Droits de l'Homme*, 1974, p. 670; Robertson and Merrills, *Human Rights*, and A. A. Cancado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights", 202 HR, 1987, p. 9.

[203] 参看 1926 年奴隶制公约及 1953 年议定书、1956 年《废除奴隶制、贩卖奴隶和近似于奴隶制的制度和实践补充公约》、1949 年《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》、1951 年《难民地位的公约》及 1967 年议定书、1954 年《无国籍人地位的公约》以及 1961 年《减少无国籍人公约》。

以及巴勒斯坦人民行使不可剥夺权利的委员会。[204] 根据《宪章》第62条，经社理事会可提出人权问题的建议案，为大会起草人权问题的公约或召集人权问题国际会议。它由大会选出的54个联合国会员国组成，每年审议一系列机构的报告，包括联合国难民署、儿童基金、联合国贸易与发展会议、环境规划署以及世界粮食理事会。在其下属机构中，人
304 权委员会以及妇女地位委员会与人权问题具有最直接的联系。[205] 2006年，人权委员会被人权理事会所取代。

人权委员会(1946—2006)[206]

作为经社理事会的附属机构，这一机构设立于1946年，具有广泛的权责，包括发动研究、准备建议案以及起草国际人权文件。它最初由43个联合国会员国代表组成，由经社理事会依据均衡地域分配原则，经选举产生[207]，1990年5月的1990/48号决议将这一数字增加为53个。在其最初的20年里，尽管委员会经由秘书长接到了许多关于侵犯人权的申诉，但它一直认为它没有对这些申诉采取任何措施的权力。[208] 然而，在1967年，经社理事会1235(XLII)号决议授权委员会及其下属的防止歧视和保护少数小组委员会审议反映在申诉中的大规模侵犯人权的信息，并研究那些显示一贯违反人权的情势以向经社理事会做成建议。[209] 这就是委员会关于具体情势的公开讨论职能。最初的此类情势主要是关于南非。同样在1967年，委员会设立了一个南非问题特别专家工作组，并自此之后设立了关于智利、一贯严重违反人权的情势、失踪问题、发展权利与结构调整项目以及经济、社会和文化权利等工作组。委员会任命了特别报告员以处理特定国家内的情
305 势，例如，阿富汗、古巴、萨尔瓦多、赤道几内亚、危地马拉、伊朗、苏丹、刚果民主共和国以及伊拉克。委员会还任命了针对特定主题事项的特别报告员，例如即决处决、酷刑、雇佣兵、宗教不容忍以及贩卖儿童等问题。为保证某种程度的协调性，1994年召开了特别报

---

[204] 参见 *UN Action*, chapter 1. 另请注意联合国其他机关的相关作用，安理会、托管理事会、国际法院和秘书处，同上。

[205] 同上，pp. 13 ff. 另见大会决议第1991B（XVIII）号和第2847（XXVI)号。

[206] 参看 N. Rodley and D. Weissbrodt, "United Nations Non-Treaty Procedures for Dealing with Human Rights Violations" in Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, p. 65; Lauterpacht, *International Law*, chapter 11; Steiner, Alston and Goodman, *International Human Rights*, chapter 9, and T. Buergenthal and J. V. Torney, *International Human Rights and International Education*, Washington, DC, 1976, pp. 75 ff. See also *UN Action*, p. 20, and H. Tolley, "The Concealed Crack in the Citadel", 6 HRQ, 1984, p. 420. 妇女地位委员会也设立起来：参见 UN Action, p. 15，及下文，第322页。

[207] 参见联合国经社理事会决议第6（I)号，1946；第9（II)号，1946；第845（XXXII)号，1961；第1147(XLI)号，1966和第1979/36号，1979.

[208] 参看委员会第一届会议报告，E/259, para. 22.

[209] 参见 Tolley, "Concealed Crack", pp. 421 ff.，及联合国经社理事会第728F号决议。

告员以及委员会特别程序的其他机制的第一次全体会议。[210]

一系列非正式的工作组也被设立起来以准备国际文件草案,例如《宗教不容忍宣言》、《反酷刑公约》以及少数者权利和儿童权利的文件。[211] 委员会还依据《种族隔离公约》第9条引入了一个三人工作组,依据该公约该工作组审议国家的报告。1970年,经社理事会第1503(XLVIII)号决议设立了一个新的处理人权申诉的程序。[212] 根据这一在2000年修订的决议[213],小组委员会每年任命一个申诉工作组开会审议收到的来文,并向小组委员会提交那些看似表现出"有可靠证据证实的一贯模式的严重侵犯人权"的来文。小组委员会的情势工作组将审议这些来文并决定是否将某些情况提交给委员会。[214] 委员会将分别在两次非公开会议上审议那些移交给委员会的来文,并决定是否采取进一步的措施,例如指定一个独立专家或者在1235程序下的公开程序中讨论该事项。这一在最后阶段之前都属保密性质的程序并没有实现最初被寄予的那么高的期望。保密要求与委员会本身浓厚的政治性交织在一起,使原来的希望成为泡影。[215] 306

虽然缺乏普遍性的基础,但是在制定标准方面以及在对违反人权引起重视方面,委员会的工作堪称出色。尽管如此,委员会还是开始受到越来越多的批评,主要有关其政治选择性以及未能客观审议某些国家的内部局势。[216] 联合国秘书长组织的"威胁、挑战与变革高级别小组"在其2004年报告中作出结论,认为"近些年来,委员会执行这些任务

---

[210] 参见E/CN.4/1995/5. 另见1995年5月特别报告员/代表/专家与人权委员会特别程序工作组主席和咨询机构项目主席的会议报告,E/CN.4/1996/50.

[211] 参看UN Action, pp.20—3.

[212] 参看P. Alston, "The Commission on Human Rights" in Alston, *United Nations and Human Rights*, pp.126, 145 ff., and M. Bossuyt, "The Development of Special Procedures of the United Nations Commission on Human Rights", 6 HRLJ, 1985, p.179.

[213] 联合国经社理事会第2000/3号决议。

[214] 另见小组委员会第1(XXIV)号决议,1971.

[215] 参看T. Van Boven, "Human Rights Fora at the United Nations" in *International Human Rights Law and Practice* (ed. J. C. Tuttle), Philadelphia, 1978, p.83, H. Moller, Petitioning the United Nations, 1 *Universal Human Rights*, 1979, p.57, N. Rodley, Monitoring Human Rights by the UN System and Non-governmental Organisations' in Kommers and Loescher, *Human Rights and American Foreign Policy*, p.157, and Tolley, "Concealed Crack", pp.429及其以下。注意,委员会主席现在开始公布根据1503号决议被申诉的国家,尽管没有披露更多细节:参看E/CN.4/1984/77, p.151,包括阿尔巴尼亚,阿根廷、贝宁、海地、印度尼西亚、马来西亚、巴基斯坦、巴拉圭、菲律宾、土耳其和乌拉圭。

[216] 参看大赦国际报告"Meeting the Challenge", AI Index, IOR 40/008/2005.

的能力已被不断退化的可信度和职业水准所削弱”。[217] 结果,2006 年 4 月 3 日的联大第 60/251 号决议设立了人权理事会以取代人权委员会。

人权理事会

理事会作为大会的附属机构而建立,在联合国级别体系中享有更高的级别,共有 47 个成员[218],由大会以多数票选出,每个成员任期三年,最多可连续当选两届。委员会的特别程序职能得以保留,但是由理事会继承的委员会的所有职能和责任都将受到审议,以使其合理化和得到改进。一个新的普遍定期审查机制得以设立,通过这种机制来审议
307 所有国家的人权记录。该机制意图对批评委员会的选择性作出部分回应。[219] 2007 年 6 月 18 日理事会通过了题为“联合国人权理事会:机构建设”的第 5/1 号决议,这一决议涵盖了广泛的议题,并规定了普遍定期审查机制的细节。为这一机制确定的原则包括人权的普遍性、对所有国家的普遍涵盖和同等对待、以及以客观、透明、非选择、建设性、非对抗性、非政治化的方式开展审查。这一决议也规定了特别程序的开展和审议的细节,并规定创立人权理事会咨询委员会,由 18 名以个人身份工作的专家组成,意在作为由理事会指导的智囊机构来运作。决议还规定在经社理事会 1503(1970)决议设立的机制基础上建立秘密申诉程序。[220]

联合国机关设立的专家机构

促进和保护人权小组委员会[221]

这一小组委员会最初名为防止歧视和保护少数小组委员会,由人权委员会于 1947

---

[217] www. un. org/secureworld/report3. pdf, at para. 283. 另见秘书长的报告, “In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All”, A/59/2005, at para. 182,其中指出委员会被其“会议的政治化和工作的选择性”所侵蚀,A/59/2005/Add. 1, para. 2. 例如,1990 年委员会甚至无法讨论有关中国和伊拉克的决议草案:E. Zoller, “46th Session of the United Nations Commission on Human Rights”, 8(2) NQHR, 1990, pp. 140, 142. 另注意,2003 年利比亚当选委员会主席。

[218] 按地区分配为:非洲组 13 席,亚洲组 13 席,东欧组 6 席,拉美和加勒比组 8 席,以及西欧及其他组 7 席。

[219] 参看 F. J. Hampson, “An Overview of the Reform of the UN Human Rights Machinery”, 7 *Human Rights Law Review*, 2007, p. 7.

[220] 理事会还在其 2006 年 6 月第一次会议上通过了《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》和联合国《土著人民权利宣言》。在理事会第五次会议上通过了《特别程序任务负责人的行为守则》。

[221] 参看 A. Eide, “The Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities” in Alston, *United Nations and Human Rights*, p. 211; Tolley, “Concealed Crack”, pp. 437 ff.; J. Gardeniers, H. Hannum and C. Kruger, “The UN Sub-Committee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Recent Developments”, 4 HRQ, 1982, p. 353, and L. Garber and C. O'Conner, “The 1984 UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities”, 79 MIL, 1985, p. 168. 另见 *UN Action*, pp. 23—4.

年设立,具有广泛的权限。[222] 2006 年设立人权理事会的联合国大会第 60/251 号决议终止了这一委员会。小组委员会由 26 名成员组成,他们由人权委员会从联合国会员国提 308
名的专家中选出,于 1999 年易名为促进和保护人权小组委员会。[223] 委员会成员以个人身份任职四年[224],且其组成应反映协议的地理分布模式。[225] 小组委员会通过报告员发起了多项研究[226],并设立了许多附属机构。来文工作组在前一节所述的 1503 程序的框架内发挥作用,而现代形式奴隶制工作组[227]以及土著居民权利工作组[228]则在它们的关注范围内准备材料。[229] 自 1987 年起小组委员会每年提出一个报告,列出所有宣告、延长或终止了国家紧急状态的国家。[230]

《经济、社会和文化权利国际公约》[231]

《经济、社会和文化权利国际公约》于 1966 年通过,并于 1976 年生效。第 2 条规定每一缔约国承允尽最大能力采取步骤"以逐渐达到本公约中所承认的权利的充分实现"。换句话说,这里呈现的是一个依赖于国家的善意和能力的渐进性的计划,而非一种有关权利的直接的拘束性法律义务。公约中的权利包括自决权(第 1 条)、工作权(第 6、7 条)、社会保障权(第 9 条)、充足的生活标准(第 11 条)以及教育权(第 13 条)、参加文 309
化生活和享受科学进步及其应用所产生的利益的权利(第 15 条)。

---

[222] 参看 UN Action, p. 23. 另见决议第 E/259 号, 1947; E/1371 号, 1949, 和 17 (XXXVII)号, 1981.

[223] 参见 E/1999/INF/2/Add. 2.

[224] 参见经社理事会 1988 年生效的第 1986/35 号决议。此前,任期为三年并且最初为两年。

[225] 参见经社理事会 1968 年第 1334 (XLIV)号决议和 1978/21 号决定。

[226] 例如,参看 Capotorti Study, 上文, 脚注 165,及 Ruhashyankiko Study, 上文, 脚注 90. 另见 Daes Study on the *Individual's Duties to the Community*, E/CN. 4/Sub. 2/432/Rev. 2, 1983 以及 Questiaux Study on *States of Emergency*, E/CN. 4/Sub. 2/1982/15, 1982.

[227] 1974 年第 11 (XXVII)号决议建立了奴隶制工作组。1988 年改变了名称:参见第 1988/42 号决议。参见 K. Zoglin, "United Nations Action Against Slavery: A Critical Evaluation", 8 HRQ, 1986, p. 306.

[228] 参见第 2 (XXXIV)号决议, 1981. 另见 E/CN. 4/Sub. 2/1982/33,及上文,第 298 页。

[229] 参看 S. Chernichenko and W. Treat Study on *The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees: The Right to a Fair Trial*, E/CN. 4/Sub. 2/1994/24, 1994.

[230] 参看 E/CN. 4/Sub. 2/1987/19/Rev. 1; E/CN. 4/Sub. 2/1991/28 and E/CN. 4/Sub. 2/1995/20 and Corr. 1.

[231] 参看 Craven, *Covenant*.

在该公约之下，国家有义务定期向经社理事会提交报告。[232] 1978 年，一个由经社理事会从缔约国中选举的 15 名成员组成的、具有三年可连任任期的会期工作组成立了。它每年开会一次并向经社理事会报告。但是这并不成功，于是在 1985 年，理事会决定设立一个 18 名成员的新委员会，这次它由独立专家组成。[233] 因此，在 1987 年新的经济、社会和文化权利委员会开始运作。[234] 但是特别需要指出的是，与种族歧视委员会、人权事务委员会、酷刑委员会不同，该委员会不是自主性的，并不向缔约国负责，而是向联合国的一个主要机关负责。与其他机构的比较可得知，该委员会仅仅掌握相对软弱的实施手段。

由于其中包含的很多原则的明显模糊性、法律文本和司法裁决的相对缺乏以及很多国家对待经济、社会和文化权利的矛盾态度，这一公约的实施面临着独特的困难。此外，取得相关精确信息的问题显得尤为突出，原因不仅仅由于相对较少的非政府组织关注这一领域。[235]

经社文权利委员会最初每年在日内瓦召开一次三个星期的会议，不过现在它每年开
310 会两次。其主要任务在于利用由其会前工作组准备的问题列单审议国家报告。像其他人权实施委员会一样，缔约国过期报告的问题在这里也同样存在。经社文权利委员会在其第六届会议上通过了一个决议，设立了一个程序允许审议那些很久没有提交报告的特定国家的情况，从而创设了一个很有价值的向顽固的缔约国施加压力的方法。[236] 当委员会觉得必要时，它也会向缔约国要求额外信息。[237] 委员会还发展了一系列“一般性评

---

[232] 参见《经社文权利公约》第 16—22 条，和 UN Chronicle, 1982 年 7 月, pp. 68—70. 关于实施，一般性参看 B. S. Ramcharan, "Implementing the International Covenants on Human Rights" in Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, p. 159; P. Alston, "Out of the Abyss: The Challenge Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", 9 HRQ, 1987, p. 332; P. Alston and G. Quinn, "The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", 9 HRQ, 1987, p. 156; P. Alston, "The Committee on Economic, Social and Cultural Rights" in Alston, *United Nations and Human Rights*, p. 473; B. Simma, "The Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" in *The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights* (ed. F. Matscher), KehlamRhein, 1991, p. 75, and S. Leckie, "The Committee on Economic, Social and Cultural Rights" in Alston and Crawford, *Future*, chapter 6.

[233] 参见经社理事会决议第 1985/17 号。

[234] 参见 P. Alston and B. Simma, "First Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", 81 MIL, 1987, p. 747, and "Second Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", 82 MIL, 1988, p. 603.

[235] 参见 Alston, "The Economic Rights Committee", p. 474.

[236] 参看 E/C. 12/1994/20, p. 18.

[237] 同上, pp. 16—18.

论”,其中有关国际技术援助措施的第二个一般性评论通过于1990年召开的委员会第四届会议。[238] 第三个一般性评论通过于1991年,具有特别的重要性,它强调虽然公约本身看似是渐进性、激励性的,但是国家也负有某些具有直接效力的义务。这些义务包括非歧视条款以及保证采取在公约对该国生效后的一个合理的短时间内应采取的措施,且应是“深思熟虑的、具体的而且尽可能明确针对履行公约规定的义务”。委员会还强调,为实现经济、社会和文化权利的国际发展合作是一项所有国家的义务。[239] 1991年通过的第四号一般性评论,讨论了充足住房权[240],而1994年通过的第五号一般性评论则针对残疾人权利。[241] 1995年通过的第六号一般性评论关注老人的经济、社会和文化权利。[242] 2005年通过的第16号一般性评论关注男女在享受所有经济、社会和文化权利方面的平等待遇[243],而分别于2005年和2007年通过的第18、19号一般性评论关注的则是工作权和社会保障权利。委员会还就特定权利以“一般性讨论日”的方式开展一般性讨论。[244] 它不能受理个人来文,也没有国家间申诉的职能。[245]

311

---

[238] 参见 HRI/GEN/Rev. 1, p.45.

[239] 同上,第48页。

[240] 同上,第53页。

[241] E/1995/22, p.99,关于残疾人和人权,另见防止歧视和保护少数小组委员会人权与残疾特别报告员 Leandro Despouy 的最终报告,E/CN.4/Sub.2/1991/31; 1975年12月9日通过了《残疾人权利宣言》的联大第3447(XXX)号决议以及1982年12月3日通过了《世界残疾人行动纲领》的联大第37/52号决议,A/37/351/Add. 1 and Corr. 1, chapter VIII.

[242] E/C.12/1995/16, 1995.

[243] E/C.12/2005/4.

[244] 例如,在1993年秋的第九届会议上,委员会讨论了健康权,E/1994/23, p.56, 在1994年5月的第十届会议上讨论了作为保护经济、社会和文化权利之手段的社会安全网的作用:参见 E/1995/22, p.70。另外,一般性参见 C. Dommen, “Building from a Solid Basis: The Fourth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, 8 NQHR, 1990, p.199, and C. Dommen and M. C. Craven, “Making Way for Substance: The Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, 9 NQHR, 1991, p.93.

[245] 但是,注意在1992年第七届会议上,委员会正式提议起草并通过一项任择议定书,规定某种申诉程序:参见 E/1993/22, pp.87 ff., and Craven, *Covenant*, pp.98 ff. 另见 E/C. 12/1994/12 and E/C. 12/1995/SR.50, 1995年12月。2003年,为达成这一目标成立了一个工作组,而这一问题仍在考虑中:参看 A/HRC/8/WG.4/3, 2008.

专门条约下设的专家机构[246]

在各专门条约之下设立了很多专家委员会。它们不是联合国的附属机构，而是自主性的，尽管实践中它们与联合国联系紧密，例如，经由日内瓦的联合国人权中心接受联合国秘书处的服务。[247] 这些委员会被称为“联合国条约机构”。

消除种族歧视委员会[248]

根据1965年《消除一切形式种族歧视公约》第二部分，一个由公约缔约国选举的、以
312 个人身份服务的18人委员会得以设立。[249] 缔约国有义务向委员会提交关于为使公约条款产生效力而采取之措施的报告，而委员会本身则每年通过联合国秘书长向大会报告。委员会将根据对报告的审议和从缔约国收到的情报提出提议和一般性建议，这连同缔约国的意见会一并向大会报告。[250] 委员会也可以施行早期预警措施和紧急程序。早期预警措施意在防止现存的问题升级为冲突，而紧急程序则是为了响应需要立即注意的问题，以预防或限制严重违反公约事件的规模和数量。委员会可以通过决定、声明或决议。例如，委员会开展了两次有关这一程序的实地考察，并就六个国家的相关问题引起了秘书长、安全理事会或其他相关机构的注意。例如，1993年，关注到前南斯拉夫的事件，委员会将其作为紧急状况搜寻了公约实施的额外情报。[251] 这些情报则在1994年秋

---

[246] 参看 Alston and Crawford, *Future*, and S. Lewis-Anthony, “Treaty-Based Procedures for Making Human Rights Complaints Within the UN System” in Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, p. 41, 另见 M. O'Flaherty, *Human Rights and the UN: Practice Before the Treaty Bodies*, 2nd edn, The Hague, 2002.

[247] 与秘书处的这一联系被认为是不明确的，特别鉴于执行秘书处履行的两项职能方面（基于宪章的政治活动和专家活动）所面临的困难：参看 T. Opsahl, “The Human Rights Committee” in Alston, *United Nations and Human Rights*, pp. 367, 388.

[248] 例如，参见：M. Banton, “Decision-Taking in the Committee on the Elimination of Racial Discrimination” in Alston and Crawford, *Future*, p. 55; K. J. Partsch, “The Committee on the Elimination of Racial Discrimination” in Alston, *United Nations and Human Rights*, p. 339; T. Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford, 1986, chapter 1; K. Das, “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination” in *The International Dimension of Human Rights* (eds. K. Vasak and P. Alston), Paris, 1982, p. 307; Lerner, *UN Convention* and “Curbing Racial Discrimination-Fifteen Years CERD”, 13 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1983, p. 170; M. R. Burrowes, “Implementing the UN Racial Convention—Some Procedural Aspects”, 7 Australian YIL, p. 236, and T. Buergenthal, “Implementing the UN Racial Convention”, 12 *Texas International Law Journal*, 1977, p. 187.

[249] 已经通过了程序规则，参见 CERD/C/35/Rev. 3 (1986)，并且时时进行修订：参看 A/48/18, p. 137.

[250] 《公约》第8、9条。

[251] A/48/18, paras. 496—506.

季和 1995 年提供给委员会。[252]

为应对最严重的滞交报告国,委员会还设立了一个程序。根据这一程序,委员会在上一次提交报告的基础上审议有关国家的情况。[253] 在其第 49 届会议上,委员会进一步决定对首期报告严重逾期五年以上的国家也会安排审议其实施公约条款的情况。在没有首期报告的情况下,委员会将审议该缔约国提交给联合国其他机构的所有情报,或者 313
在没有这些情报的情况下,则审议联合国各机构准备的报告和信息。实践中,委员会也考虑来自其他渠道的相关信息,包括来自于非政府组织的信息,而不论严重滞交的是首期报告还是定期报告。[254]

根据第 11 条,一个缔约国可以针对另一缔约国提出申诉,而委员会将设法解决这一申诉。如果有关事项未能得到解决,任何一方都可再将此事提交给委员会,根据第 12 条将设立一个专设和解委员会,它将向委员会报告任何其认为适当的友好解决争端的建议。[255] 除了听取国家报告和处理国家间申诉,根据第 14 条下的程序,委员会还可以审理个人申诉。但是,这要求被申诉的国家已经声明认可委员会接受和审议此类来文的权能。因此如果国家没有作出这样的声明,委员会就无权听取针对这个国家的申诉。[256] 在这个程序下,审理来文是保密的,委员会受到一个五人工作组的协助以向整个委员会提出建议。委员会自 1984 年开始受理个人来文,目前已经完成许多重要的案件。[257]

委员会每年规律性地开会两次,解释公约条文,讨论提交给它的报告,通过决议[258]和作出一般性建议[259],从缔约国获取进一步情报并与国际劳工组织和联合国教科文组

---

[252] 参看 CERD/C/248/Add. 1(南斯拉夫联盟共和国);CERD/C/249/Add. 1(克罗地亚)及 CERD/C/247/Add. 1(波黑)。另见 CERD/C/65/DEC. 1 (达尔富尔,2004);CERD/C/66/DAR/Dec. 2 (达尔富尔,2005);CERD/C/DEC/1 (美国,2006);以及 CERD/C/DEC/SUR/5 (苏里南,2006)。

[253] 参看 A/48/18, p. 20.

[254] 参看 A/57/18, p. 99.

[255] 第 13 页。

[256] 基于第十份声明,该条款于 1982 年 12 月 31 日生效。

[257] 参看委员会第四十八届会议报告,A/48/18, 1994, pp. 105 and 130, 以及第六十和六十一届会议报告,A/57/18, p. 128. 注意有关歧视在塞尔维亚的罗姆人(吉普赛人——译者注)的 *Durmic v. Serbia and Montenegro* 案,CERD/C/68/D/29/2003, 2006。

[258] 例如,1993 年 3 月 19 日通过的决议要求南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)和克罗地亚提交有关实施公约的更多信息:参见 A/48/18, p. 112.

[259] 参看,第 XII (42)号一般性建议,如果被继承国是公约缔约国,鼓励继承国家宣布"它们继续受制于"公约义务;有关禁止歧视的第 XIV(42)号一般性建议,A/48/18, pp. 113 ff. 以及关于出身歧视的第 29 号一般性建议,A/57/18, p. 111。

织紧密合作。作为委员会的工作成果，很多国家都制定了立法，其公正性记录也非常
314 好。[260] 委员会也接收提交给联合国各机构的有关托管和非自治领土在公约一般领域内各事项的申诉副本和报告，并可就此给出意见。[261] 第9条的报告制度似乎运作良好，大量报告被提交并审议，但是某些国家则在履行义务上行动迟缓。[262] 委员会还就缔约国报告的结构发布了指导方针。[263]

为加快审议国家报告，委员会引入了任命国家报告员的做法，其职能是准备缔约国的报告分析。[264] 委员会还号召联合国提供更多的技术援助以便对报告进程有所帮助，同时也对财政困难开始影响其运作深表忧虑。[265]

人权事务委员会[266]

《公民权利和政治权利国际公约》通过于1966年，并于1976年生效。[267] 根据第2条，所有缔约国承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利。这些权利明显意味着拘束性义务。它们包括人民自决权（第1条）、生命权（第6
315 条）、禁止酷刑和奴隶制（第7、8条）、人身自由和安全的权利（第9条）、正当程序（第14条）、思想、良心和宗教自由（第18条）、结社自由（第22条）以及属于少数群体的个人享受其文化的权利（第27条）。

---

〔260〕 参看 Lerner, *UN Convention*.

〔261〕 Article 15. 参看 A/48/18, p. 107.

〔262〕 参看 A/38/18, pp. 14—24. 注意到，例如，1983年底向斯威士兰发出了15份提示函，要求它提交第四、五、六和七份逾期的定期报告，同上，p. 21. 另见 A/44/18, pp. 10—16.

〔263〕 参见 CERD/C/70/Rev. 1, 1983年12月6日。

〔264〕 参看 A/44/18, 1990, p. 7 and A/48/18, 1994, p. 149.

〔265〕 A/44/18, p. 91.

〔266〕 例如，参看 Joseph *et al.*, *International Covenant*; Nowak, *UN Covenant*; Steiner, Alston and Goodman, *International Human Rights*, pp. 844 ff.; McGoldrick, *Human Rights Committee*; Opsahl, "Human Rights Committee", p. 367; D. Fischer, "Reporting under the Convention on Civil and Political Rights: The First Five Years of the Human Rights Committee", 76 AJIL, 1982, p. 142; Ramcharan, "Implementing the International Covenants"; E. Schwelb, "The International Measures of Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights and of the Optional Protocol", 12 *Texas International Law Review*, 1977, p. 141; M. Nowak, "The Effectiveness of the International Covenant on Civil and Political Rights—Stock-taking after the First Eleven Sessions of the UN Human Rights Committee", 2 HRLJ, 1981, p. 168 and 5 HRLJ, 1984, p. 199. 另见：M. Bossuyt, *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, The Hague, 1987; F. Jhabvala, "The Practice of the Covenant's Human Rights Committee, 1976—82: Review of State Party Reports", 6 HRQ, 1984, p. 81, and P. R. Ghandhi, "The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication", 57 BYIL, 1986, p. 201.

〔267〕 参见 Rehman, *International Human Rights Law*, p. 83.

根据公约第四部分设立了人权事务委员会。它包括 18 名独立的专家成员，他们由公约缔约国选举，任期四年，且应考虑到成员的公允地域分配和各种类型文化及各主要法系的代表性。[268] 委员会每年开会三次（日内瓦和纽约），以协商一致的方式运作。[269] 公约主要通过报告制度实施，缔约国籍此提供有关其落实公约认可的各项权利的措施的信息。首期报告须在公约对有关国家生效后一年内提出，而且委员会发布了一般性指导方针。[270] 委员会决定要求后续报告每五年提交一次[271]，而第一个第二次定期报告则于 1983 年到期。委员会审议报告时有相关国家代表的出席（遵循消除种族歧视委员会的先例）。[272] 以前的做法是委员会成员会非正式地接受来自于报告国之外的信息，只要不公开这种来源。与公开这些来源相比，不公开使得委员会的工作更为有效。[273] 但是，毫无疑问，由于苏联对东欧控制的结束以及苏联的解体，现在公开承认从实名的非政府组织接受信息似乎已不是什么问题。[274] 委员会也可以从有关国家寻求更多信息。例如，1992 年 10 月，委员会通过决议要求南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）、克罗地亚和波黑共和国提交一份关于防止种族清洗和任意屠杀等措施的短期报告。[275] 这类报告被立即提交，在国家代表出席的情况下予以讨论并给出意见。此后委员会修订了其程序规则，准许其在认为适当的任何时候要求国家提交报告。[276] 委员会也指出处于公约前缔约国内的人民持续享有公约的保障措施。[277] 如果缔约国在几个报告周期中都未能提

316

---

〔268〕 参见《公约》第 28—32 条。

〔269〕 参看 Nowak, "Effectiveness", p. 169, 1981 3 HRLJ, 1982, p. 209 and 1984, p. 202. 另见 A/36/40, annex VII, Introduction; CCPR/C/21/Rev. 1 and A/44/40, p. 173.

〔270〕 参见第 40 条及 CCPR/C/5. 可以要求补充报告：参见暂行程序规则第 70 条(2)款，CCPR/C/3/Rev. 1，参见目前的 2001 年程序规则，CCPR/C/3/Rev. 6，以及 2001 年修订的统一的指导方针，CCPR/C/66/GUI/Rev. 2.

〔271〕 参见 CCPR/C/18; CCPR/C/19 and CCPR/C/19/Rev. 1. 另见关于指导方针的 CCPR/C/20. 一些国家对于制作报告态度松懈，如扎伊尔和多米尼加共和国，而几内亚的初期报告非常短，因此委员会认为没有提供足够的信息：参见 Nowak, "Effectiveness", 1984, p. 200.

〔272〕 参见 Buergenthal, "Implementing", pp. 199—201, and Fischer, "Reporting", p. 145.

〔273〕 Fischer, "Reporting", pp. 146—7.

〔274〕 这样的文件现在可以正式分发，而不是非正式地提供给个别委员会成员：参见 McGoldrick, *Human Rights Committee*, p. liii.

〔275〕 CCPR/C/SR/1178/Add. 1.

〔276〕 新的规则第 66 条(2)款，参见 CCPR/C/SR/1205/Add. 1. 另见 S. Joseph, "New Procedures Concerning the Human Rights Committee's Examination of State Reports", 13 NQHR, 1995, p. 5.

〔277〕 关于前南斯拉夫，参见 CCPR/C/SR. 1178/Add. 1, pp. 2—3 and CCPR/C/79/Add. 14—16. 关于苏联的继承国，参见 CCPR/C/79/Add. 38（阿塞拜疆，另见 I. Boerefijn, "Towards a Strong System of Supervision", 17 HRQ, 1995, p. 766.

交报告，或者以短期通知要求推迟出席既定委员会的审议，委员会可以继续在其可用的材料的基础上审议特定国家的情况。[278]

根据第40条(4)款，委员会有权提出“它认为适当的一般性建议”。经过一些讨论，1980年委员会达成了一致允许提出此类建议，只要它们能促进国家之间在实施公约方面的合作，总结委员会在审议国家报告中的经验并引起缔约国对有关改善报告程序以及实施公约等事项的注意。委员会的目的是与每个报告国展开建设性对话，其建议则不会针对任何具体国家。[279] 但是，在1992年，委员会决定在审议每个缔约国报告的最后阶
317 段，给出针对有关国家的具体意见，而且此类意见既要表达令人满意的方面，也应适当指出委员会关注的方面。[280] 这些具体意见具有统一格式，即报告的“积极方面”和“主要关注方面”，以及“意见和建议”。[281] 当到期报告未提交上来时，委员会也会采取另外一种做法，即在没有报告但有国家代表出席的情况下，考虑相关缔约国所采取的落实公约权利的措施，并通过临时性结论意见。[282]

委员会还通过了多项一般性评论。[283] 这些评论通常没有争议。但是，一个很有意思的关于第6条(生命权)的意见书强调了委员会的一个观点：“设计、试验、制造、拥有和部署核武器显然是当今对人类生命权利的最大威胁之一”且“核武器的制造、试验、拥有、部署和使用都应予以禁止并作为危害人类罪看待”。[284]

1989年4月，当制订《儿童权利公约》的进程接近高潮时，委员会通过了关于儿童权利的一般性意见。它指出了经济、社会和文化措施的重要性，例如减少婴儿死亡率以及

---

[278] 参看 A/56/40, vol. I, p. 25.

[279] CCPR/C/18.

[280] 参见 A/47/40, p. 4.

[281] 例如，参看：1992年9月关于哥伦比亚的意见，CCPR/C/79/Add. 2；1993年4月关于几内亚的意见，CCPR/C/79/Add. 20；1993年11月关于挪威的意见，CCPR/C/79/Add. 27；1994年11月关于摩洛哥的意见，CCPR/C/79/Add. 44；1995年11月关于俄罗斯联邦的意见，CCPR/C/79/Add. 54；1995年11月关于爱沙尼亚的意见，CCPR/C/79/Add. 59 和 1995年7月关于英国的意见，CCPR/C/79/Add. 55；以及1995年11月与香港有关的意见，CCPR/C/79/Add. 57。注意，1995年8月，墨西哥通过发布评论对委员会针对其报告作出的结论意见进行了回应，CCPR/C/108。

[282] 参见委员会2005程序规则第70条。例如，委员会2005—2006年报告中对这些程序做了描述，A/61/40, paras. 49及其以下。(2006)。

[283] 参看 T. Opsahl, “The General Comments of the Human Rights Committee” in *Festschrift fur Karl Josef Partsch zum 75*, Berlin, 1989, p. 273.

[284] CCPR/C/21/Add. 4, 14 November 1984. 注意，国际法院在联大的请求下于1996年7月8日针对威胁或使用核武器的合法性问题作出了一份咨询意见，其中指出不受任意剥夺生命的权利同样适用于敌对国家。某一生命的丧失是否是第6条下的“任意”取决于具体情形并且根据适用于武装冲突的法律加以断定而不得从公约本身推断，ICJ Reports, 1996, para. 25；110 ILR, pp. 163, 190.

防止剥削。它还提到了表达自由，以及要求保护儿童不受基于种族、肤色、性别、语言、宗 318
教、国籍和社会出身、财产或出生等理由的歧视。它强调指出，保证儿童受到必要的保护的责任落在家庭、社会和国家身上，虽然主要责任在于家庭。也应特别注意每一儿童均有取得国籍的权利。[285]

1989 年 11 月，一个重要的关于非歧视的一般性意见得以通过。为公约的目的，歧视被理解为意指：

> 任何基于种族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份的任何区别、排斥、限制或优惠，其目的或效果为否认或妨碍任何人在平等的基础上认识、享有或行使一切权利和自由。[286]

但是，这并不要求在所有情况下的同等待遇。根据《公约》第 6 条(5)款，死刑不能施于 18 岁以下的人和孕妇。它还指出平等原则有时候要求缔约国采取积极行动，以减少或消除会引起公约所禁止的歧视或使其持续下去的条件。此外，它指出如果区别的标准是合理和客观的，并且是为了达到被公约视为合法的目的，并非所有区别待遇都是歧视。[287]

关于少数者[288]和公约保留[289]的重要的一般性意见通过于 1994 年。1997 年，委员会在第 26 号一般性意见中指出公约所载的各项权利属于在有关缔约国领土内生活的人民，国际法不允许已批准或加入或已继承公约的国家废止或退出公约[290]，而在第 28 号一般性意见中委员会指出属于少数者的人根据公约第 27 条在其语言、文化和宗教方面享有的权利并不授权任何国家、群体或个人违反妇女平等享受公约任何权利的权利，包 319
括受法律平等保护的权利。[291]

根据《公约》第 41 条，缔约国可以承认委员会审议国家间申诉的权力。申诉国和被诉国都必须作出了这种声明。委员会将致力解决该问题，而如果未能成功，根据第 42

---

[285] A/44/40, pp. 173—5.

[286] CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 1, p. 3.

[287] 同上，第 4 页。另见上文，第 286 页。

[288] HRI/GEN/1/Rev. 1, 1995. 另见上文，第 293 页。

[289] CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6. 另见下文，第 913 页。

[290] A/53/40, annex VII.

[291] CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 10, 2000. 2001 年通过的第 29 号一般性意见处理不可克减条款的问题，参见 CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11。另注意关于法庭前的平等权和公平审判权的第 32 号一般性评论，CCPR/C/GC/32, 2007。

条,它可以经双方同意指派一个专设和解委员会。[292]

人权事务委员会的权力被《公民和政治权利公约》的第一任择议定书加以扩大,加入了接受和审议宣称议定书缔约方违反公约的个人来文的职能。[293] 其前提是该个人对可以运用的国内补救办法悉已援用无遗(除非不合理地拖延)而且同一事件不在另一国际调查或解决程序审查之中。[294] 任择议定书之下的程序分为几个阶段。基本资料的收集由秘书长完成并转达于委员会的来文工作组,由其建议是否须从申诉人或有关缔约方处获得更多信息以及来文是否可予以受理。委员会前的程序分为一个受理性阶段和一个实体问题阶段。委员会可作出临时决定而最后则传达给各当事方一个"最终意
320 见"。[295]

然而,随着任择议定书缔约方的增加,不断增加的工作量开始产生一些困难。截至2006年年中,共有1490件来文获得登记,其中的547件以发布最终意见的方式结案(其中的429件认定发生了对人权的侵犯),449件被宣布为不可受理,218件中止或撤回,尚余276件有待处理。[296] 为了处理不断增加的申诉,委员会在其第35届会议上任命了一个特别报告员在收到新来文时进行处理(即在委员会的会期与会期之间),这包括要求缔约国或有关个人提供更多书面信息或与来文受理性问题相关的意见。[297] 委员会并已授权其五人来文工作组在全体一致时通过一个决议宣布某个来文可予受理。[298] 根据其2005年程序规则第92条,委员会可以采取临时保护措施。这主要用于涉及被判处死刑,等待执行的人或代表其提起的案件里。[299] 例如,在"阿什比"案(Ashby)里,在来文

---

[292] 国家间程序至今尚未启用。

[293] 1966年签署并于1976年3月23日生效。参看 H. Steiner, "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?" in Alston and Crawford, *Future*, p. 15; P. R. Ghandi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice*, Aldershot, 1998; A. de Zayas, H. M611er and T. Opsahl, "Application of the International Covenant on Civil and Political Rights under the Optional Protocol by the Human Rights Committee", 28 German YIL, 1985, p. 9, and *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, New York, vol. I, 1985 and vol. II, 1990. 两个国家(牙买加及特立尼达和多巴哥)公开谴责了议定书。

[294] 任择议定书第5条。

[295] 参见 Nowak, "Effectiveness", 1980, pp. 153 及其以下,和 1981 Report of Human Rights Committee, A/36/40, pp. 85—91.

[296] 委员会2005—6年报告,A/61/40, para. 89 (2006)。

[297] A/44/40, pp. 139—40. 见修订的程序规则第91条,同上,第180页。

[298] 同上,第140页。

[299] 特别参见 *Canepa v. Canada*, A/52/40, vol. II, annex VI, sect. K;另见 *Ruzmetov v. Uzbekistan*, A/61/40, vol. II, p. 31(2006) and *Boucherf v. Algeria*, 同上,第312页。

的审议未决的情况下,要求特立尼达和多巴哥采取临时保护措施,但却毫无帮助。在该人被处决后,委员会通过一个决议就缔约国不遵从临时措施要求表达了它的义愤,并决定继续审理该案。[300] 在有关国家不予理会委员会规则92条下的决定时,委员会认为缔约国已违反了任择议定书下的义务。[301]

但是,委员会并非一个具有能对案件实体问题作出拘束性裁决权的法庭。的确,当其最终意见不被遵守的情况下,任择议定书并没有规定一个执行机制,也没有制裁措施,尽管为了解决这些问题一些后续机制正在发展之中。[302] 321

目前,很多有趣的决定已经发布。第一批案件有关针对乌拉圭的申诉,其中委员会认为该国违反了公约承认的权利。[303] 在"拉夫雷丝"案中[304],委员会认为加拿大违反了公约保护少数者权利的第27条,因为其法律规定一个嫁给非印第安人的印第安妇女在婚姻破裂以后,不能回到其位于印第安保留地的家。在"毛里求斯妇女"案(*Mauritian Women* case)中委员会也认定存在对公约的违反[305],因为毛里求斯妇女的外国丈夫可被驱逐而毛里求斯男子的外国妻子则不会被驱逐。

委员会并且认为公约义务涵盖了缔约国外交机构就居住于外国的国民所做的决定。[306] 在"罗宾逊"案(*Robinson* case)中[307],委员会审议了在有关死刑犯罪的案件中来文作者指定的律师拒绝出庭的情况下,国家自身是否有义务提供有效的律师代理的问题。委员会强调指出在死刑案件中应当有法律援助是不证自明的,并决定律师缺席构成了不公审判。

委员会在一些案件中讨论了死刑问题[308],并指出仅可依据法定诉讼程序权利施加

---

[300] A/49/40, pp. 70—1.

[301] 参见 *Piandiong et al. v. the Philippines*, A/54/40, para. 420(b).

[302] 注意,1990年10月,委员会任命了一位特别报告员跟进案件,CCPR/C/SR. 1002, p. 8,见程序规则第95条。1994年,委员会决定每种公开形式都应适用于后续活动中,包括年度报告中的不同部分,发布年度新闻公报以及将此种实践建立在新的程序规则中(第99条),强调后续活动的非保密性,A/49/40, pp. 84—6. 另见 A/56/40, vol. I, p. 131.

[303] 这些案件见于1 HRLJ, 1980, pp. 209 及其以下。其他案件参见,2 HRLJ, 1981, pp. 130 ff.; 同上, pp. 340 ff.; 3 HRLJ, 1982, p. 188; 4 HRLJ, 1983, pp. 185 ff. and 5 HRLJ, 1984, pp. 191 ff. 另见人权事务委员会1981年至今的年度报告。

[304] 1981年人权事务委员会的报告,A/36/40, p. 166。

[305] 同上,第134页。

[306] 参看 *Waksman* case, 1 HRLJ, 1980, p. 220 以及 *Lichtensztejn* case, 5 HRLJ, 1984, p. 207.

[307] A/44/40, p. 241 (1989).

[308] 参看 *Thompson v. St Vincent and the Grenadines*, A/56/40, vol. II, annex X, sect. H, para. 8.2.

此种刑罚。[309] 委员会还认为引渡面临死刑的个人会使其正当程序权利在接受国遭受侵
322 犯,而引渡国则会违反公约。[310] 委员会还指出毒气窒息处决会违反第 7 条禁止残酷和不人道待遇的条款。[311] "沃兰"案(*Vuolanne* case)[312] 面临的问题则是,《公民和政治权利公约》第 9 条(4)款中被剥夺自由的个人据以诉诸法院的程序保障,是否适用于军事训诫禁闭。委员会非常明确地表示可以适用。一个越来越重要的问题涉及人权条约的域外适用,即当特定人权条约的缔约国经由其代理人或机构在国外活动的时候,或者因为其控制着其边界外某个区域的时候,该缔约国是否负有义务将条约适用于其领土之外。委员会一贯秉持的观点是,公约确实适用于这些情况,而无论事关国家的代理人在国外的行为[313],还是事关以色列在占领区的义务。[314]

显然,委员会已取得了成功并且正在人权保护领域发挥非常重要的作用。[315]

消除对妇女歧视委员会

作为经社理事会的职能委员会之一,妇女地位委员会建立于 1946 年并在标准制定
323 和酝酿更多相关文件中都发挥了作用。[316] 消除对妇女一切形式的歧视委员会是根据

---

[309] 参看 the *Berry*, *Hamilton*, *Grant*, *Currie and Champagnie cases against Jamaica*, A/49/40, vol. II, pp. 20, 37, 50, 73 and 136.

[310] 参见 *Ng* 案,关于从加拿大引渡到美国的问题。委员会认为没有证据证明存在这样的危险,A/49/40, vol. II, p. 189.

[311] 同上。

[312] 同上,第 249 页。

[313] 参看 *López Burgos v. Uruguay*, case no. 52/79, 68 ILR, p. 29, 或 *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, case no. 56/79, 68 ILR, p. 41, 分别关于乌拉圭特工在巴西和阿根廷的活动。

[314] 参看 CCPR/C/79/Add. 93, para. 10 以及 CCPR/CO/78/1SR, para. 11(以色列报告的结论意见)。这一方法被国际法院在"隔离墙"案中所确认,ICJ Reports, 2004, pp. 136, 178—9; 129, ILR, pp. 37, 97—8。

[315] 旨在废除死刑的第二任择议定书于 1990 年获得通过,同时通过关于公正审判和救济权利的公约第三任择议定书的愿望已经由人权委员会加以考虑:参见 E/CN. 4/Sub. 2. 1994/24, 小组委员会决议第 1994/35 号及委员会决议第 1994/107 号。

[316] 参见经社理事会决议第 1/5 (1946)号, 2/11 (1946)号和 48 (IV) (1947)号。另见 L. Reanda, "The Commission on the Status of Women" in Alston, *United Nations and Human Rights*, p. 265. 经社理事会通过 1987/22 号和 1996/6 号决议修改了委员会的权力。同样设立了个人申诉程序,来文工作组通过此程序考虑申诉,随后向委员会报告。委员会然后向经社理事会报告。

1979 年《消除对妇女一切形式歧视公约》第 22 条而设立的。[317] 这一公约通过国家报告的形式实施。该委员会由 23 名以个人身份任职四年的专家组成。它在 1982 年 10 月召开了第一届常务会议,而在第二届会议上则审议了七个缔约国就遵守公约条款的措施所做的报告。它每年通过经社理事会向联合国大会报告。[318] 委员会为缔约国提供了报告的指导方针,据此首期报告应是具体而全面的,而后续报告则属更新性质。[319] 从 1990 年开始,后续报告首先被一个会前工作组审议。在讨论一个报告后,委员会作出结论意见。除了听取国家的报告,委员会还会提出提议和一般性建议,并将其包含于委员会的报告之中。[320] 从 1997 年开始,制定一般性建议的程序之前是委员会、非政府组织以及其他与一般性建议主题有关的机构之间的公开对话和对一个委员会成员准备的草案的 324
讨论。第 5 号一般性建议呼吁成员国采取更多的“临时特别措施,诸如积极行动、优惠待遇或配额制度来推动妇女参与教育、经济、政治和就业”,而第 8 号一般性建议则规定缔约国采取进一步措施,确保妇女不受任何歧视与男子一样有机会代表本国政府参加国际活动和国际组织的工作。[321] 第 12 号一般性建议要求缔约国在其报告中列入处理针对妇女的暴力的措施,而第 14 号一般性建议则要求采取措施消除妇女割礼的习俗。第 19 号一般性建议以一定篇幅讨论了针对妇女的暴力问题的一般方面和具体问题,第 21 号一般性建议关注了婚姻和家庭关系中的平等问题。[322] 1999 年,委员会通过了关于妇女

---

[317] 于 1981 年生效。参见 R. Jacobson, “The Committee on the Elimination of Discrimination against Women” in Alston, *United Nations and Human Rights*, p. 444; A. Byrnes, “The ‘Other’ Human Rights Body: The Work of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women”, 14 *Yale Journal of International Law*, 1989, p. 1; M. Galey, “International Enforcement of Women's Rights”, 6 HRQ, 1984, p. 463, and M. Wadstein, “Implementation of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, 6 NQHR, 1988, p. 5. See also R. Cook, “Women's International Human Rights Law”, 15 HRQ, 1993, p. 230; *Human Rights of Women* (ed. R. Cook), Philadelphia, 1994; M. Freeman and A. Fraser, “Women's Human Rights” in Herlin and Hargrove, *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, p. 103; Rehman, *International Human Rights Law*, chapter 13; Steiner, Alston and Goodman, *International Human Rights*, pp. 175 and 541; J. Morsink, “Women's Rights in the Universal Declaration”, 13 HRQ, 1991, p. 229; H. Charlesworth and C. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000, and M. Bustelo, “The Committee on the Elimination of Discrimination against Women at the Crossroads” in Alston and Crawford, *Future*, p. 79.

[318] 参见《公约》第 17—21 条和委员会的首次报告, A/38/45,及联合国编年史,1983 年 11 月,第 65—86 页。

[319] 参见 CEDAW/C/7Rev. 3, 关于自 2003 年 1 月 1 日提交的报告,参见 http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/guidelines.PDF.

[320] 第 21 条。

[321] A/43/38 (1988).

[322] HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994, pp. 72 及其以下。

与健康的第24号一般性建议。2004年,委员会通过了关于临时特别措施的第25号一般性建议。[323]

但是,委员会曾经每年仅仅召开一次两个星期的会议,而这明显不够。从1997年起,增加到每年两次会议。[324] 1999年通过了一个任择议定书并于2000年12月生效,该议定书在满足包括用尽当地救济等一些条件的情况下认可个人申诉的权利。此外,该议定书创设了一个调查程序,使得委员会在收到可靠资料表明缔约国严重地或系统地侵犯公约所规定的权利时可发动对严重或系统化地侵犯妇女权利的情况的调查。[325] 近些年来,妇女权利问题被进一步提上国际议程。1993年通过的《维也纳宣言和行动纲领》强
325 调妇女的平等地位和妇女人权应纳入联合国全系统活动的主流,而联合国的有关机构和机制都应定期地、系统性地处理妇女权利问题。[326] 据此,1994年的第五次人权条约机构主席会议同意每个条约机构应在其权能范围内紧密监督妇女人权的履行情况。每个条约机构应为此采取步骤审视其指导方针。[327] 例如,还应当指出,1994年人权委员会指令酷刑问题特别报告员研究特别或主要针对妇女的酷刑问题。[328] 此外,联合国大会在1994年2月(应为1993年12月——译者注)通过了一个《消除对妇女的暴力宣言》[329],并于1994年就"针对妇女的暴力:其原因和结果"任命了一个特别报告员。[330] 国际劳工组织将男女就业机会和待遇平等问题确立为其1994/5年度计划和预算的优先项目。[331]

---

[323] HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, p.282.

[324] 尽管委员会于2002年例外地召开了三次会议处理积压的报告。但是,参看大会关于2005年和2006年延长会议时间的第60/230号决议。

[325] 例如,关于早期的评论,参见R. Cook, "The Elimination of Sexual Apartheid: Prospects for the Fourth World Conference on Women", *ASIL Issue Papers on World Conferences*, Washington, 1995, pp.48及其以下。

[326] 参见Part II, Section 3, 32 ILM, 1993, p.1678. 另见1995年北京世界妇女大会, Cook, "Elimination of Sexual Apartheid"; the Beijing plus 5 process, 参见联大决议第55/71号。2000年,联大通过了第S-23/3号决议,包含进一步采取行动实施北京宣言和行动刚领的政治宣言和声明。

[327] 参见HRI/MC/1995/2,另见关于性别视角融入人权活动和项目的指导方针之发展的专家团会议报告,E/CN.4/1996/105, 1995. 呼吁除其他事项外,在人权文件和标准中使用包含性别的语言,识别、收集和使用性别区分的资料,性别敏感地解释人权机制和教育,以及推动联合国体系内在妇女人权方面的广泛协调与合作。

[328] 参见第1994/37号决议。另见1995年1月特别报告员的报告,E/CN.4/1995/34, p.8.

[329] 第48/104号决议,参见33 ILM, 1994, p.1049. 另请注意1994年6月通过的《防止、惩治和消除对妇女的暴力的美洲公约》,同上,第1534页和2002年3月美洲人权委员会妇女权利特别报告员,联合国人权委员会"针对妇女的暴力:其原因和结果"特别报告员,和非洲人权和民族权委员会非洲妇女权利特别报告员作出的联合声明,呼吁消除对妇女的暴力与歧视:参见http://www.cidh.org/declaration.women.htm.

[330] 参见E/CN.4/2003/75.

[331] E/CN.4/Sub.2/1994/5, p.6.

儿童权利委员会也讨论了“女童”以及儿童卖淫问题。[332] 326

禁止酷刑委员会[333]

禁止酷刑包含于很多人权[334]和人道法条约中[335],并已成为习惯国际法的一部分。实际上,它目前已被确立为一个强行法规则。[336] 有关酷刑的问题已在很多人权机构得到讨论,例如人权事务委员会[337],欧洲人权法院[338]以及前南国际刑事法庭。[339]

《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》签订于1984年12月10日,1987年生效。它特以大会在1975年通过的《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》为基础。[340] 该公约之前其他与此相关的文件包括1955年《囚犯待遇最低限度标准规则》、1979年《执法人员行为守则》(第5条)以及1982年《医疗道德原则》(原则一和原则二)。[341] 327

---

[332] 见下文,第331页。

[333] 例如,参看 M. Nowak and E. McArther, *The UN Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford, 2008; A. Byrnes, "The Committee Against Torture" in Alston, *United Nations and Human Rights*, p.509; R. Bank, "Country-Oriented Procedures under the Convention against Torture: Towards a New Dynamism" in Alston and Crawford, *Future*, p.145; Rehman, *International Human Rights Law*, chapter 15; N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 2nd edn, Oxford, 1999; A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and Prospects for Enforcement*, The Hague, 1999; M. Evans, "Getting to Grips with Torture", 51 ICLQ, 2002, p.365; J. Burgers and H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, Boston, 1988; Meron, *Human Rights in International Law*, pp.126—30, 165—6, 511—15; S. Ackerman, "Torture and Other Forms of Cruel and Unusual Punishment in International Law", 11 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1978, p.653; Amnesty International, *Torture in the Eighties*, London, 1984; A. Dormenval, "UN Committee Against Torture: Practice and Perspectives", 8NQHR, 1990, p.26; Z. Haquani, "La Convention des Nations Unies Contre la Torture", 90 RGDIP, 1986, p.127; N. Lerner, "The UN Convention on Torture", 16 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1986, p.126, and R. St J. Macdonald, "International Prohibitions against Torture and other Forms of Similar Treatment or Punishment" in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1987, p.385.

[334] 参看《世界人权宣言》第5条;《公民权利和政治权利国际公约》第7条;《欧洲人权公约》第3条;《美洲人权公约》第5条;《非洲人权和民族权宪章》第5条;1984年《联合国禁止酷刑公约》;1987年《欧洲防止酷刑公约》和1985年《美洲防止和惩治酷刑公约》。

[335] 参看1949年日内瓦四公约及1977年两个附加议定书。

[336] 参看 *Ex parte Pinochet*(*No.3*) [2000] 1 AC 147,198;119 ILR, p.135 以及 *Furundzija* case, 121 ILR, pp.213, 260—2,另见 *Al-Adsani v. UK*, 欧洲人权法院2001年11月21日判决,第61段;123 ILR, pp.24, 41—2。

[337] 参看 *Vuolanne v. Finland*, 265/87 以及 *Joseph et al.*, *International Covenant*, chapter 9.

[338] 参看 Selmouni v. France,1999年7月28日判决。

[339] 参看 the Delalic case, IT-96-21, 1998年11月16日判决。

[340] 联大第3452(XXX)号决议。

[341] 另请注意1989年联大通过的《保护所有遭受任何形式拘留和监禁的人的原则》,一般性参见,*Human Rights: A Compilation of International Instruments*, United Nations, New York, vol.I (First Part),1993, Section H.

酷刑公约第1条定义了酷刑：

> 为了向某人或第三者取得情报或供状，为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚，或为了恐吓或威胁他或第三者，或为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的。纯因法律制裁而引起或法律制裁所固有或附带的疼痛或痛苦不包括在内。

公约缔约国负有义务采取措施防止在其管辖的任何领土内出现酷刑行为（第2条），不将任何人送回有遭受酷刑危险的国家（第3条），将酷刑行为定为刑事罪行并确立管辖权（第4和第5条）[342]，起诉或引渡被控犯有酷刑罪的人（第7条）以及为遭受酷刑的人提供救济（第14条）。

根据酷刑公约第二部分禁止酷刑委员会得以设立，并于1987年开始工作。它由十个独立专家组成。在一个有意思的，有关各类国际人权委员会不断增加的情况及其存在不连贯性的风险的评论中，第17条第2款规定在提名专家时，国家应当“考虑到从人权
328 事务委员会委员中提名愿意担任禁止酷刑委员会成员的人是有好处的”。

委员会接受国家报告（第19条），具有受理国家间申诉职能（第21条）且可以审议个人来文（第22条）。在后两者的情况下，相关国家必须已经发表声明接受委员会的权力。[343]《公约》第20条规定如果委员会收到“可靠的情报”，认为其中有确凿迹象显示在某一缔约国境内经常施行酷刑，委员会应请该缔约国合作研究该情报。委员会可以指派一名或几名成员进行秘密调查。在这样做时，委员会应寻求有关缔约国的合作，在该缔约国的同意下，这种调查可以包括到该国境内访问。委员会会将这些结果连同适当的意见或建议一并转交该有关缔约国。此前的程序都是保密的，但是委员会在与有关缔约国协商后，可将程序结果摘要载入其年度报告中。谨慎地说，这一额外的权力能赋予委员会一个重要的角色。[344] 应当指出，缔约国可以在签署或批准公约或在加入公约时“不选择”这一程序。[345]

报告程序的操作与联合国人权事务委员会的做法非常相似。[346] 委员会为缔约国发

---

[342] 就英国而言，参见1988年《刑事审判法案》第134和135条。

[343] 参看2002年春季委员会的报告，A/57/44，p. 82.

[344] 例如，注意委员会在这种情景下对斯里兰卡的报告，A/57/44，p. 59（2002）；另见 E. Zoller，“Second Session of the UN Commission against Torture”，7 NQHR，1989，p. 250.

[345] 第28(1)条。参看 A/57/44，p. 81.

[346] 到2006年5月，委员会共收到194份报告，其中的192属于滞交报告：A/61/44，p. 5（2006）。

布了指导方针,与国家代表的讨论则是为了展开建设性对话。禁止酷刑委员会也面临其他条约机构面临的问题,例如,滞交报告以及有关公约整体实施的问题。委员会也可以以结论意见的方式评论国家的报告[347],它也会发布一般性意见。[348] 根据规则第 108 条 329
第 1 款,委员会可以发布临时保护措施,由新来文和临时保护措施报告员监督实施。[349]

第 22 条下委员会的头三个案件是关于阿根廷立法免除低级军官在 1976—1983 年间从事的酷刑行为的责任的受理性决定,及其是否符合《酷刑公约》的规定。[350] 委员会指出存在一个一般国际法规则要求所有国家采取有效措施防止和惩治酷刑行为。但是,公约仅从生效日(1987 年 6 月 26 日)起产生效力,不能追溯既往适用于该日期前的立法行为。因此,来文不可受理。但是,委员会批判了阿根廷的立法,指出阿根廷负有为酷刑受害者提供救济的道义义务。[351] 2002 年 5 月,委员会修订了它的程序规则,设立了对依据 22 条所提申诉的决定加以跟进落实的报告员职责。[352] 委员会认为当存在真实理由可以相信申诉人有遭受酷刑的危险,有关缔约国驱逐或遣返申诉人至他可能受到酷刑的国家会构成对公约第 3 条的违反。[353] 委员会还强调指出,酷刑的风险不能单纯按照理论或怀疑等依据来衡量。这一风险无须很高,但必须是针对个人且当前存在的。虽然委员会会对相关国家的机关所作出的事实认定给予相当程度的考虑,但是它并不拘泥于此,它有权自由评估每个个案的事实情况。特别强调的是,公约第 3 条所列明的防止义务是一个绝对义务。[354] 它还指出当酷刑控诉于法庭程序中提出时,则有必要通过独立 330
程序调查。[355] 来文必须由受害者、其近亲属或经正当授权的代表提出,且必须首先通过受理性审查。其要求包括该情事未被提至另一裁判机关,当地救济措施已经用尽,且来文必须达到一个“基本的事实根据水平”。[356]

2002 年 12 月的联合国大会通过了公约的一个任择议定书,使委员会可以经由一个

---

[347] 参看 A/61/44, pp. 6 ff. (2006)。

[348] 目前只发布过一份一般性意见,关于驱逐到有充分理由畏惧酷刑的国家的第 3 条的实施问题:参见 A/53/44, annex IX.

[349] 同上, pp. 82—3,另见 A/57/44, p. 219.

[350] *OR, MM and MS v. Argentina*, communications nos. 1-3/1988. 1989 年 11 月 23 日裁决。参见 5 Interights Bulletin, 1990, p. 12.

[351] 但是,委员会认为如果违反公约的效果持续到公约对相关国家生效之后,且这种效果仍然构成对公约的违反,那么这一事项就可被审议:例如,可参看 *AA* v. *Azerbaijan*, A/61/44, pp. 255, 259 (2006)。

[352] 参看 A/61/44, p. 86 (2006)。

[353] *Khan v. Canada*, CAT/C/13/D/15/1994.

[354] 参看 *Dadarv. Canada*, A/61/44, pp. 233 ff. (2006).

[355] *Parot v. Spain*, CAT/C/14/D/6/1990.

[356] *RT* v. *Switzerland*, A/61/44, pp. 249, 253 (2006),另见《公约》第 22 条以及程序规则第 107 条(b)款。

新的防范小组委员会定期访问羁押场所并向缔约方提出建议，该议定书于2006年生效。根据这一任择议定书，缔约国必须在国内建立防止酷刑的“国家防范机制”。相关国家必须允许防范小组委员会和国家防范机制对国家管辖和控制下任何关押被剥夺或可能被剥夺自由的人员的地方进行查访。[357]

1985年，联合国人权委员会任命了酷刑问题特别报告员，审查有关酷刑的问题，寻求和接受关于这些问题的可信可靠的信息并毫不迟延地对这些信息作出回应。[358] 报告员的工作包括发送紧急请求以及到越来越多的国家访问。该委员会还要求他与禁止酷刑委员会密切合作。[359] 该报告员还与联合国其他官员合作。例如，在1994年，该报告员陪同卢旺达问题特别报告员访问了该国，而同年晚些时候，他又陪同法外处决、即审即
331 决或任意处决特别报告员访问了哥伦比亚。[360] 该报告员每年作出报告。[361]

儿童权利委员会[362]

1989年11月20日，联大通过了《儿童权利公约》。[363] 它规定关于儿童的一切行动，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。公约规定了一系列权利，包括固有的生命权（第6条）、姓名权以及获得国籍的权利（第7条）、表达自由的权利（第13条）、思想、信仰和宗教自由的权利（第14条）、隐私、家庭、住宅或通信不受任意或非法干涉的权利以及享有可达到的最高标准的健康权（第24条）。

---

[357] 见大会决议57/199号。

[358] 第1985/33号决议。

[359] 参看 E. Zoller, “46th Session of the United Nations Commission on Human Rights”, 8(2) NQHR, 1990, pp. 140, 166.

[360] 参见 E/CN.4/1995/34, pp.6—7. 另见《欧洲防止酷刑公约》，见下文，第362页和2002年通过的非洲酷刑问题指南 www.achpr.org/english/communiques/communique32 和 www.apt.ch/africa/rig/Robben20Island%20Guidelines.pdf.

[361] 参看 A/62/221（2007）。

[362] 例如，参看 T. Buck, *International Child Law*, London, 2005; G. Lansdown, “The Reporting Procedures under the Convention on the Rights of the Child” in Alston and Crawford, *Future*, p. 113; Rehman, *International Human Rights Law*, chapter 14; *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child* (ed. D. Fottrell), The Hague, 2000; D. McGoldrick, “The UN Convention on the Rights of the Child”, 5 *International Journal of Law and the Family*, 1991, p. 132; M. Santos Pais, “The Convention on the Rights of the Child and the Work of the Committee”, 26 *Israel Law Review*, 1992, p. 16, and Santos Pais, “Rights of Children and the Family” in Herkin and Hargrove, *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, p. 183. 另见 G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, 1995, and *The United Nations Convention on the Rights of the Child* (ed. S. Detrick), Dordrecht, 1992.

[363] 1990年9月2日公约生效。另请注意，1959年联大在第1386（XIV）号决议中通过的《儿童权利宣言》以及在第31/169号决议中宣布1979年为国际儿童年。

缔约国同意采取一切适当措施保护儿童不受任何形式的身心暴力伤害(第19条)、经济剥削(第32条)以及非法使用毒品(第33条),公约也有关于难民和残疾儿童的专门条款。此外,缔约国确保遵守在武装冲突中对其适用的国际人道法律中与儿童有关的规则(第38条)。这个条款是对两伊战争中使用儿童作为参战人员的一种回应。

《儿童权利公约》第43条规定设立一个委员会。该委员会在1991年选举成立,由十名独立专家组成[364],它有权审议国家报告(第44条)。委员会自身每两年经由经社理事会向联大提交报告。委员会可以建议大会请秘书长代表委员会对有关儿童权利的具体 332
问题进行研究,这是条约机构职能的一个创新,它也可以提出提议和一般性建议(第45条)。根据其临时程序规则第75条,委员会(如同经济、社会和文化权利委员会)会为特定问题的一般性讨论留出时间。例如,在1992年的第二届会议上,委员会讨论了武装冲突中的儿童的问题[365],而在第四届会议上,则讨论了对儿童的经济剥削。[366] 1995年委员会的第八届会议上,则举行了关于"女童"问题的一般性讨论[367],第九届会议上则讨论了青少年司法管理问题。[368]

作为一般报告程序的一部分,委员会在其第二届会议上通过了一个紧急行动程序。如果有关国家批准了公约,情况严重且有进一步侵犯权利的可能,委员会可以以"对话精神"向该国发出要求,也可以要求提供更多情报或者提议访问。[369] 在其第四届会议上,委员会设立了一个工作组研究紧急行动程序有效进行的方式和方法。[370] 委员会就国家报告制定了一系列指导方针[371],一个会前工作组审议这些报告并列出一个需要进一步澄清的问题的清单,并送交有关国家。[372] 与其他报告机制一样,报告接受委员会审议的

---

[364] 委员会成员已增至18人。

[365] A/49/41, pp.94及其以下。这导致向联大提出一项建议,请求秘书长承担一项关于武装冲突中的儿童的保护手段的特别研究:参见CRC/C/SR.72, p.2和第48/157号决议。这导致2000年5月25日联大第54/263决议通过了《儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》,该议定书于2002年2月12日生效。注意1993年《维也纳宣言和行动纲领》中提到保护武装冲突中的儿童问题,Part II, B, 4:参见32 ILM, 1993, p.1680. 另见G. Van Bueren, "The International Legal Protection of Children in Armed Conflicts", 43 ICLQ, 1994, p.809,以及M. Happold, *Child Soldiers in International Law*, Manchester, 2005。

[366] A/49/41, pp.99及其以下。

[367] 参见CRC/C/38, p.47. 这导致了《买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》的通过:参见2000年5月25日联大第54/263号决议,该议定书于2002年1月18日生效。

[368] 参见CRC/C/43, p.64.

[369] 参见CRC/C/SR.42, p.2 and A/49/41, pp.69—71.

[370] 同上。

[371] 参见CRC/C/5.

[372] 参看*CRC/C/121*, 2002.

国家被邀请派遣代表参加适当的会议。在这个程序结束以后,委员会就发布既包含报告
333 的积极方面也包括确认的问题的结论意见,以及提议和建议。[373] 虽然存在很多种审议报告后的跟进措施,但通常是请求提供进一步的信息。[374] 委员会还举行"讨论日"以审议有关问题[375]以及发布一般性意见。[376]

保护移徙工人委员会[377]

1990 年 12 月,联大通过了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》并开放签署。[378] 公约将"移徙工人"定义为在其为非国民的国家将要、正在或已经从事有报酬的活动的人(第 2 条)。这包括,例如,边境工人和季节性工人、近海装置上的工人和特定聘用工人,但不包括国际组织雇员或者国家外派的公务人员、难民、无国籍人、学生以及未获就业国接纳入境居住和从事有报酬活动的海员和近海装置上的工人(第 3 条)。

在法院和法庭上,移徙工人有权享有与有关国家国民平等的地位(第 18 条)、就业条件(第 25 条)、加入工会的自由(第 26 条)、医疗待遇(第 28 条)、子女接受教育的权利(第 30 条)以及对其文化特性的尊重(第 31 条)。不得对移徙工人进行集体驱逐(第 22 条)。其他条款涉及移徙工人及其家庭成员在有证件或正常身份的情况下的其他权利
334 (第四部分)。

公约规定设立一个 14 人的独立专家委员会(第七部分)。要求缔约国就其为实施公约各项规定所采取的措施的情况提交报告(第 73 条)。第 76 条设立了一个国家间申诉程序,其条件是有关国家都已作出声明公开认可委员会审议此种来文的权力,而根据第 77 条,对已声明接受委员会相关权限的国家可以适用个人申诉程序。[379]

残疾人权利委员会

《残疾人权利公约》于 2006 年 12 月通过,目前尚未生效(该公约已于 2008 年 5 月 3

---

[373] 例如,参看 A/49/41, pp. 20 ff.; CRC/C/38, pp. 10 ff. and CRC/C/43, pp. 10 ff. 另见 CRC/C/121, 2002, pp. 8 及其以下。

[374] 例如,参看 CRC/C/27/Rev. 3, 1995,详细描述了直至 1995 年年中的此类措施。

[375] 例如,参看 2002 年 9 月举行的"作为服务提供者的私主体及其在儿童权利实施中的作用"的讨论日, CRC/C/121, p. 145, CRC/C/121, p. 145.

[376] 同上,第 159 页(关于推动和保护儿童权利的国内人权机制的角色)。2007 年,委员会通过了第 10 号关于少年司法中的儿童权利的一般性意见。

[377] 例如,参看 K. Samson, "Human Rights Co-ordination within the UN System" in Alston, *United Nations and Human Rights*, pp. 620, 641 ff.; S. Hune and J. Niessen, "Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", 12 NQHR, 1994, p. 393, and S. Hune and J. Niessen, "The First UN Convention on Migrant Workers", 9 NQHR, 1991, p. 133.

[378] 2002 年 12 月 10 日,达到了必须的 20 份批准书。公约于 2003 年 4 月 1 日生效。

[379] 参看委员会 2006—2007 年报告,A/62/48 (2007)。

日生效——译者注)。公约规定禁止歧视残疾人、机会均等和无障碍。缔约国应立即采取有效和适当的措施提高认识,消除偏见和有害做法(第5—9条)。公约规定设立一个12人组成的委员会审议缔约国为落实公约义务所采取的措施的报告(第34—36条)。任择议定书的缔约国承认委员会有权审议声称其国家违反公约的个人来文。此外,如果委员会收到可靠资料,显示缔约国严重或系统地侵犯公约规定的权利,委员会可邀请该国在审查这些资料时提供合作以及提出意见。但是,缔约国可以在签署或批准议定书时声明不接受委员会的调查职能。

强迫失踪问题委员会

《保护所有人免遭强迫失踪公约》于2006年12月通过,目前尚未生效。它要求缔约国将强迫失踪列为犯罪(第4条),强迫失踪被公约界定为由国家代理人,或得到国家授权、支持或默许的个人或组织剥夺自由的行为,并拒绝承认剥夺自由之实情,隐瞒失踪者的命运或下落(第2条)。这一罪行构成危害人类罪(第5条)。公约规定设立一个由十人组成的强迫失踪问题委员会,以审议国家说明为履行公约义务而采取的措施情况的报 335
告(第29条),审议国家间来文(第32条)和个人来文(第31条)。在接到紧急行动要求的情况下,委员会还可以提请有关国家采取临时措施,找到有关个人并加以保护(第30条)。如果委员会收到可靠消息,表明存在严重违反公约的情况,委员会可在征求有关缔约国的意见后,组织对该国的访问(第33条)。此外,如果委员会收到消息有充分迹象显示,某缔约国管辖下的领土正在发生大规模或有组织的强迫失踪问题,委员会可在向该国索取相关资料后,通过秘书长将问题紧急提请联合国大会注意(第34条)。

结论

多数国际人权公约要求缔约国就其中包含的条文采取某些措施,无论是国内立法或者其他方法。[380] 此外,所有上文讨论的条约机构要求缔约国提交定期报告。[381] 七个具有审议个人来文的职能[382],五个可以审议国家间申诉[383],三个可以调查有关严重或系统

---

[380] 参看1966年《公民权利和政治权利国际公约》第2条;1950年《欧洲人权公约》第1条;1969年《美洲人权公约》第1、2条;1948年《灭种罪公约》第5条;1973年《禁止和惩治种族隔离罪行国际公约》第4条;1926年《奴隶制公约》第3条。

[381] 注意《残疾人权利公约》和《保护所有人免遭强迫失踪的国际公约》尚未生效(前者已于2008年生效——译者注)。另见1973年《种族隔离罪公约》第7条。一些公约规定向联合国秘书长送交情报:参看1954年《无国籍人地位公约》第33条和1951年《难民地位公约》第35、36条。

[382] 经济、社会和文化权利委员会以及儿童权利委员会无此职能(关于个人申诉制度的《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》已经于2008年12月10日通过,但尚未生效。——译者注)。

[383] 人权事务委员会、消除种族歧视委员会、保护移徙工人委员会、禁止酷刑委员会以及强迫失踪问题委员会。

336 性的侵犯人权的陈情。[384]

委员会的不断增加带来了资源问题和相互协调的问题。[385] 资源问题是一个严重并持续的困难。1993 年《维也纳宣言和行动纲领》强调了切实增加联合国人权项目的资源的必要性,并特别呼吁为联合国人权中心提供充足资助,它为本章讨论的各人权机构和前文讨论的各个委员会提供行政支持。[386] 各个人权委员会本身也指出了资源问题。[387] 消除种族歧视委员会和禁止酷刑委员会自 1994 年 1 月改变了它们的财政体系以便由联合国常规预算负担它们的经费。[388] 经济、社会和文化权利委员会寻求从经社理事会得到更多资助。[389] 尽管如此,联合国体系的人权活动严重经费不足却是不变的事实。

由于联合国体系内人权机构的增加,协调一致的问题通过确立条约机构主席年会制度得到了部分解决。[390] 各种关注的问题得以讨论,从鼓励国家批准所有人权条约,人权条约的保留[391]、尝试确保继承国从独立之日开始无论确认与否都自动受到国际人权条
337 约中的义务的约束[392]、新规范和文件的制定以及促进人权教育,到讨论滞交报告这一老问题[393]以及非政府组织的作用等。[394] 委员会对预警和预防程序的发展作用尤其值得一提。[395] 例如,自 1994 年开始,消除种族歧视委员会根据其紧急程序可以审议一些处于特殊形势下的缔约国的人权状况[396],而人权事务委员会则可以要求缔约国提交特别

---

〔384〕 禁止酷刑委员会、消除对妇女歧视委员会以及残疾人权利委员会。注意强迫失踪问题委员会的查访职能。

〔385〕 例如,参看 E. Tistounet, "The Problem of Overlapping among Different Treaty Bodies" in Alston and Crawford, *Future*, p. 383.

〔386〕 参见《维也纳宣言和行动纲领》第二部分 A 条,32 ILM, 1993, pp. 1674—5。

〔387〕 例如,参看人权事务委员会, A/49/44, 和禁止酷刑委员会, A/50/44. 另见秘书长向条约机构主席第六届会议作出的报告,HRI/MC/1995/2, p. 13.

〔388〕 参见联大决议第 47/111 号和 HRI/MC/1995/2, p. 14.

〔389〕 同上,第 15 页。

〔390〕 参见 1994 年联大决议第 49/178 号,其中附上了主席们提出的关于每年可以召开会议的建议。条约机构主席第一届会议于 1984 年召开,A/39/484,第二届会议于 1988 年召开,A/44/98。另参看 A/45/636, A/49/537, HRI/MC/1995/2, A/55/206, 2000 和 A/57/56,2002. 另请注意,人权条约机构首届委员会间会议于 2002 年 9 月召开,HRI/ICM/2002/3.

〔391〕 见下文,第 16 章,第 912 页。

〔392〕 见下文,第 17 章,第 981 页。

〔393〕 例如,消除种族歧视委员会和经济、社会和文化权利委员会都建立了程序,使他们能够审查相关国家的情势:见上文,第 311 和 308 页。其他委员会已经尝试与相关国家的官员举行会议,以鼓励提交滞交的报告,HRI/MC/1995/2, p. 7.

〔394〕 例如,参看 HRI/MC/1995.

〔395〕 条约机构在努力防止违反人权方面的作用得到强调:参看 A/47/628, para. 44.

〔396〕 见上文, 第 311 页。

紧急报告。[397]

联合国秘书长在其题为“大自由”的报告中强调了梳理各个程序的需要,并呼吁实施协调的报告指南。[398] 注意到条约体系各自发展而并没有作为一个一体化的、不可分割的人权保护的框架而运作,联合国人权高专呼吁设立单一的常设条约机构并提出了一系列的模式。[399] 虽然像对国家的培训和后勤协助一样,更大的和谐与融合应予鼓励,但是单一的人权机构可能会有其弊端,这种弊端不仅体现在配置必要的专业技能方面,而且在政治方面也一样,即这些职权如果集中于一个单一机构,它会非常容易受到政治压力的影响。

专门机构 338

国际劳工组织[400]

国际劳工组织创立于 1919 年并于 1946 年得以扩大。[401] 1944 年的《费城宣言》

---

[397] 见上文,第 314 页。另见上文,第 331 页,关于儿童权利委员会的程序。

[398] A/59/2005 and A/59/2005/Add. 3.

[399] Concept Paper on the Proposal for a Unified Standing Treaty Body, HRI/MC/2006/2, 2006.

[400] 例如,参看 Weissbrodt, Fitzpatrick and Newman, *International Human Rights*, chapter 16; L. Betten, “At its 75th Anniversary, the International Labour Organisation Prepares Itself for an Active Future”, 12 NQHR, 1994, p. 425; L. Swepston, “Human Rights Complaints Procedures of the International Labour Organisation” in Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, p. 89; V. Leary, “Lessons from the Experience of the International Labour Organisation” in Alston, *United Nations and Human Rights*, p. 580; C. W. Jenks, “Human Rights, Social Justice and Peace” in *The International Protection of Human Rights* (eds. A. Schou and A. Eide), Stockholm, 1968, p. 227, and *Social Justice in the Law of Nations*, Oxford, 1970; E. A. Landy, *The Effectiveness of International Supervision: Thirty Years of ILO Experience*, New York, 1966, and “The Implementation Procedures of the International Labour Organisation”, 20 *Santa Clara Law Review*, 1980, p. 633; N. Valticos, “The Role of the ILO: Present Action and Future Perspectives” in Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, p. 211, *Le Droit International du Travail*, Paris, 1980, and “The International Labour Organisation” in *The International Dimensions of Human Rights* (eds. K. Vasak and P. Alston), Paris, 1982, vol. I, p. 363; F. Wolf, “ILO Experience in Implementation of Human Rights”, 10 *Journal of International Law and Economics*, 1975, p. 599; J. M. Servais, “ILO Standards on Freedom of Association and Their Implementation”, 123 *International Labour Review*, 1984, p. 765, and Robertson and Merrills, *Human Rights*, p. 282. 另见 H. K. Nielsen, “The Concept of Discrimination in ILO Convention No. 111”, 43 ICLQ, 1994, p. 827.

[401] 根据《联合国宪章》第 63 条将国际劳工组织与联合国建立联系作为联合国专门机构的协议于 1946 年 12 月 14 日生效:参见联大决议第 50(I)号。

(1946 年被纳入《国际劳工组织章程》)重申了该组织的基本原则。它们是:(1) 劳力不是一种商品;(2) 表达自由和结社自由对于持续发展至关重要,以及(3) 任何地方的贫困对于所有地方的繁荣都是一种危险。国际劳工组织由一个独特的三方结构组成,包括政府、工人和雇主,并构成三个机关:一个由成员国代表组成的全体大会(国际劳工大会)、理事会和国际劳工局。[402] 《国际劳工组织章程》授权该组织采用公约或者建议书
339 的形式审议和制定国际劳工标准。前者是处理重要事项的较正式的方式,而后者主要包括立法指导方针。在 1919 年到 1994 年间,国际劳工组织通过了 175 个公约和 182 个建议书,基本都是有关社会正义问题。[403] 根据《国际劳工组织章程》第 19 条,所有成员国必须在公约和建议书通过后的 12 到 18 个月内将它们提交给自己的国内有权机构。根据第 22 条,批准了公约的国家有义务每年向国际劳工局报告为落实这些公约所采取的措施。[404] 根据第 19 条,成员国也必须就未批准的公约或建议书在理事会要求的适当时间向国际劳工局局长提交报告,主要关于本国在法律上和实践中就这些公约和建议所涉事项的立场,表明在何种程度上给予或将给予公约和建议的条款以效力,包括一个关于阻止或延缓批准公约困难的说明。[405] 在 1926 年到 1927 年,成立了实施公约和建议书专家委员会审议会员国提交的报告。这个二十人的委员会由理事会根据国际劳工局局长的建议任命,如果事关重大,委员会就已批准的公约的评论以“意见”的形式包含于委员会的书面报告中,而向有关政府提出的情报“要求”(request)则不在委员会的报告中公布。对于未批准的公约和建议书而言,会制作一个就特定文件之适用的“综合评述”
340 (general survey)。[406] 国际劳工大会每届年会皆任命一个“实施公约和建议书委员会”,由三方代表组成,主要根据专家委员会的综合报告讨论相关问题。[407] 它也可以开列一个需要大会注意的案件的“特别清单”。

国际劳工组织存在两种程序。根据第 24 和 25 条,如果任何会员国未能在任意方面保障其是缔约国的任何公约的有效遵行,雇主或工人组织可以向劳工局提出“陈情”

---

[402] 参见 *UN Action*, p. 28. 这种三方结构意味着国际劳工大会的每个成员国的代表团包括两位政府代表,一位工人代表和一位雇主代表。理事会有 56 位成员,有 28 位政府成员,雇主组织和工人组织各 14 位。

[403] 参见 Valticos, “International Labour Organisation, p. 365, and Swepston, Human Rights Complaints Procedures of the International Labour Organisation”, p. 100. 另见 E/CN. 4/Sub. 2/1994/5, p. 3.

[404] 但是,实际上这一每年报告的规则并不严格:参见 Valticos, “International Labour Organisation”, p. 368,根据第 23 条(2)款政府必须向雇主组织和工人组织提供报告副本。

[405] 当然,后一规定并不适用于建议的情况。

[406] Valtlcos, International Labour Organlsauon, pp. 369—70, and Wolf, ILO Experience, pp. 608—10. 参看 *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey*, Geneva, 1983.

[407] 委员会通常由 200 位成员组成。

(representation)。如果理事会认为可以受理,理事会的一个三人委员会将首先审议该事项,之后由理事会本身审议。国家被请求回复陈情,而原陈情以及答复(如果有的话)都可被理事会发表。这类陈情并没有多少。[408] 根据第 26 到 29 条,和第 31 到 33 条,任何会员国都可以就另一国没有确保其已经批准的公约的得到有效遵守提出申诉。理事会可以要求被诉国予以答复或者设立一个调查委员会。这一委员会通常包括三位专家,其程序具有司法性质。双方也可诉诸国际法院。最后,理事会可向大会推荐其认为明知而便利的行动。这一申诉程序第一次适用于 1957 年,加纳针对葡萄牙在其非洲领地实施《取缔强制劳动公约》的问题提出了申诉。[409]

1951 年国际劳工组织设立了关于结社自由的特别程序,由一个结社自由委员会审议多种申诉。委员会包括九名成员(国际劳工组织的三方各三名)。委员会向理事会提交含有对相关国家的提议结论以及建议的详细报告,并已发展出可观的案例法。[410] 对于更加严重以及政治敏感的案件,设立了事实调查与和解委员会,并在有关国家的同意 341
下运作。因此,虽然在 1992 年访问了南非并向国际劳工组织和经社理事会提出了建议,但处理的问题很少。[411] 该国政府向国际劳工局局长提交了回复,在经社理事会的要求下,国际劳工组织结社自由委员会在 1994 年审议了南非的报告。注意到该国发生的变化,委员会的报告被理事会核准并被移交经社理事会。[412] 此外,劳工组织还确立了一个"直接接触"制度,即组织官员或者局长指定的独立专家的个人进行访问,以帮助克服特定的困难。这包括,例如,1990 年阿根廷的结社自由问题,1991 年在多米尼加共和国的糖料种植园中的海地工人的状况。[413]

---

[408] 但参看 Official Bulletin of the ILO, 1956, p. 120 (荷属安的列斯); 同上, 1967, p. 267 (巴西)及同上, 1972, p. 125 (意大利). 另见,同上, 1978 (捷克斯洛伐克)。

[409] 参见 Official Bulletin of the ILO, 1962; 同上,1963 (利比里亚)及同上,1971 (希腊)。

[410] 参看 G. Von Potobsky, "Protection of Trade Union Rights: Twenty Years Work of the Committee on Freedom of Association", 105 *International Labour Review*, 1972, p. 69,另见 Servais, "ILO Standards", and *Freedom of Association: Digest of Decisions of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 3rd edn, Geneva, 1985. 1991 年底,委员会审议了 1600 余件案子:参见 Swepston, "Human Rights Complaints Procedures of the International Labour Organisation", p. 109.

[411] 参见 Valticos, "International Labour Organisation", pp. 384 ff. 另见 Official Bulletin of the ILO, 1966 (日本), and N. Valticos, "Un Double Type d'Enquete de l'OIT au Chili", AFDI, 1975, p. 483.

[412] E/CN. 4/Sub. 2/1994/5, p. 4.

[413] 参见 N. Valticos, "Une Nouvelle Forme d'Action Internationale: Les 'Contacts Directs'", 27 AFDI, 1981, p. 481, and V. Leary, "Lessons from the Experience of the International Labour Organisation" in Alston, *United Nations and Human Rights*, p. 611.

联合国教育、科学和文化组织[414]

教科文组织成立于1946年,并于同年12月14日与联合国建立联系。[415] 其组织法第1条称该组织的宗旨是通过教育、科学和文化促进各国间合作,对和平和安全作出贡
342 献,"以促进对世界人民所确认的正义、法治、人权和基本自由的普遍尊重"。该组织由全体大会、执行局以及秘书处组成。全体大会由全体会员国组成,每两年开会一次;执行局由大会选出;秘书处由总干事领导。根据第4条(4)款,会员国承诺在公约和决议通过一年内将其提交给国内有权机关,并会要求会员国就其所采取的行动提交报告。[416] 与国际劳工组织不同,教科文组织没有审议关于对实施公约程序提出申诉的组织法规定。但是,1962年,教科文组织通过了设立和解和斡旋委员会的议定书,以帮助解决缔约国间有关1960年《反对教育歧视公约》的争端。该公约于1968年生效,而该11人委员会的第一次会议则是在1971年召开。其宗旨是利用斡旋以在缔约国间就有关公约达成友好解决。1978年,教科文组织执行局通过了104EX/3.3号决议,据此设立一个程序以处理声称侵犯人权的个人来文。它设定了十个受理条件,包括受侵犯的人权必须属于教科文组织在教育、科学、文化和信息领域的权能以及来文需要符合国际人权利益。其国内救济相关的条件与其他人权机构非常不同,因为来文只需"指出是否曾尝试用尽当地救济……以及如果存在的话,此种努力的结果"。执行局的公约和建议委员会是调查机构,由24名成员组成,通常每年召开两次秘密会议。[417] 对来文的审议属保密性质。委员会首先决定来文是否可以受理,然后对实体问题作出决定。委员会的任务是达成"旨在促进教科文组织职权范围内的人权问题的友好解决"。[418] 秘密报告要在每届会议

---

[414] 参看 S. Marks, "The Complaints Procedure of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation" in Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, p. 86; D. Weissbrodt and R. Farley, "The UNESCO Human Rights Procedure: An Evaluation", 16 HRQ, 1994, p. 391; P. Alston, "UNESCO's Procedures for Dealing with Human Rights Violations", 20 *Santa Clara Law Review*, 1980, p. 665; H. S. Saba, "UNESCO and Human Rights" in Vasak and Alston, *International Dimensions of Human Rights*, vol. II, p. 401; Robertson and Merrills, *Human Rights*, p. 288, and *UN Action*, pp. 308 and 321.

[415] 参见联大第50(I)号决议。

[416] 例如,参看1960年《反对教育歧视公约》第7条下提交报告的义务。另见 UN Action, p. 163.

[417] 以前的教育公约和建议委员会,同上, pp. 321—2,另见 A/CONF. 157/PC/61/Add. 6, 1993.

[418] Decision 104. EX/3. 3, para. 14(k).

提交给执行局,其中包含适当的信息以及有关建议。[419] 还需指出,根据这个程序,总干事 343
能在强化教科文组织的行动能力方面总体上发挥作用以促进人权和秘密发起磋商以便帮助解决特定人权问题。[420] 1993 年,教科文组织出版了一份有关该程序运作的报告,指出该委员会已解决 241 件个人案件。[421] 考虑到这一程序的严格保密性[422]、得出结果所需的时间以及被宣告不可受理的案件的高比例[423],这一程序有多大作用仍不清楚。

委员会设立了一个处理失踪人员的特别程序。关于此类人员的来文被列入一个特别清单,如果相关国家没有提供充足情报,委员会则予以审议。[424] 除了关于个人的、特定的侵犯人权的案件外,教科文组织还审议大规模、系统性地或公然地、产生于国家采用的有悖人权的政策或者形成一贯模式的个人案件的累积性的侵犯人权的问题。[425] 就这
类问题,需由大会的执行局公开讨论。[426] 344

进一步阅读推荐书目

The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring (eds. P. Alston and I. Crawford), Cambridge, 2000

Guide to International Human Rights Practice (ed. H. Hannum), 4th edn, Ardsley, 2004

T. Meron, *The Humanization of International Law*, The Hague, 2006

J. Rehman, *International Human Rights Law*, London, 2002

A. H. Robertson and J. Merrills, *Human Rights in the World*, 4th edn, Manchester, 1996

H. Steiner and P. Alston, *International Human Rights in Context*, 3rd edn, Oxford, 2008

C. Tomuschat, *Human Rights*, Oxford, 2003

---

[419] 例如,1980 年 4 月的会议上,对 45 份来文的可受理性进行了审议,其中 5 份被宣告不可受理,13 份可受理,20 份还未作出决定,7 份从日程中删除。10 份来文的实质问题获得了审议,UNESCO Doc. 21 C/13, para. 65。在 1978 年到 2003 年 9 月之间,508 份来文得到审议:见 Marks, "UNESCO Complaints Procedure", p. 120。

[420] 同上, paras. 8 and 9.

[421] 参见 UNESCO Doc. 141/EX/6 and Weissbrodt and Farley, "UNESCO Human Rights Procedure", p. 391. 注意到在该时期,129 个人被释放或宣告无罪,20 人获准离开,34 人返回相关国家,24 人能够继续从事被禁止的工作或活动,11 人能够继续从事被禁止的出版或广播,同上。

[422] 参见 G. H. Dumont, "UNESCO's Practical Action on Human Rights", 122 *International Social Sciences Journal*, 1989, p. 585, and K. Partsch, "La Mise en Oeuvre des Droit de l'Homme par l'UNESCO", 36 AFDI, 1990, p. 482.

[423] Weissbrodt 和 Farley 指出,在研究的 64 个案例中只有 5 个被宣告可受理,"UNESCO Human Rights Procedure", p. 399. 其中,3 个涉及拉丁美洲的某一国家。一个被审议了九年半的时间,另一个被审议了八年半。

[424] UNESCO Doc. 108 EX/CR/HR/PROC/2 Rev. (1979).

[425] Decision 104. EX/3.3, para. 10.

[426] 同上,第 18 段。

7
区域人权保护

欧洲[1]

欧洲理事会

欧洲理事会成立于1949年，是鼓励和发展政府间和议会间合作的一个欧洲组织。其规约第1条中规定的宗旨是，为确保和实现作为其共同传统的理想和原则并推动它们的经济和社会发展而实现成员国之间团结得更紧密。规约第3条确立的欧洲理事会的原则包括多元民主、尊重人权和法治。由成员国外长组成的部长委员会，以及由各国议会代表团组成的议会大会，连同一个秘书长和辅助的秘书处，构成了欧洲理事会的主要机构。此外还有一个欧洲地方和地区政权常设会议，由地方和地区选举的代表组成的各国代表团构成。欧洲理事会也保持了一些支持和协助项目。[2]

苏维埃帝国在东欧和中欧的消亡是近几年来成员国数目巨大增长的主要原因。[3]通过加入欧洲理事会的程序，理事会对未来成员产生了一些影响，这既使得理事会向它们提供了专家建议和协助，也使得申请国作出了人权领域的承诺。例如，议会大会第

---

〔1〕 一般参见 *Monitoring Human Rights in Europe* (eds. A. Bloed, L. Leicht, M. Nowak and A. Rosas), Dordrecht, 1993.

〔2〕 参看 A/CONF. 157/PC/66/Add.2, 1993.

〔3〕 随着2007年5月黑山共和国的加入，成员国数量达到了47个。

191 号关于前南斯拉夫马其顿共和国申请成员资格的意见[4]中就指出申请国需作出有关修订和制定新法律的承诺(比如刑事司法制度的组织和运作),修订宪法以包含公平审判权的承诺,同意签署一系列国际人权文件的承诺,包括《欧洲人权公约》、《欧洲防止酷刑公约》以及《保护少数民族框架公约》。此外,申请国同意完全合作履行第 508 号议会大会关于欧洲理事会会员国遵守义务和承诺的指令的监督程序以及根据 1994 年 12 月 10 日部长委员会宣言设立的监督程序。欧洲理事会业已超越同意或关注在申请和批准会员资格时作出承诺的要求,以及一旦某个申请国成为会员,这些承诺如何得以遵守。1994 年 12 月 10 日的部长委员会宣言规定了一个审议这一领域的国家实践的机制,人们还可期待在此背景下的进一步发展。[5] 1999 年,欧洲理事会在总秘书处设立了人权专员办事处以促进人权领域的教育和认知。[6] 该专员可以发布意见[7],并提出建议[8]和 347
进行访问。[9]

虽然在欧洲理事会的主持下会员国间签订了大量条约,其中最重要的无疑就是《欧洲人权公约》。

---

〔4〕 16 HRLJ, 1995, p. 372. 另见 Parliamentary Assembly Opinion No. 190 on the Application of Ukraine for Membership, 同上,第 373 页,以及 Opinion Nos. 183 (1995) on the Application of Latvia for Membership, 188 (1995) on the Application of Moldova for Membership and 189 (1995) on the Application of Albania for Membership, H/INF (95) 3 pp. 77 ff. 另注意,根据第 1055 号建议(1995),鉴于车臣局势,大会决定暂停其关于俄罗斯请求成为会员国的法律意见的程序。但是俄罗斯于 1996 年初加入了欧洲理事会。

〔5〕 见下文,第 359 页,另请注意 Assembly Order 508 (1995). 欧洲理事会成员国尊重义务及承诺委员会(被称为"监督委员会"),在大会 1115 号决议(1997)的授权下于 1997 年 4 月开始运作。该委员会负责查验会员国根据《欧洲理事会规约》、《欧洲人权公约》以及其为缔约国的欧洲理事会的所有其他公约的条款所承担的义务之履行以及成员国权力机关在加入欧洲理事会时作出的承诺的遵守情况。它直接向大会报告。

〔6〕 部长委员会第(99) 50 号决议,专员不能审议个人申诉,也不能行使欧洲理事会人权文件的监督机构之外的职权。

〔7〕 例如,参看:CommDH(2002)7, Opinion 1/2002 号,关于 2001 年英国克减《欧洲人权公约》第 5 条第 1 款的某些问题的意见。

〔8〕 例如,参看:CommDH/Rec(2001)1,有关外国人进入欧洲理事会成员国的权利以及驱逐令的执行以及 CommDH/Rec(2002)1,有关在俄罗斯联邦车臣共和国的"清洗"行动后逮捕和羁押期间某些必须得到保障的权利。

〔9〕 例如,参看:对俄罗斯的访问包括车臣,Press Release 072a (2003).

《欧洲人权公约》[10]

《欧洲人权公约》签订于1950年11月4日,并于1953年9月生效。[11] 与十三个议定书一起,它主要涵盖了一个很大范围的公民和政治权利。[12] 序言指出欧洲国家志同
348 道合,具有政治传统、理想、自由和法治方面的共同遗产。公约本身包含的权利包括生命权(第2条)、禁止酷刑和奴役(第3、4条)、自由和人身安全权利(第5条)、在合理期间内由依法设立的独立和公正的法庭公平和公开审判的权利(第6条)、禁止溯及既往的刑事立法(第7条)、尊重私人和家庭生活的权利(第8条)、思想、良心和宗教自由(第9条)、表达自由(第10条)、集会和结社自由(第11条)、结婚和成立家庭的权利(第12条)、公约权利或自由被侵犯时在国内机关得到有效救济的权利(第13条)以及一个关于享有公约下的权利和自由的非歧视条款(第14条)。此外,公约保护的实体权利得到了几个议定书的补充。第一议定书保护财产权、教育权以及不记名投票的自由选举权,第四议定书禁止基于民事债务的监禁并保护迁徙自由和选择住处的权利以及进入本国的权利等,第六议定书规定废除死刑,而第七议定书规定除了根据依法作出的决定外,合法居留的外国人不受驱逐,被判刑事犯罪的人有权上诉到更高级别的法庭对其定罪或判决进行审查,以及任何人在刑事程序中都不能因已被宣告无罪或被定罪的行为再次受到

---

〔10〕 例如,参看:*Jacobs and White: The European Convention on Human Rights* (eds. C. Ovey and R. C. A. White), 4th edn, Oxford, 2006; D. J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995; M. W. Janis, R. S. Kay and A. W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3rd edn, Oxford, 2008; S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; *La Convention Européenne des Droits de l'Homme* (eds. P. Imbert and L. Pettiti), Paris, 1995; L. J. Clements, N. Mole and A. Simmons, *European Human Rights: Taking a Case under the Convention*, 2nd edn, London, 1999; *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R. St J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold), Dordrecht, 1993; A. H. Robertson and J. G. Merrills, *Human Rights in Europe*, 4th edn, Manchester, 2001; P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, A. Van Rijn and L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edn, Antwerp, 2006; P. J. Velu and R. Ergel, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Brussels, 1990; G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1989; E. Lambert, *Les Effets des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Brussels, 1999, and K. Starmer, *European Human Rights Law*, London, 1999. See also L. G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, 1995; J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2nd edn, Manchester, 1993, and A. Drzemczewski, *The European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1983.

〔11〕 所有47个成员国都批准了该公约。

〔12〕 有关程序问题的第十四议定书尚未生效:参看下文,第360页。1961年《欧洲社会宪章》中涵盖了经济和社会权利。见下文,第360页。

审讯或惩罚,等等。第十二议定书禁止歧视,而第十三议定书则废除了死刑。与其他国际条约一样,欧洲公约要求缔约国需履行尊重众多条款的义务。就这一方面来看,公约已被纳入所有现有缔约国的国内立法[13],虽然公约并没有规定缔约国如何在内部具体实施有关义务。[14] 需要强调的是:

> 与传统条约不同,公约包含的不仅仅是缔约国间的互惠承诺。在共同的和双边 349
> 的承诺之上,它创造了,用序言的话来说,得益于"集体实施"的客观义务。[15]

此外,对公约解释采纳了更加具有目的性和灵活性的方法。[16] 欧洲人权法院曾强调公约是一个发展中的文件,应根据现有条件作出解释,这一观念不仅适用于公约保护下的实体权利,而且也适用于规制公约实施机制运作的条款。[17] 而且,法院指出作为一个保护个人的文件,其宗旨和目的要求对它的条文的解释应使得公约的保护实在而有效。[18] 公约的解释也应该尽可能与其他国际法原则和谐一致。[19] 法院还强调说公约是"欧洲公共秩序的宪章"。[20] 当然,公约适用于缔约国的领土,但是第 1 条下的"管辖范围"被解释为包含域外适用或缔约国可能将个人驱逐到非缔约国领土上的情形[21],以及缔约国机关的行为,无论实施于国境内外,在其领土外产生结果的情况。[22] 此外,一个意义重大的进展就是,在"洛齐多诉土耳其"案(*Loizidou v. Turkey*)中,法院强调说当国家对其国家领土外的一个区域实施有效控制或"有效的全局控制"时,无论此种控制 350

---

〔13〕 英国将公约纳入了 1998 年人权法案。参看 J. Polakiewicz and V. Jacob-Foltzer, "The European Human Rights Convention in Domestic Law", 12 HRLI, 1991, pp. 65 and 125, and Harris et al., *Law of the European Convention*, p. 24, note 2.

〔14〕 例如,参看:the *Swedish Engine Drivers' Union* case, Series A, vol. 20, 1976, p. 18; 58 ILR, pp. 19, 36. 另见 *Belgian Linguistics* case, Series A, vol. 6, 1968, p. 35; 45 ILR, pp. 136, 165.

〔15〕 参看第 1 条以及 *Ireland v. UK*, Series A, vol. 25, 1978, pp. 90—1; 58 ILR, pp. 188, 290—1,另见 *Loizidou v. Turkey*, Series A, vol. 310, 1995, pp. 22—3; 103 ILR, p. 622.

〔16〕 参看 *Tyrer case*, Series A, vol. 26, 1978; 58 ILR, p. 339, 另见 *Marckx* case, Series A, vol. 31, 1979; 58 ILR, p. 561,虽然没有达到藉此增加新权利或新管辖权的程度,参看 *Johnston v. Ireland*, Judgment of 18 December 1986 以及 *Bankovic v. Belgium*, Judgment of 12 December 2001, 123 ILR, p. 94. 另见下文,第 16 章,第 937 页。

〔17〕 参见 *Loizidou v. Turkey*, Series A, vol. 310, 1995, p. 23; 103 ILR, p. 622.

〔18〕 参见 *Soering v. UK*, Series A, vol. 161, 1989, p. 34; *Artico v. Italy*, Series A, vol. 37, p. 16 和 *Loizidou v. Turkey*, Series A, vol. 310, p. 23; 103 ILR, p. 622.

〔19〕 参见 *Al-Adsani v. UK*, Judgment of 21 November 2001, para. 60. 123 ILR, p. 41.

〔20〕 Loizidou v. Turkey, Series A, vol. 310, pp. 24 and 27; 103 ILR, p. 622.

〔21〕 参见 *Soering v. UK*, Series A, vol. 161, 1989, pp. 35—6.

〔22〕 参见 *Drozd and*]*anousek v. France and Spain*, Series A, vol. 240, 1992, p. 29. 另见 *Issa v. Turkey*, Judgment of 30 May 2000, 和 and *Ö calan* v. *Turkey*, Judgment of 14 December 2000.

合法与否，都会产生缔约国的责任，不管这种控制是由该国自己的代表或官员所行使，还是通过附属的地方政府的行为所行使。[23] 尽管如此，法院指出它对缔约国实施域外法权的认可是例外性的，公约的管辖概念本质上是领域管辖。[24] 这些原则在“依拉苏诉摩尔多瓦和俄罗斯”案（*Ilaşcu v. Moldova and Russia*）中得以重申，法院在强调管辖权主要是属地性的同时指出，在例外的情况下，当国家在部分领土上被阻碍行使其权力时，它对违反公约的情况无须负责，无论这种情况是由于他国武装力量的军事占领从而使他国有效控制相关领土，或是由于战争行为或叛乱，或是由于外国在有关国家的领土内支持建立一个分离国家的行为而导致的。[25] 此外，基于军事行动的结果——无论这种行动合法与否——当国家对其领土外的一个地区实际上实施有效控制时，就会产生国家责任的问题。对该地区的整体控制就可满足这一条件，且国家的责任不仅会延伸至国家自己的士兵和官员的行为，而且也会扩展到因其军事和其他支持而赖以存在的当地政府的行为。[26]

与领土管辖权相关的问题就是法院是否对有关国家具有管辖权（或对人管辖权）。在“贝赫拉米诉法国”案（*Behrami v. France*）中，该项申诉针对若干国家的、作为在科索沃的国际势力的一部分的行动（无论是军事性的科索沃部队 KFOR，还是民事性的联合国科索沃临时行政当局 UNMIK），法院需要决定有关行为是应归责于有关国家以确立管辖权，还是应归责于联合国。法院认定科索沃部队是在合法行使联合国宪
351 章第七章赋予安理会的权力，因而受到责难的行动原则上“可归责于”联合国，而非各被告国。[27]

---

[23] Series A, vol. 310, p. 20; 103 ILR, p. 622. 另见 *Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, Judgment of 10 May 2001, paras. 75 ff.; 120 ILR, p. 10.

[24] 参见 Bankovic v. Belgium, Judgment of 12 December 2001, paras. 63, 67 and 71. 123 ILR, pp. 110, 111 and 113. 法院指出“公约是一个多边条约……在本质上属于地区性并特别地在缔约国的法域内运作”，同上，para. 80。另见，*Issa v. Turkey*, Judgment of 16 November 2004, paras. 65 ff.，法院认为土耳其军队一次对伊拉克北部的入侵行动的控制程度不构成全面控制，以及 *Assanidze v. Georgia*, Judgment of 8 April 2004。

[25] Judgment of 8 July 2004 at paras. 3, 12—13.

[26] 同上，paras. 3, 14—19.

[27] Judgment of 2 May 2007, paras. 141 及其以下；被视为安理会附属机构的联合国科索沃临时行政当局的行为，也同样认定，第 143 段。但是参见 *Bosphorus Airways* v. *Ireland*, Judgment of 30 June 2005。关于科索沃局势，参看上文，第 5 章，第 204 及 232 页。

公约体系

随着第十一议定书于1998年11月1日生效,一个单一的常设的全职法院得以建立,这样从前的法院和委员会不复存在。新法院由与公约缔约国数量相当的法官组成。法官由欧洲理事会议会大会选举,任期六年。[28] 为审理案件,法院可以组织三名法官的委员会(Committee)、七名法官的法庭(Chamber)以及十七名法官的大法庭(Grand Chamber)。[29] 法院规则规定设立至少四个分庭(Section),每个分庭的组成应实现地理和性别均衡并体现缔约国间的不同法律体系。[30] 修订后公约中规定的七名法官的法庭以及三名法官委员会的成员都来自各分庭。[31] 全员法院负责选举法院的院长和副院长,任命各法庭庭长,建立法庭以及制定程序规则。[32]

为确定某个申请可否受理,分配到该申诉的法庭的主席将指定一名法官作为报告法官以审查该申诉并决定它是否应被三人委员会或者法庭加以审议。[33] 一个委员会,如全体一致,可以决定宣布某个申诉不可受理或者将其排除出案件列单。[34] 该决定是终局裁决。在其他情况下,申诉会由一个法庭根据报告法官的报告进行审议。法庭可以开 352
展口头程序。可受理性问题就此解决。一旦某个申诉被宣布为可以受理,法庭可以邀请双方提交进一步的证据和书面材料,如果法庭决定或者任一当事方要求,也可展开口头程序。[35] 在这个阶段,法庭通常会联系被诉国政府以要求书面材料。[36] 如果某个案件提出了对公约或其议定书之解释的严重问题,或者某个问题的解决方法会导致与先前案

---

〔28〕 参见第22条和第23条。已经不再限制两名法官具有同一国籍的情况。法官的任职将于其70岁时结束。

〔29〕 参见第27条。

〔30〕 参见《规则》第25条。现有5个分庭。

〔31〕 参见《规则》第26条和第27条。

〔32〕 参见第26条。

〔33〕 参见《规则》第49条。

〔34〕 同上,以及第28条,这样做,委员会将考虑报告员法官的报告,《规则》第53条。如果法院认为该申诉人无意进行其申诉或者该问题已经得到解决或者出于法院确立的任何其他原因,它不再具备继续审理该申诉的正当性,法院有权在程序的任何阶段删除一项申诉。但是,如果公约及其议定书要求对其所界定的人权予以尊重,法院应当继续审理一项申诉:参见第37条。

〔35〕 参见《规则》第59条。

〔36〕 在政府间的案件中,将自动联系被诉国政府:参见《规则》第51条。

例法的不协调，除非案件一方反对，法庭可以将管辖权移交给大法庭。[37]

法院可以发布咨询意见，虽然仅在非常有限的情况下才如此。[38] 在所有法庭或大
353 法庭的案件里，其国民是申诉人的任一缔约方，有权提交书面意见并参与案件审理，而且，为公平起见，法院院长可以邀请不是程序一方的缔约国或者任何有关的不是申诉人的人士提交书面评论或参与案件审理。[39] 如果某个申诉被宣布为可以受理，法院将完成对案件的审议并便利当事方通过法院达成友好解决。[40] 如果达成友好解决，法院会将该案排除出案件列单。[41] 法院的审理程序公开进行，除非法院在例外的情况下决定不予公开。在确定存在对公约的违反而有关缔约方的国内法仅允许给予部分赔偿的情况下，法院在必要时可给予受害方公正补偿。[42] 根据第 43 条，在法庭作出判决之日起三个月内，除了在例外的情况下，案件任何一方都可以要求将案子提交给大法庭。如果该案件提出了对公约或其议定书之解释的严重问题，或者具有普遍意义，大法庭的一个由五位法官组成的小组将接受这一请求。如果这一小组接受了该请求，大法庭会以判决

---

〔37〕 参见第 30 条，由于公约中没有具体规定法院可以发出具有拘束力的临时保护措施指令的权力，法院规则第 39 条规定，分庭，或者适当时候，主席可以在当事方或相关个人的要求下，或者其主动地，向当事方指示任何临时措施，但条件是它认为出于当事方利益或出于程序的正当性应当予以采纳。这些措施应当向部长委员会通报并且分庭可以要求当事方向法庭提供与其所指示的临时措施之实施有关的信息。法院在 *Cruz Varas v. Sweden* 案（Series A, vol. 201, 1991）中认为，尽管作出具有拘束力的临时措施的指令的权力不能直接源自公约或从公约中推导出，如果一方选择不遵守规则第 36 条（目前的第 39 条）的临时措施指令，它就有意地承担了被认定违反第 3 条的风险。法院在 *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey* 案（European Court of Human Rights, Judgment of 6 February 2003）中采取了另一种不同的方法。在该裁决中，法院提到了其他国际机构包括国际法院以及美洲人权法院和美洲国家间委员会的实践，认为公约第 34 条要求申诉人有权有效地行使个别申诉的权利，与驱逐相关的第 3 条也要求对争议问题进行有效审查。法院注意到规则第 39 条“允许其对申诉进行有效审查并确保公约提供的保护是有效的”，它指出“公约的任何缔约国，如果对其作出了临时措施指令以避免对声称受到侵犯的受害人造成不可挽回的损害，必须遵守这些措施并尽力避免破坏最终判决的权威和有效性的作为或不作为”，paras. 107—10。

〔38〕 参见第 47 条。只有部长委员会能够提出这样的要求，咨询意见不能处理与《公约》第 1 条以及议定书规定的权利和自由的内容或范围有关的任何问题，或者法院或部长委员会在根据公约进行的程序中可能必须考虑的任何问题。第一个咨询意见的请求事关《独立国家联合体人权公约》与《欧洲人权公约》的共存性问题，但在 2004 年 6 月 2 日，法院一致认定该请求不属于其咨询权限范围。法院的第一个咨询意见于 2008 年 2 月 12 日给出，其中法院一致认为，仅因建议名单中没有女性而拒绝考虑欧洲人权法院法官职位选举的候选人名单的做法与《欧洲人权公约》不相符合，并呼吁尽快确定“名单必须包括代表性不足的那种性别的候选人”这一原则的例外情况。

〔39〕 参见第 36 条。

〔40〕 参见第 38 条。在后一种情况下的程序将不公开进行。

〔41〕 参见第 39 条。

〔42〕 参见第 41 条。

形式决定案件。与当事方宣布不请求将案件提交给大法庭的那些由法庭作出的判决一样,也与判决作出三个月后当事方没有请求提交给大法庭,或者大法庭的小组驳回提交请求之时的判决一样,大法庭的判决属于终局。终局判决将被公布[43]并对当事方有拘束力[44],它还会被移交给部长委员会,由其监督判决的执行。[45]

第十一议定书下制度的改革导致了很多至关重要的变化。个人的申诉权成为自动性的,而不再依赖于被诉国的接受[46],新法院成为全职法院,部长委员会的职能仅限于监督判决的执行,而不再具有当欧洲人权委员会的报告未被提交给法院时的裁决职 354
能[47],每个法庭的法官数目由九名减为七名,第三方的介入权变成了公约本身的一部分,而不再是法庭规则的一部分,并且除了友好解决程序,法院审理程序变成了公开性质。但是,根据第30条,案件当事方可以防止一个法庭将管辖权移交给大法庭。此外,如果根据第43条案件被提交给大法庭,大法庭将包括原法庭的庭长以及有关缔约国的法官,这样他们也将参与他们已经审理过的案件的重审。这一不平常的程序仍然会引发某些忧虑。

公约既规定了国家间申诉的权利也规定了个人申诉的权利。根据第33条,任何缔约方都可提起针对另一国的案件。至今,国家向委员会提交的申诉涉及六个情况。[48]到达法院的第一个国家间申诉是爱尔兰诉联合王国。[49] 这种申诉是一种将违反欧洲公共秩序的情况提上台面的手段,因而,与被诉国是否承认申诉国无关。[50] 第34条规定了个人向欧洲人权委员会申诉的权利,这被证明是一个至关重要的条款。[51] 这一权利

---

〔43〕 参见第44条。

〔44〕 参见第46(1)条。

〔45〕 参见第46(2)条。

〔46〕 比较以前的第25条和现在的第34条。

〔47〕 参见先前的第32条并参看 P. Leuprecht, "The Protection of Human Rights by Political Bodies: The Example of the Committee of Ministers of the Council of Europe" in *Progress in the Spirit of Human Rights: Festschrift fur Felix Ermacora* (eds. M. Nowak, D. Steurer and H. Tretter), Kehl, 1988, p. 95.

〔48〕 *Cyprus* case (*Greece v. UK*), 1956 and 1957, 两份申诉; Austria v. Italy, 1960; 五份针对希腊的申诉, 1967—70; *Ireland v. UK*, 1971; Cyprus v. Turkey, 1974—94, 四份申诉,以及五份针对土耳其的申诉, 1982。另见2007年格鲁吉亚针对俄罗斯的申诉。

〔49〕 Series A, vol. 25, 1978; 58 ILR, p. 188. 另请注意法院在 *Cyprus v. Turkey* 案中的裁决, Judgment of 10 May 2001; 120 ILR, p. 10.

〔50〕 *Cyprus v. Turkey* (*Third Application*), 13 DR 85 (1978).

〔51〕 2007年新申诉的总量估计是54000件,其中的41700件被分配给了裁决机构。截至2007年12月31日,未决申诉总计103850件,其中的79000件有待裁决机构的审理:参见2007年年报(2008),第134页。

355 现在是自动取得的。[52] 公约体系没有公益诉讼。[53] 个人不能提出抽象问题，而必须能够主张自己是对公约一个或多个权利的侵犯的受害者。[54] 但是，法院曾强调指出：

> 个人可以，在某些条件下，主张自己是单纯由于秘密措施或者允许秘密措施的立法而引起的权利侵害的受害者，而不必主张这些措施实际适用于自己。[55]

例如，如果被诉的侵害具有对个人偏见的性质或者如果存在一种合法的个人利益，受害者的近亲也可以提出主张。[56]

根据普遍接受的国际法规则，只有当所有国内救济已被用尽，并且在最终决定作出之日起六个月内，法院才可以处理有关事项。[57] 这些必须是有效的救济。如果没有国内救济可用，被诉的行为或决定本身会被当作第 26 条的“最终决定”。[58] 与六个月规则

---

〔52〕 注意对前第 25 条和 46 条（有关第十一议定书之前的法院管辖权）作出保留的问题在判例法中进行了讨论。法院指出，尽管临时保留可能是有效的，但是超出此范围则无效：参见 *Loizidou v. Turkey* (*Preliminary Objections*), Series A, vol. 310, 1995; 103 ILR, p. 622. 法院驳回了土耳其根据第 25 和 46 条作出的声明具有领土限制的主张，认为这样的声明可作为有效声明而产生效力，不存在这样的限制，Series A, vol. 310 pp. 27—9. 土耳其辨称，如果此种限制得不到支持，声明本身就会落空。法院指出，不采纳这种方法将弱化构成欧洲宪政秩序的公约人权保护体系，并且将与人权维护的更大一致性以及进一步实现背道而驰，同上。另见 *the Commission Report in Chrysostomos v. Turkey*, 68 DR 216.

〔53〕 例如，参看：*X v. Austria*, 7 DR 87 (1976)，有关堕胎立法。

〔54〕 例如，参看：*Pine Valley v. Ireland*, Series A, vol. 222, 1991; Johnston v. Ireland, Series A, vol. 112, 1986; Marckx v. Belgium, Series A, vol. 31, 1979; *Campbell and Cosans v. UK*, Series A, vol. 48, 1982; *Eckle v. Federal Republic of Germany*, Series A, vol. 51, 1982 and *Vijayanathan and Pusparajah v. France*, Series A, vol. 241-B, 1992.

〔55〕 The *Klass* case, Series A, vol. 28, 1979, pp. 17—18; 58 ILR, pp. 423, 442. 另参看 the *Marckx* case, Series A, vol. 31, 1979, pp. 12—14; 58 ILR, pp. 561, 576; the *Dudgeon* case, Series A, vol. 45, 1982, p. 18; 67 ILR, pp. 395, 410; the *Belgian Linguistics* case, Series A, vol. 6, 1968; 45 ILR, p. 136 and *Norris v. Ireland*, Series A, No. 142, 1988; 89 ILR, p. 243.

〔56〕 参看 Application 100/55, *X v. FRG*, 1 *Yearbook of the ECHR*, 1955—7, p. 162 and Application 1478/62, *Y v. Belgium*, *Yearbook of the ECHR*, 1963, p. 590. 另见 *Cyprus v. Turkey*, Judgment of 10 May 2001; 120 ILR, p. 10.

〔57〕 参见第 35 条。参见 *Akdivar v. Turkey*, 1996 年 9 月 16 日判决书。关于国际法上国内救济的含义，参见下文，第 819 条。

〔58〕 参看 *X v. UK*, 8 DR, pp. 211, 212—13 以及 *Cyprus v. Turkey*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1978, pp. 240—2. 但是，存在持久性的情势持续发生，六个月规则的问题只能够在该情势终止发生后才能被提出：参看 *De Becker v. Belgium*, 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958, pp. 214, 244. 该规则严格并且不能由相关国家放弃：*Walker v. UK*, Judgment of 25 January 2000.

一样,用尽当地救济的要求也适用于国家间申诉。[59] 此外,匿名的或者与已经受理的事 356
项实际一样的申诉将不予受理,而任何与公约不符的、明显没有正当理由的[60]或是滥用申诉权的申诉,也将不予受理。[61]

在越来越多的判决中[62],法院发展出了非常重要的法理。[63] 这在许多不断发展的原则基础上得以运作。尤其是,法院会给予国家在由缔约国义务和欧洲范围的监督机制组成的体系中一定程度的回旋余地。"衡量边际"(margin of appreciation)理论就是指法院在保持一种普遍的总体监督的同时不会介入某些国内事项。例如,在"布兰尼根和麦克布赖德诉联合王国"案(*Brannigan and McBride v. UK*)中,法院指出国家就决定公约第15条下据以克减某些条款的公共紧急状态之存在与否和范围大小的程序方面享有一个"宽泛的考量范围"。[64] 这一考量范围根据有关权利在实体程序中的内容和权利冲突的平衡而有所不同。就个人道德而言,这一范围会更为广泛[65],而在其他方面则比较有限。[66] 又如法院在"Z诉联合王国"(*Z v. UK*)一案中所指出的,根本问题在于"国内体系本身对违反公约规定提供了救济方式,这对公约设立的保护机制是根本性的,而法院则在附属原则的限制下发挥监督作用"。[67] 这也说明法院对于事实认定持谨慎态 357
度[68],同样对于说明国家应该采取哪些措施遵守公约义务也非常小心。[69]

法院处理了很多关键性问题。例如,在"爱尔兰诉联合王国"(*Ireland v. UK*)一案中[70],法院认定英国军队在北爱尔兰使用的五种讯问方法构成不人道和有辱人格的待

---

〔59〕 参见 *Cyprus v. Turkey*, Judgment of 10 May 2001, paras. 82 及其以下。注意法院建议"北塞浦路斯土耳其共和国"提供的救济必须在这种情况下加以考虑,同上。见上文,第5章,第235页。

〔60〕 参看 *Boyle and Rice v. UK*, Series A, vol. 131, 1988. 这并不适用于国家间的案件。

〔61〕 参见第35条。参见 Harris et al., *Law of the European Convention*, pp. 608 ff.; Jacobs and White, chapter 24 以及例如:the *Vagrancy* case, Series A, vol. 12, 1971; 56 ILR, p. 351.

〔62〕 在其开始运作的第一年1960年里作出了一份判决;1976年作出了6份;1986年作出了17份;1989年作出了25份;1996年作出了126份;2000年作出了695份;2002年作出了844份;2007年作出了1503份:参见 *Survey of Activities 2007* (2008)。

〔63〕 参看 P. Mahoney, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", 11 HRLJ, 1990, p. 57.

〔64〕 Series A, No. 258-B, 1994, para. 43.

〔65〕 参看 *Handyside v. UK*, Series A, vol. 24, 1981; 58 ILR, p. 150.

〔66〕 譬如公正审判和正当程序的问题:例如,参看:*The Sunday Times v. UK*, Series A, No. 30, 1979; 58 ILR, p. 491。

〔67〕 参见2001年5月10日的判决书,第103段。

〔68〕 参看 *Tanli* case, Judgment of 10 April 2001.

〔69〕 The *Vgt Verein gegen Tierfabriken* case, 2001年6月28日判决书,第78段。

〔70〕 Series A, vol. 25, 1978; 58 ILR, p. 188.

遇,违反了第3条。[71] 在"麦卡恩诉联合王国"(*McCann v. UK*)一案中[72],法院谨慎地指出安全部队人员杀害三位涉嫌参与在直布罗陀从事爆炸任务的爱尔兰共和军成员有违第2条的生命权。在"戈尔德诉联合王国"(*Golder v. UK*)案中[73],法院从第6条第1款引申出一项重要的诉诸司法权,而法院一直强调诸如藐视法庭原则等公正审判机制的重要性。[74] 法院在对包括英国在内的很多国家的国内法产生深远影响的正当程序领域也发展出了相当重要的法律理念。[75] 这里再简述几个例子就够了。在"马克斯案"(*Marckx*)中[76],法院着重指出歧视私生子女的比利时立法违反了公约,而在"杨、詹姆斯和韦伯斯特案"(*Young, James, Webster*)中认定[77],因拒绝加入英国工会而被辞退的铁路工人有权获得赔偿。在"布罗根"案(*Brogan*)中[78],法院认为英国反恐立法中面见法

358 官或其他司法官员之前的四天羁押期限违反了公约。但是,这一裁决促使英国政府根据《公约》第15条提出了一个克减通告。[79]

在"索玲"案(*Soering*)这一重要案件中[80],法院一致认定自英国向美国引渡一个德国国民违反了第3条禁止酷刑、不人道和有辱人格的待遇和处罚的规定,该德国申诉人害怕在美国会因重大谋杀罪获判死刑而处于"待决死囚"行列。此外,法院还判定将一名可能会面临投石处罚的妇女驱逐回伊朗会违反第3条。[81] 法院还强调在事关违反第3条的时候,国家安全的考虑不予适用。[82]

---

〔71〕 另见 *Cyprus v. Turkey*, 法院认为在土耳其占领的北塞浦路斯对希腊籍塞浦路斯人的歧视性待遇相当于有辱人格的待遇,2001年5月10日判决书,第302—11页;120 ILR, p.10.

〔72〕 Series A, vol. 324, 1995.

〔73〕 Series A, vol. 18, 1975; 57 ILR, p.200.

〔74〕 参看 *Handyside v. UK*, Series A, vol. 24, 1981; 58 ILR, p.150; the *Dudgeon* case, Series A, vol. 45, 1982; 67 ILR, p.395 and the *Sunday Times* case, Series A, vol. 30, 1979; 58 ILR, p.491.

〔75〕 参看 S. Trechsel, "Liberty and Security of Person" in Macdonald et al., *European System*, p.277; P. Van Dijk, "Access to Court", 同上,第345页,O. Jacot-Guillarmod, "Rights Related to Good Administration (Article 6)", 同上, 第381页;Harris et al. *Law ofthe European Convention*, chapter 6; and *Digest of Strasbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1984, vol. II (article 6).

〔76〕 Series A, No. 31, 1979; 58 ILR, p.561.

〔77〕 Series A, No. 44, 1981; 62 ILR, p.359.

〔78〕 Series A, No. 145, 1988.

〔79〕 关于该文本,例如,参看:7 NQHR, 1989, p.255,另见 *Brannigan and McBride v. UK*, Series A, vol. 258-B, 1993.

〔80〕 Series A, No. 161, 1989,另见 *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, European Court of Human Rights, Judgment of 6 February 2003, paras. 66及其以下。

〔81〕 *Jabari v. Turkey*, 2000年7月11日判决书。

〔82〕 *Chahal v. UK*, 1996年11月15日判决书。

总体而言,法院在完成其任务的时候采用了渐进的方式。例如,它依据很多实体条款推断认为,有些情况下国家负有开展质询或者有效的官方调查的积极义务。例如,国家情报人员使用武力致人死亡[83],或者在关押期间死亡[84],或者"据称个人最后一次现身是在国家情报人员收押期间,而后来在被认为是危及生命的情况下突然消失"。[85] 同样,法院认为第 2 条下的生命权也要求国家负有义务采取适当步骤保护其管辖内的生命。[86] 与这些规定相联系的是第 13 条,它要求缔约国提供在法律上和实际上都有效的救济,以便既能处理申诉人在申诉中提出的实体问题,又能提供一个适当的法律救济。[87] 法院有关第 13 条的理论说明,在越来越多的案件中,这一条款被理解为要求国家对违反公约 359
权利的有根据的主张进行有效的调查。这包括了有关违反第 2、3、5 和 6 条的主张。[88]

执行法院判决是部长委员会的责任。[89] 这是一个政治机构,是欧洲理事会的执行机关[90],由所有成员国的外交部长或其代表组成。[91] 根据《欧洲理事会规约》第 15 条,部长委员会,按照议会大会的建议或其自身的主动性,考虑采取促进欧洲理事会宗旨所要求的行动,包括缔结公约或协定,以及各国政府就特定事项采取共同政策。根据规约第 16 条,它就所有有关欧洲理事会内部组织和安排事项作出拘束性决定。它定期通过关于多种问题的决议和建议。[92] 在人权保护方面,部长委员会行使着一系列职能。例如,在其 1994 年 11 月 10 日通过的关于遵循欧洲理事会成员国所接受之承诺的宣言中,部长委员会决定它将在成员国、秘书长提请或在议会大会建议的基础上,考虑任何成员国内关于落实有关民主状况、人权和法治的承诺的问题。

---

〔83〕 参看 *McCann v. UK*, Series A, No. 324, 1996.

〔84〕 譬如 *Tanli*, 2001 年 4 月 10 日判决书,第 152 页。

〔85〕 *Cyprus v. Turkey*, 2001 年 5 月 10 日判决书,第 132 页;120 ILR, p. 10.

〔86〕 *LCB v. UK*, 1998 年 6 月 9 日判决书。

〔87〕 *Soeringv. UK*, Judgment of 7 July 1989, at para. 120,另见 *Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18 December 1996, at para. 95 以及 *Akdeniz v. Turkey*, Judgment of 31 May 2005, at para. 138.

〔88〕 例如,*Kaya v. Turkey*, Judgment of 19 February 1998, at para. 107; *Ilhan v. Turkey*, Judgment of 27 June 2000, at para. 97; *Kurt v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, at para. 140 以及 *Kudla v. Poland*, Judgment of 26 October 2000, at paras. 146—9。法院指出:"第 13 条的要求比第 2 条下要求缔约国对人员在其机关控制下最后失踪进行有效调查的义务更为宽泛",*Akdeniz v. Turkey*, Judgment of 31 May 2005, at para. 139 以及 *Estamirov and Others v. Russia*, Judgment of 12 October 2006, at para. 118。

〔89〕 第 46(2)条。

〔90〕 参见《欧洲理事会规约》第 13 条。

〔91〕 参见《欧洲理事会规约》第 14 条。

〔92〕 这些不具拘束力。决议与理事会此类一般性工作有关,而建议则与理事会提议应由成员国政府采取的行动有关。

如果法院认定了对公约的违反，该事项将被置于部长委员会的议程并将持续存在于该议程，直到被诉国政府已确认支付第41条下判给的全部公正补偿并且/或者已采取个别措施
360 并且/或者为防止新的类似违反或终结持续性违反而已经采取了一般性措施。[93] 国家提供的有关信息须向公众开放，除非委员会为了保护合法的公共或私人利益决定不这样做。[94]

尽管第十一议定书改革了公约体系，但是困难仍然存在。申诉无情地增长着。[95] 结果，第十四议定书规定一名法官可以决定申请不可受理，三名法官组成委员会可以审理重复出现的、其实质问题符合已确立的案例法的案件。此外，第35条增加了一个可受理性的新要求，即如果申诉人尚未受到重大的不利影响，且就尊重人权而言法院认为对该案实质问题的审理不属必要的话，则可以宣布该案不予受理——如果该事项已受到国内法庭的审理。法官任期修改为九年，且不可连任。[96]

《欧洲社会宪章》[97]

欧洲国家之间巨大的社会和经济差异，连同经济和社会权利的实现经常有赖于经济

---

〔93〕 规则3与规则4。在极少情况下会遇到困难。譬如，法院在Loizidou诉土耳其案中作出的判给申诉人由于被剥夺财产权而获得赔偿的裁决仍待执行：参看 *Jacobs and White*, p. 502. 另见 Interim Committee resolutions DH (2000) 105 and DH (2001) 80。注意，当法院发现国内法律秩序存在系统性缺陷，从而已经或者可能会引致大量申诉时，法院会要求国家采取适用于属于同一类型的所有人的救济措施：参见 *Broniowski v. Poland*, Judgment of 22 June 2004，另见 V. Colandrea, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures", 7 *Human Rights Law Review*, 2007, p. 396。

〔94〕 规则5。

〔95〕 见上文，第354页。

〔96〕 该议定书于2004年5月30日开放签署。它要求所有缔约国批准方能生效。至今，只有俄罗斯没有批准该议定书。参看 L. Caflisch, "The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond", 6 *Human Rights Law Review*, 2006, p. 403，以及 A. Mowbray, "Faltering Steps on the Path to Reform of the Strasbourg Enforcement System", 7 *Human Rights Law Review*, 2007, p. 609，并注意 Interim and Final Reports of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers in May and November 2006, CM (2006) 88 and CM (2006) 203。

〔97〕 参看 D. J. Harris, *The European Social Charter*, 2nd edn, Charlottesville, 2000, "A Fresh Impetus for the European Charter", 41 ICLQ, 1992, p. 659, and "The System of Supervision of the European Social Charter—Problems and Options for the Future" in *The Futureof European Social Policy* (ed. L. Betten), 2nd edn, Deventer, 1991, p. 1; *25 Years of the European Social Charter* (eds. A. P. C. M. Jaspers and L. Betten), 1988; H. Wiebringhaus, "La Charte Sociale Européenne: 20 Ans Après la Conclusion du Traité", AFDI, 1982, p. 934; O. Kahn-Freund, "The European Social Charter" in *European Law and the Individual* (ed. F. G. Jacobs), London, 1976, and "La Charte Sociale Européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 8 HRJ, 1975, p. 527; F. M. Van Asbeck, "La Charte Sociale Européenne" in *Mélanges Rolin*, Paris, 1964, p. 427, and T. Novitz, "Remedies for Violation of Social Rights Within the Council of Europe" in *The Future of Remedies in Europe* (eds. C. Kilpatrick, T. Novitz and P. Skidmore), London, 2000, p. 230.

资源的事实,使得对这一领域的关注远远落后于公民和政治权利。《宪章》在1961年签署之前的七年谈判就实属必要了。[98] 361

该《宪章》中包含一个对长期目标的声明和一系列限制性更强的权利。它包括了劳工权利和工会权利[99],对儿童、妇女、残疾人以及移徙工人等特定群体的保护[100],社会保障权[101],以及保护家庭。[102] 为了解决欧洲内部的经济不均衡,宪章规定了一个体制,批准时仅要求接受45段中的10段(包括五个"关键条款"[103])。《宪章》[104]由欧洲社会权利委员会负责实施,该委员会由十五名独立专家组成,任期六年,可连任一次。缔约国提交关于《宪章》某些条款的年度报告。从2007年开始,这些条款被分为四个主题类别,每个类别是一次年度审议的主题。[105] 这些报告经委员会审议后,委员会的结论被公开。 362
如果国家不履行委员会的决定,部长委员会将向该国发送一个同等效果的建议书。1995年通过的附加议定书建立了一个集体申诉制度。它规定雇主国际组织以及工会、政府委员会为此目的开列的清单上的其他具有欧洲理事会咨商地位的国际非政府组织以及被诉缔约国管辖的代表性的国内雇主组织和工会,可以提出申诉,主张对《宪章》实施的不满。[106] 缔约国也可发表声明接受其管辖范围内任何其他代表性的、在《宪章》规范的事项方面具有特定职能的国内非政府组织就实施《宪章》的不满对其提起申诉的权利。[107] 此类申诉提交给欧洲社会权利委员会,它将就其可受理性和实质问题作出决定。委员会的决定会转达给有关国家以及部长委员会,最后由部长委员会就该事项作出决议。

---

〔98〕 截至2008年4月,宪章有39个缔约国。

〔99〕 第1—6条、第9—10条。

〔100〕 第7—8条、第15条,第18—19条。

〔101〕 第11—14条。

〔102〕 第16—17条,1988年签订了另一项议定书,增加了四项经济和社会权利,保障不受性别歧视的平等就业机会的权利;工人在企业内的信息和咨询权利;参与决策和改善工作环境;以及老人的社会保护。该议定书于1992年9月4日生效。

〔103〕 由下列七项权利构成:工作权,组织权,集体协商权,社会保障权,社会和医疗救助权,以及家庭获得特殊保护的权利,移民工人及其家庭获得保护和救助的权利:参见第20条。

〔104〕 经1991年都灵议定书修正并于1996年修订。修订后的《宪章》于1999年生效,集合了1961年修正文本和1988年议定书中的权利并增加了新的权利,例如保护免受贫困和社会排斥的权利、居住权、失业保护权以及保护免受职场性骚扰的权利。

〔105〕 这些类别分别是就业、培训和机会均等;健康、社会保障和社会保护;劳工权利;以及儿童、家庭和移民。

〔106〕 第1条。

〔107〕 第2条。

《欧洲防止酷刑、不人道和有辱人格的待遇或处罚的公约》[108]

这一创新性的公约签订于1987年，并于1989年2月1日生效。[109] 该公约的宗旨在
363 于监护被剥夺自由的人，尤其在于防止酷刑或其他对此类人员的虐待。[110] 公约设立了防止酷刑委员会[111]，正如公约描述的，设置一个“积极主动的非司法机制，与现存的欧洲委员会和欧洲人权法院的反应性司法机制并行”。[112] 委员会具有事实调查和报告职能。它有权对羁押场所进行定期的或专门的访问，审查被剥夺自由的人员的待遇情况，以便在必要时，加强对这些人免受酷刑或不人道和有辱人格的待遇或处罚的保护。定期访问是针对所有缔约国的，而专门访问则在委员会认为情势所需的时候展开。[113] 定期访问是预先计划的。[114] 然而，公约真正的创新在于委员会有权在情况所需的时候访问羁押

---

[108] 参看 M. Evans and R. Morgan, *Combating Torture in Europe—The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture*, Strasbourg, 2001; J. Murdoch, "The Work of the Council of Europe's Torture Committee", 5 EJIL, 1994, p. 220; M. Evans and R. Morgan, "The European Torture Committee: Membership Issues", 5 EJIL, 1994, p. 249; A. Cassese, "A New Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture", 83 AJIL, 1989, p. 128, and Cassese, "Une Nouvelle Approche des Droits de l'Homme: La Convention Europeenne pour la Prevention de la Torture", 93 RGDIP, 1989, p. 6; M. Evans and R. Morgan, "The European Convention on the Prevention of Torture: Operational Practice", 41 ICLQ, 1992, p. 590, and C. Jenkins, "An Appraisal of the Role and Work of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", SOAS Working Paper No. 11, 1996.

[109] 欧洲理事会的所有47个成员国都是缔约方。根据第一号议定书，非欧洲理事会的成员国在部长委员会的邀请下可以加入公约，CPT/Inf (93) 17，该议定书于2002年3月生效。

[110] 根据公约建立的委员会将其职能描述为加强“划分可接受的和不能接受的待遇或行为的防疫封锁线”：参见 First General Report, CPT (91) 3, para. 3.

[111] 参见1989年9月19日部长委员会通过的关于选举防止酷刑委员会成员的第 DH (89) 26 号决议。根据公约第2号议定书，委员会成员可以被连选两次(而不是第5条规定的一次)。该议定书于2002年3月生效。

[112] 参见 Fifth General Report, CPT/Inf (95) 10, 1995, p. 3.

[113] 参见第1条和第7条，另见 Rules of Procedure of the Committee, 1989, CPT/Inf (89) 2, 特别是 Rules 29—35. 规则被修订多次，最近一次是1997年3月12日。另见 Seventeenth General Report, 2007, CPT/Inf (2007) 39, p. 14.

[114] 注意2001年进行了17次访问，CPT/Inf (2002) 15，截至2003年1月，共有146次访问，98次定期访问，48次专门访问：参见：www. cpt. coe. int/en/about. htm。2006年8月到2007年7月间，委员会对10个国家进行了定期访问，并对6个国家进行了专门访问：参看 Seventeenth General Report, 2007, CPT/Inf (2007) 39, pp. 20 ff。

场所。[115] 当委员会不在会期,办公署(也就是,委员会的主席和副主席)[116]在紧急情况下代表委员会决定展开这种专门访问。[117] 缔约国同意访问其管辖范围内的任何个人可被公共机构剥夺自由的地方[118],虽然在例外的情况下,有关国家的有权当局可以向委员 364
会陈情,以国防、公共安全、严重混乱、某人的健康状况或者有关某种严重犯罪的紧急讯问正在进行中为理由拒绝在某个时间进行访问或者访问某个地方。[119] 委员会可以与失去自由的人员面谈,并可以与它认为能够提供相关信息的任何人自由交流。[120]

在每次访问之后,委员会制作一份报告转交给有关缔约国。该报告将一直保密[121],除非有关缔约国决定公开。[122] 如果一个国家拒绝合作或者拒绝改进所建议的事项,在给该国机会表明其观点之后,委员会可以以三分之二多数决定发布一个公开声明。[123] 委员会向部长委员会每年提交一份关于其活动的一般报告,并被转交给议会大会加以公开。[124] 委员会在其报告中体现出的思路与人权公约下的委员会和法院的实践的关系尤

---

[115] 大量的专门访问得以进行,如在委员会运作早期访问土耳其和北爱尔兰:参见 Murdoch, "Work of the Council of Europe's Torture Committee", p. 227. 譬如,2001 年,专门访问了阿尔巴尼亚、西班牙、俄罗斯、罗马尼亚、马其顿和土耳其,CPT/Inf (2002) 15,而在 2006 到 2007 年间,则专门访问了希腊、匈牙利、俄罗斯、塞尔维亚(科索沃)、西班牙和土耳其。

[116] 《程序规则》第 10 条规则。

[117] 《程序规则》第 31 条规则。

[118] 第 2 条。

[119] 第 9(1)条。

[120] 第 8 条。

[121] 委员会收集的与访问有关的信息以及它与相关缔约国的磋商也都是保密的,第 11 条(1)款。

[122] 参见 Rules 40—2,大多数报告都与缔约国对其作出的评论一同公布:例如,参看 Report to the Government of Liechtenstein, CPT/Inf (95) 7 and the Interim Report of the Government of Liechtenstein, CPT/Inf (95) 8; Report to the Government of Italy, CPT/Inf (95) 1 and the Response of the Government of Italy, CPT/Inf (95) 2; Report to the Government of the UK, CPT/Inf (94) 17 and the Response of the Government of the UK, CPT/Inf (94) 18; Report to the Government of Greece, CPT/Inf (94) 20 and the Response of the Government of Greece, CPT/Inf (94) 21. 委员会的第五份一般性报告显示,37 次访问报告中的 21 次得到了公布,有理由相信剩余的 16 份中的大多数将很快得到公布,CPT/Inf (95) 10, p. 6. 根据其第 12 份报告(2001 年),129 份访问报告中已经作出的 91 份已经向公众开放。2002 年 2 月 6 日,欧洲理事会部长委员会"鼓励公约的所有缔约方尽早授权公布所有 CPT 访问报告及其回应,"CPT/Inf (2002) 15。另见 CPT/Inf (2007), Appendix 4。

[123] 第 10(2)条,例如,参看关于土耳其警察羁押条件的公开声明,CPT/Inf (93) 1, paras. 21 and 37, 以及关于俄罗斯车臣共和国的情势则引发了 2001 年、2003 年和 2007 年的公开声明:参看 CPT/Inf (2002) 15, Appendix 6 以及 CPT/Inf (2007), Appendix 9。

[124] 第 12 条,这受制于第 11 条的保密规则。注意委员会报告也包括对各国进行一般性指引的一般性实质条款:一般参见 The CPT Standards, CPT/Inf/E (2002) 1.

365 其有趣，似乎表明委员会对有关羁押和虐待的问题采取了一种更为灵活的态度。[125]

《欧洲理事会保护少数民族框架公约》[126]

《欧洲人权公约》仅仅可能因为第 14 条规定了禁止歧视的用语而涉及了少数民族问题。但是，欧洲理事会近些年来，一直在以更为活跃的方式处理少数者问题。欧洲地方和地区政权常设会议第 192 号决议（1988）提出了《欧洲区域性语言或少数民族语言宪章》的文本，而《议会大会第 1134 号关于少数民族权利的建议》（1990）呼吁制定关于此议题的欧洲人权公约议定书或者一个特别公约。[127] 1992 年 6 月 22 日，部长委员会通过了《欧洲区域性语言或少数民族语言宪章》。[128] 这一宪章建议了多种促进使用区域性或少数民族语言的措施，例如，在教育、法庭程序、公共服务、媒体、文化设施、经济和社会生活以及越界交流等领域使用区域或少数民族语言。实施方式是按照部长委员会规定的形式向欧洲理事会秘书长做定期报告。[129] 这种报告由一个专家委员会加以审议[130]，该委员会的组成是每个缔约方一名成员，由有关缔约方提名，任期六年，并可连任。[131] 在缔约国依法设立的机构或协会可提请专家委员会注意该国承担义务的有关事项，在国家报告的基础上，委员会本身需向部长委员会报告。专家委员会的报告应附随有要求缔
366 约方作出的评论，而且也应包含专家委员会向部长委员会提出的建议，以便为后者在有此要求时向一个或多个缔约方提出建议做准备。[132] 秘书长应就宪章的实施制作一份两年一度的详细报告提交给议会大会。[133] 部长委员会可邀请任何非欧洲理事会会员国的国家加入该《宪章》。[134]

1993 年 10 月的维也纳欧洲理事会国家和政府首脑会议决定起草一个关于保护少数民族的法律文件，而维也纳宣言的附件二指示部长委员会既制定一个少数民族的框架

---

[125] 参看 Murdoch, "Work of the Council of Europe's Torture Committee", pp. 238 及其以下。

[126] 一般性参见 P. Thornberry and M. Estebanez, *The Council of Europe and Minorities*, Strasbourg, 1994, and G. Pentasugglia, Minorities in International Law, Strasbourg, 2002.

[127] 另见 Recommendations 1177 (1992) and 1201 (1993).

[128] 该宪章于 1998 年 3 月生效。

[129] 第 15 条。例如，参看德国的报告，MIN-LANG/PR (2000) 1，和英国的报告，MIN-LANG/PR (2002) 5.

[130] 第 16 条。参看关于德国的报告，ECRML (2002) 1.

[131] 第 17 条。

[132] 参看部长委员会向荷兰和德国的建议，RecChL (2001) 1，RecChL (2002) 1.

[133] 第 16 条。参见 2000 年第一份双年度报告，Doc. 8879，和 2002 年第二份，Doc. 9540.

[134] 第 20 条。

公约，也起草一个补充《欧洲人权公约》的文化权利议定书。[135] 1994 年 11 月 10 日，部长委员会通过了《保护少数民族框架公约》，并于 1995 年 2 月 1 日开放签署。[136] 《框架公约》强调了少数民族成员在法律前的平等权利，禁止基于少数民族身份的歧视。《框架公约》缔约方在必要的情况下，承诺采取充分措施促进在所有经济、社会、政治和文化生活领域，属于少数民族的个人和多数成员之间的完全和有效的平等。[137] 缔约方同意创造各种必要条件，推动少数民族成员发展其文化并保存其特性的本质要素，即其宗教、语言、传统和文化遗产。[138] 少数民族成员的个人人权的集体表述应受尊重[139]，而在这些人传统定居或大量聚居的区域，缔约方应努力以尽量创造条件使这些个人可能在与行政 367
当局之间使用少数民族语言。[140] 根据第 15 条，缔约方同意在少数民族定居的区域避免采用改变人口地理分布的措施。

《框架公约》的实施由欧洲理事会部长委员会监督[141]，并得到一个咨询性的专家委员会的协助[142]，其基础是缔约方的定期报告。[143] 1997 年部长委员会制定了监督规则[144]，咨询委员会也于 1998 年六月开始运作。委员会审议国家报告[145]，欧洲理事会在收到这种报告时就将其公开，并准备一份关于该缔约方采取的措施的意见书。[146] 委员会可以从缔约方或其他来源要求更多信息，包括个人和非政府组织，但是不能处理个人申诉。它可以与政府召开会议，且在政府要求时必须召开这种会议，也可在一国访问时，

---

[135] 参见 14 HRLI, 1993, pp. 373 ff. 另见 the Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1995. 一个保护国内少数者的专门委员会（CAHMIN）被建立起来。1996 年 1 月，它决定中止委员会起草一项新议定书的工作：参见 CAHMIN (95) 22 Addendum, 1996.

[136] 公约于 1998 年 2 月 1 日生效。

[137] 第 4 条。

[138] 第 5 条。缔约方还同意避免同化违背属于国内少数者意志的政策和实践。

[139] 譬如和平集会的自由，结社自由，表达和思想自由，良心和信仰的自由，第 7 条。另见第 8 条和第 9 条。

[140] 经请求并且该请求符合真正的需要，第 10 条（2）款。类似地，关于以少数民族语言显示传统的地方名称，街道名称以及向公众展示的其他地形指示，第 11 条（3）款，以及关于被教授该少数民族语言或获得以该语言进行的教育的充分机会，第 14 条（2）款。

[141] 第 24 条。非欧洲理事会的成员国应当根据将予确定的方式参与实施机制。相应地，南联盟于 2001 年 5 月 11 日成为公约缔约国，其第一份报告于 2002 年 9 月 1 日到期。

[142] 第 26 条。

[143] 第 25 条。第一份报告于 1999 年 2 月 1 日到期。

[144] Resolution (97) 10 并参见 H(1998)005 rev. 11.

[145] 这些报告的指导原则由委员会颁布：参看 ACFC/INF(2003)001 以及 ACFC/INF(1998)001.

[146] 2003 年 1 月发表的意见书的列表，参见 ACFC(2002)Opinions bil。另见 Collection of Resolutions and Recommendations Referred to by the Advisory Committee in its Opinions, 2007 以及 Activities of the Council of Europe in the Field of the Protection of National Minorities, DH-MIN (2005) 003。

与有关政府之外的其他各方召开会议。在收到咨询委员会的意见后,部长委员会将就缔约方所采取的措施的充分性作出最后决定(被称为结论)。在适当的时候,它也可以通过针对有关缔约方的建议。应将部长委员会的结论和建议在通过时连同缔约方就咨询委员会的意见所作出的任何评论予以公开。作为规则,咨询委员会的意见会与部长委员会的结论一起公开。第一轮监督从 1998 年开始,咨询委员会通过了 34 项意见,部长委员会则通过了 29 个决议。第二轮监督已从 2004 年 2 月开始。

虽然赋予少数者的权利范围明显比联合国各文件所设想的范围大[147],而仅限于"少数民族"而言,其范围是更为狭窄的。框架公约本身没有界定这一术语,因为不存在其意义的共识[148],尽管议会大会通过的第 1201 号建议(1993)和 1255 号建议(1995)重申这一术语意指这样的个人,他们居住于有关国家领土且是其公民;与国家保持着长久的、牢固的以及持续的联系,显示出独特的种族、文化、宗教或语言特性;虽然在数量上比该国人口的其他部分或该国某一区域内的人口为少,但具有充分代表性;并因关心他们一起保存构成其共同特性的事物而受到激励,这些事物包括其文化、传统和语言。将这一含义缩小到作为相关国家公民的少数民族成员,也许是一个需要关注的问题。[149] 保护少数者权利的问题就其本质和范围而言是一个需长期讨论的主题。[150]

欧洲理事会采取了其他方面的人权活动的措施,这些措施与上述问题有某种
369 关联。[151]

---

[147] 见上文,第 293 页。

[148] 参见 Explanatory Report to the Convention,"决定采取务实的方法,其所基于的认识是,在这一阶段不可能达成一个得到欧洲理事会所有成员国普遍支持的定义" H(1995)010, para. 12,欧洲人权法院也提到界定国内少数者的问题:参见 *Gorzelik v. Poland*, Judgment of 20 December 2001, para. 62.

[149] 参看 R. Higgins, "Minority Rights Discrepancies and Divergencies Between the International Covenant and the Council of Europe System" in *Liber Amicorum for Henry Schermers*, The Hague, 1994.

[150] 参看 Parliamentary Assembly Recommendation Rec 1492 (2001) 以及 Advisory Committee 于 2001 年 9 月 14 日作出的回应。

[151] 参看 European Charter of Local Self-Government, 1985; the European Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, 1992; the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities, 1980; the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, 1977 and the European Convention on the Exercise of Children's Rights, 1995.

欧洲联盟[152]

1957 年的罗马条约设立了欧洲经济共同体,而其本身并非一个人权条约。但是,欧洲法院认为共同体法律中包含来自于几种渊源的某些相关的不成文的一般法律原则。[153] 法院在"国际公司"(*Internationale Handelsgesellschaft*)案中[154]指出"尊重基本权利是法院所保护的一般法律原则的构成部分"[155],而在"诺德诉委员会"案(*Nold* v. *Commission*)中[156],法院强调指出不能支持与成员国宪法所认可和保护的基本权利不相符的措施。它还指出成员国参加的或签署的保护人权的国际条约能够提供在共同体法律框架内应予遵循的指导方针。[157] 《欧洲人权公约》显然是主要范例,且被法院多次提及。[158] 实际上,已经提出了考虑共同体本身是否应加入《欧洲人权公约》的问题,但没有形成决议。[159] 370

---

[152] 例如,参看:D. Chalmers and A. Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge, 2007; *European Fundamental Rights and Freedoms* (ed. D. Ehlers), Berlin, 2007; *The European Union and Human Rights* (eds. N. Neuwahl and A. Rosas), Dordrecht, 1995; *The EU and Human Rights* (ed. P. Alston), Oxford, 1999; L. Betten and N. Grief, *EU Law and Human Rights*, London, 1998; S. Weatherill and P. Beaumont, *EU Law*, 3rd edn, London, 1999; T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 6th edn, Oxford, 2007; L. N. Brown and T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, 4th edn, London, 1994, chapter 15; M. Mendelson, "The European Court of Justice and Human Rights", 1 *Yearbook of European Law*, 1981, p. 126, and H. Schermers, "The European Communities Bound by Fundamental Human Rights", 27 *Common Market Law Review*, 1990, p. 249.

[153] 例如,参看:*Stauder* v. *City of Ulm* [1969] ECR 419; *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125; *Nold* v. *EC Commission* [1974] ECR 491; *Kirk* [1984] ECR 2689 and *Johnston* v. *Chief Constable of the RUC* [1986] 3 CMLR 240. 另见:the Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission of 5 April 1979, *Official Journal*, 1977, C103/1; the Joint Declaration Against Racism and Xenophobia, 11 June 1986, *Official Journal*, 1986, C158/1 and the European Parliament's Declaration of Fundamental Rights and Freedoms, 1989, *EC Bulletin*, 4/1989.

[154] [1970] ECR 1125, 1134.

[155] 另见 *Re Accession of the European Community to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* 108 ILR, p. 225 and *Kremzow v. Austria* [1997] ECR 1-2629; 113 ILR, p. 264.

[156] [1974] ECR 491,507.

[157] 参看 *Hauer v. Land Rheinland-Pfaltz* [1979] ECR 3727 and SPUC v. Grogan [1991] ECR I-4685.

[158] 参看 *Rutili* [1975] ECR 1219; *Valsabbia v. Commission* [1980] ECR 907; *Kirk* [1984] ECR 2689; *Dow Chemical Iberica v. Commission* [1989] ECR 3165; *ERT* [1991] ECR I-2925 and *X v. Commission* [1992] ECR II-2195 and 16 HRLJ, 1995, p. 54。另注意 Joint Declaration on Human Rights, 1977,三个欧共体机构藉此承允遵守《欧洲人权公约》,OJ 1977 C 103/1。

[159] 参看"Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights", *EC Bulletin*, Suppl. 2/79. 注意欧洲人权法院院长于 2003 年 1 月建议欧盟应当加入公约:参见 www. echr. coe. int/eng/Edocs/SpeechWildhaber. htm.

1992 年《欧洲联盟条约》(《马斯特里赫特条约》)修订了罗马条约并成立了欧洲联盟,它是在各欧洲共同体的基础上建立的,并被 1992 年条约设定的政策与合作方式所补充。第一编第 F(2)条指出联盟"应尊重基本权利",这些权利为《欧洲人权公约》所确保,并来自于共同的宪法传统,"是共同体法律的一般原则"。根据第六编 K.1 条,成员国同意庇护、移民、麻醉药品、欺诈、民事和刑事司法协助、海关合作以及某些形式的警务合作将被当作"共同利益事项",根据 K.2 条,这些事项将根据《欧洲人权公约》和 1951 年关于难民地位的公约来处理。第五编关于共同外交和安全政策的条款也可能影响到人权,例如,在这一框架内,欧盟向卢旺达派遣了自己的人权观察员。[160] 从上世纪 90 年代初开始,欧盟开始在其贸易和援助政策中加入关于人权的考虑,正式体现于第 177 条第 2 款,从上世纪 90 年代中开始,所有贸易与合作协议都包括了尊重人权的条款。[161]

1999 年 5 月 1 日生效的阿姆斯特丹条约为《欧洲联盟条约》增加了一个新的第 6
371 条,该条规定欧盟"建立于自由、民主、尊重人权和基本自由以及法治的原则,它们是成员国的共有原则"并规定欧盟"应尊重《欧洲人权公约》所保障的基本权利"。[162] 以"严重并一贯"的方式违反这些原则的成员国将面临的风险是,被中止某些因适用欧盟条约而产生的权利。[163] 此外,要加入欧盟,候选国必须尊重这些原则。[164] 2000 年 12 月欧盟通过了《基本权利宪章》。例如,这一文件指明了所有人在法律面前一律平等的原则[165],禁止基于任何理由的歧视[166],规定了诸多劳工权利和公民权利,要求欧盟保护文化、宗教以及语言多样性等。这一宪章的法律地位如何[167]以及它与斯特拉斯堡体系之间的关系

---

〔160〕 参见 J. Van Der Kaauw, "European Union", 13 NQHR, 1995, p.173. 但是,注意,欧洲法院在其 2/94 号意见中认为欧共体没有加入《欧洲人权公约》的资格,因为它并没有任何一般性的人权职能,[1996] ECR I-1759。

〔161〕 参看 E. Riedel and M. Will, "Human Rights Clauses in External Agreements" in Alston, *The EU and Human Rights*, p.723.

〔162〕 参看欧洲法院在欧洲逮捕令情景中对这些原则的讨论,C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, Judgment of 3 May 2007。参见 A. Hinarejos, "Recent Human Rights Developments in the EU Courts", 7 *Human Rights Law Review*, 2007, p.793.

〔163〕 第 7 条。另见 2001 年《尼斯条约》引入的修订。

〔164〕 第 49 条。另见 1993 年哥本哈根标准,包括保障民主的稳定机构、法治、人权以及对少数者的保护,*EC Bulletin* 6-1993, I.13。

〔165〕 第 20 条。

〔166〕 第 21 条。

〔167〕 注意英国官方认为这是一项政治性声明而不具有法律拘束力,365 HC Deb., col. 614W, 27 March 2001; UKMIL, 72 BYIL, 2001, p.564.

如何是未决的问题。[168] 但是,欧洲法院的总检察官曾频繁地指出,《宪章》构成欧盟内的共享价值体系的一部分[169],法院的初审法庭也持此见[170],最近,欧洲法院也表明了这一认识。[171] 此外,2007 年的里斯本条约(至今尚未生效)(2009 年 12 月 1 日,《里斯本条约》正式生效——译者注)规定应修改第六条以使《宪章》具有法律拘束力[172],从而为欧 372
盟加入《欧洲人权公约》铺平道路。

在更普遍的意义上,欧盟在其活动中多多少少都寻求尊重国际上界定的人权。[173] 例如,在与第三国的合作协议中加入关于人权的条款现在似乎已是正式的政策,它包含一个条款,当有关协议的实质要素——包括尊重人权——被违反的时候,则中止该协议。[174] 欧洲议会在审议人权问题方面也表现积极。[175]

OSCE(欧洲安全与合作组织)[176]

它最初命名为“赫尔辛基进程”,更正式地被称为欧洲安全与合作会议,发展自 1975

---

[168] 但是,《宪章》第 52 条(3)款指出与那些已为人权公约表达的任何权利“相当的”权利应当具有同样的含义和范围。

[169] 例如,参看 *BECTU* [2001] ECR I-4881 and *Netherlands v. Parliament and Council* [2001] ECR I-7079。

[170] 例如,参看 *Jego-Quére v. Commission* [2002] ECR II-2365。

[171] 例如,参看 *European Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769 and C-41 1/04 P, *Salzgitter Mannesmann v. Commission*, Judgment of 25 January 2007.

[172] 虽然条约的一个议定书规定《宪章》没有赋予欧洲法院认定英国和波兰的法律或实践与《宪章》不符的权力,《宪章》并没有创设任何适用于这些国家的正当权利,并规定《宪章》中提及国内法律和实践的条款仅在《宪章》中的权利或原则被英国和波兰的法律和实践所认可的范围内适用于这些国家。

[173] 例如,参看 Commission Report on the Implementation of Actions to Promote Human Rights and Democracy, 1994, COM 9(5) 191, 1995.

[174] 例如,参看 13 NQHR, 1995, pp. 276 and 460.

[175] 例如,参看 Annual Reports of the Parliament on Respect for Human Rights in the European Community, www.europarl.europa.eu/comparl/afet/droi/annual reports.htm.

[176] 例如,参看 A. Bloed, “Monitoring the CSCE Human Dimension: In Search of its Effectiveness” in *Monitoring Human Rights in Europe* (eds. Bloed *et al.*), Dordrecht, 1993, p. 45; *The CSCE* (ed. A. Bloed), Dordrecht, 1993; *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord* (ed. T. Buergenthal), Montclair, NJ, 1977; J. Maresca, *To Helsinki—The CSCE 1973—75*, Durham, 1987; T. Buergenthal, “The Helsinki Process: Birth of a Human Rights System” in *Human Rights in the World Community* (eds. R. Claude and B. Weston), 2nd edn, Philadelphia, 1992, p. 256; *Essays on Human Rights in the Helsinki Process* (eds. A. Bloed and P. Van Dijk), Dordrecht, 1985; A. Bloed and P. Van Dijk, *The Human Dimension of the Helsinki Process*, Dordrecht, 1991; D. McGoldrick, “Human Rights Developments in the Helsinki Process”, 39 ICLQ, 1990, p. 923, and McGoldrick, “The Development of the Conference on Security and Co-operation in Europe—From Process to Institution” in *Legal Visions of the New Europe* (eds. B. S. Jackson and D. McGoldrick), London, 1993, p. 135. 另见定期在网站上发布的欧洲安全与合作组织手册:http://www.osce.org/publlcatlons/handbook/files/handbook.pdf.

年8月1日由当时的35个参加国代表签署的《赫尔辛基最后文件》。[177] 最后文件[178]主
373 要处理国际安全和国家关系的问题，这被视为战后最终接受的欧洲领土的解决办法。在西方观念中，最后文件是一个政治声明，因此不能视为拘束性的条约。尽管如此，最后文件对欧洲发展的影响却远远超过了大部分有法律拘束力的条约。

最后文件在“一揽子计划一”中列出了处理参加国之间关系的基本原则，其中的第七项原则就是“尊重人权和基本自由，包括思想、良心、宗教和信仰自由”。“一揽子计划三”处理在人道和其他领域的合作，涵盖了家庭团聚、信息的自由流动以及文化和教育合作。[179]

1989年1月在维也纳的第三次“跟进”会议上，有关人权的巨大进步发生了，这主要是由于当时苏联和东欧国家的态度的变化[180]，尤其是关于详细条款的范围以及对具体权利和义务的认可。标题为“有关欧洲安全的问题”的部分包含一个原则分节，其中除其他外，缔约方确认了他们对人权的尊重以及保证其有效落实的决心。第13到27段包含了一个详细而具体的须予尊重的人权原则的清单，包括从正当程序权利到平等、非歧视以及宗教团体的权利，从少数者权利到难民权利。国家同意尊重其公民单独或集体地积极致力于促进和保护人权的条款，是一个具有重大实践意义的重要创新，同样，国家将尊重个人遵守和促进欧安会议各条款的实施的权利，也是一个重要创新。

标题为“人道和其他领域的合作”的部分包括一个关于“人类联系”的重要分节，其中重申了离开和回归自己国家的权利。它决定所有突出的人与人之间联系申请应在六个月内决议，并应在此后进行一系列的定期审查。家庭团聚问题应在尽量短的时间内加
374 以处理，且通常情况下应在一个月内解决。各方承诺公布所有关于在其领土上人员流动以及国家间旅行的法律和成文规章，这个问题引起了很多争议，但宗教成员在本国和其他国家通过旅行和参加宗教活动等方式相互建立和保持联系的权利得以明确宣布。[181]

作为一个进一步的重大发展，维也纳结论性文件包含了一个标题为“欧安会议的人的维度”的部分，其中规定了一些实施措施。参加国决议交换情报，响应情报要求以及其他国家作出的有关欧安会议人的维度的问题陈情。应其他参与国要求，应召开双边会议审议这些问题，同时这些问题也可以经由外交途径或者未来的“跟进”会议或人的维度

---

〔177〕 即所有西欧和东欧国家，除了阿尔巴尼亚，再加上美国和加拿大。

〔178〕 关于约文，参看14 ILM, 1975, p. 1292.

〔179〕 “一揽子计划二”涵盖了经济、科学、技术和环境领域的合作。

〔180〕 参见最后文件文本，10 HRLJ, 1989, p. 270.

〔181〕 第18段和第32段。

会议而提请其他参加国注意。这一程序是保密的。[182]

1990 年哥本哈根会议的结论性文件是这一发展进程中的另一关键阶段。[183] 参加国声明支持法治原则、自由公正选举的原则、民主、多元化以及正当程序权利等原则。第一章的第一段强调,保护和促进人权是政府的基本宗旨之一。并宣布了一系列明确的权利,包括表达自由、集会、结社自由、思想、良心和宗教自由、离开和回归其国家的权利、获得法律援助的权利、儿童权利、少数民族权利、禁止酷刑等。维也纳人的维度机制受到时间限制。 375

1990 年国家和政府首脑峰会通过的《巴黎宪章》[184] 呼吁更为经常化的部长级或高官级别的磋商,这标志着该进程机构化的重要阶段:建立了外交部长理事会、高级官员委员会和一个秘书处。人权、民主和法治分节包含一个人权列单,包括有效救济权利、充分尊重构建"新欧洲"的"根基"。1991 年的莫斯科人的维度会议[185] 将人的维度机制描述为欧安会议进程的一个实质成就,并得以加强。在哥本哈根规定的时限被缩短[186] 并欲设立一个专家资源名单[187],每个参加国可以指派三名专家以使欲设立的欧安会议代表团协助要求此类帮助的国家,推动某个具体问题或与欧安会议人的维度有关的问题的解决。专家代表团的观察报告,连同有关国家的评论将在观察报告提交给相关国家的三个星期内被转达给欧安会议参加国,并可由高级官员委员会加以审议,并考虑后续措施。[188]

---

[182] 这一机制在 1989 年至 1992 年间被使用了 100 余次:参见 Bloed and Van Dijk, *Human Dimension*, p. 79, and McGoldrick, "Development of the CSCE", p. 139,另见 H. Tretter, "Human Rights in the Concluding Document of the Vienna Follow-up Meeting of the Conference on Security and Co-operation in Europe of January 15, 1989", 10 HRLJ, 1989, p. 257; R. Brett, *The Development of the Human Dimension Machinery*, Essex University, 1992, and A. Bloed and P. Van Dijk, "Supervisory Mechanisms for the Human Dimension of the CSCE: Its Setting-up in Vienna, its Present Functioning and its Possible Development towards a General Procedure for the Peaceful Settlement of Disputes" in Bloed and Van Dijk, *Human Dimension*, p. 74.

[183] 参见 8 NQHR, p. 302 与 Cm 1324 (1990).

[184] 参见 30 ILM, 1991, p. 190.

[185] 参见 30 ILM, 1991, p. 1670 与 Cm 1771 (1991).

[186] 因此,比如,针对提供信息的要求的书面回应应当于 10 日内作出,双边会议作为规则应当自要求提出之日起一周内进行,第 I 条(1)款。

[187] 欧安会部长委员会随后决定民主机构和人权办公处(以前的自由选举办公处)将会是建立资源名单的适当机构。

[188] 目前已经在很多地方使用了各种使团,譬如,在纳戈尔诺—卡拉巴赫、格鲁吉亚、车臣、摩尔多瓦和克罗地亚。一般性参看 *OSCE Handbook*, Vienna, 2007.

到 1992 年赫尔辛基会议时，欧洲安全与合作会议参加国数目已增加为 52 个[189]，欧洲的政治气候在东欧民主制度建立、苏联瓦解以及南斯拉夫和东欧的紧张状态上升之后也发生了巨大变化。参加国强烈重申人文因素是所有参加国紧要和合法的关注事项，不
376 专属于有关国家的内部事务，而对这些义务的严重违反将形成对稳定的特殊威胁。人权与国际安全的这一联系将在以后不断加强。赫尔辛基宣称欧安会议为《联合国宪章》第八章意义上的一个地区安排。[190] 设立少数民族高级专员一职是为了在少数民族问题的紧张情势下提供早期预警和适时的早期行动，而这些情势有可能发展为欧安会议地区内的冲突，从而影响和平、稳定或者参加国之间的关系。[191] 高级专员也有权秘密地收集有关情报以及开展访问。当高级专员认为初步存在此类情势的潜在冲突时，它将发布早期警报，这将被欧安会议主席立即转达给高级官员委员会。高级专员可就少数民族待遇问题向参加国提出建议。[192] 此外，它也就罗姆人（吉普赛人——译者注）[193] 和其他事项作出了很多一般性建议。[194]

就人的维度机制来看，会议决定允许任何参加国提供成为信息需求的情势和案件的
377 信息，会议还决定在没有召开审议会议的年度里，应组织一次三个星期的参加国专家级别的会议以审议欧安会人的维度义务实施的情况。此外，还规定民主机构和人权办公处将开始组织人的维度研讨会。[195]

这一进程中的另一个重要步骤发生于 1994 年末的布达佩斯。[196] 欧安会认识到近年

---

[189] 目前有 56 个参加国。注意 2005 年由杰出人物小组制作的题为“Common Purposes: Towards a More Effective OSCE”的报告以及 2006 年通过的 OSCE 程序规则：参见 *OSCE Handbook*。

[190] 见下文，第 1273 页。

[191] 参见 Section II of the Helsinki Decisions. 注意高级专员处理情势而非个人申诉。另见 *Quiet Diplomacy in Action: The OSCE High Commissioner on National Minorities* (ed. W. A. Kemp), The Hague, 2001; K. Drzewicki, “The OSCE High Commissioner on National Minorities—Confronting Traditional and Emerging Challenges” in *OSCE and Minorities. Assessment and Priorities* (ed. S. Parzymies), Warsaw, 2007, and J. Packer, “The OSCE High Commissioner on National Minorities: Pyrometer, Prophylactic, Pyrosvestis” in *Minorities, Peoples and Self-Determination* (eds. N. Ghanea and A. Xanthaki), Leiden, 2005, p. 249.

[192] 一般性参看 www. osce. org/hcnm/documents. html.

[193] 参见 www. osce. org/documents/hcnm/2000/03/241 en. pdf.

[194] 参看 Hague Recommendation on Education Rights of National Minorities, 1996; the Oslo Recommendations on Linguistic Rights of National Minorities, 1998 and the Lund Recommendations on Effective Participation of National Minorities in Public Life, 1999 the Guidelines on the Use of Minority Languages in the Broadcast Media, 2003, and the Recommendations on Policing in Multi-Ethnic Societies, 2006：参见 www. osce. org/hcnm/documents. html.

[195] 《赫尔辛基决议》第 6 条以及 http://www. osce. org/odihr/.

[196] 参见 5 HRLJ, 1994, p. 449.

来发展中的制度性变化，更名为 OSCE（欧洲安全与合作组织）并在安全和冲突解决方面采取了很多步骤。会议强调，人权、法治和民主机构对冲突预防至为重要，而保护人权是一个“民主的市民社会的本质基础”[197]，并决定人的维度问题由常设理事会定期处理[198]，与之合作的是作为人的维度主要机构的民主机构和人权办公处（设在华沙），对组织提供咨询和强化的选举监督和派遣代表团的作用。[199] 它鼓励国家使用人的维度机制（现称为莫斯科机制）并鼓励主席向常设理事会报告不遵守人的维度义务的严重案件。此外，1997 年，欧安会任命了媒体自由代表并于 2004 年增加了其职能以包括打击滥用仇恨言论管制来消除合法的异议和新异主张的做法。[200] 因此，赫尔辛基进程多年来已经一步一步地转型为一个具有反映和规定人权实施的特殊利益的制度架构。[201] 欧安组织也成立了很多使团以帮助缓和争端[202]，并在 1992 年通过了《开放天空条约》和《欧安组织内和解与仲裁公约》。虽然与欧洲理事会体系存在一些重叠，但大多数参加国现在都是欧洲理事会会员国这一事实消除了不同人权体系所固有的多数严重危险。尽管如此，由于欧洲理事会体系发展超越了严格意义上的法律实施阶段，而欧安组织也在发展和加强其机构体系，某些重叠是不可避免的。但是，一般来看，欧安组织体系仍然是基于政治并表现于政治的，而欧洲理事会体系的本质则持续集中于法律问题。 378

《独立国家联合体人权和基本自由公约》[203]

联结前苏联各加盟共和国（波罗的海国家除外）的独立国家联合体于 1995 年 5 月通过了一个人权公约。这一公约下包含了一个标准的权利范围，从生命权、自由与人身安全、司法体系前的平等、尊重私人和家庭生活，到宗教自由、表达自由、集会自由和婚姻

---

〔197〕 《布达佩斯决议》第 8 条。

〔198〕 这一机构负责欧洲安全与合作组织的日常运作，其成员作为各成员国的常设代表每周举行会议。设在维也纳。

〔199〕 注意民主体制与人权办公室（ODIHR）内部的监督部门分析参加国的人权发展和遵守人的维度承诺的情况，并提醒轮值主席注意严重的人权恶化情况。

〔200〕 参见 *OSCE Handbook*, p. 34 以及 Sofia Decision 12, para. 16, 2004.

〔201〕 1998 年建立了欧洲安全与合作组织防止酷刑问题顾问组：参见 the Final Report of the Supplementary Human Dimension Meeting on Human Rights and Inhuman Treatment and Punishment 2000, www. osce. org/documents/odihr/2000/03/1787 en. pdf, 2000 年改组建立了宗教或信仰自由问题专家顾问组。注意，作为 1995 年波斯尼亚代顿和平协议的结果，同意欧洲安全与合作组织监督在该国进行的选举，密切监视波斯尼亚境内的人权状况，并任命一位国际人权督察员：参见 MC (5) Dec/1, 1995. 欧洲安全与合作组织在科索沃也发挥了作用：参见 *SCE Handbook*, p. 46。

〔202〕 参见 *SCE Handbook*, p. 46，也许尤其重要的是关于纳戈尔诺—卡拉巴赫冲突的明斯克进程，同上，p. 76。

〔203〕 参见 H/INF (95) 3, pp. 195 及其以下。另见 17 HRLI, 1996 中关于独联体和人权的文章。

权。它既包括工作权(第 14 条),也包括社会保障权、教育权以及儿童获得特殊保护措施的权利(第 17 条)。属于少数民族的个人表达和发展其种族、语言、宗教和文化特质的权利受到了保护(第 21 条),同时每个人都有权参与公共事务,包括选举(第 29 条)。公约的实施由独立国家联合体人权委员会监督(第 34 条)。根据 1993 年 9 月通过的《人
379 权委员会规章》第二部分,缔约国可向其他缔约国提出公约范围内的人权事项,如果在六个月内没有收到满意答复,则该事项可提交给委员会,但必须用尽国内救济措施。根据规章第三部分,委员会可以审议任何个人或非政府组织提交的个人和集体申诉。公约在第三个国家批准时的 1998 年 8 月 11 日生效。

关注到这一公约下的保护水平(尤其是,委员会成员是由成员国任命的代表,而委员会通过建议方式实施该文件)及其与欧洲理事会人权体系共存的问题,欧洲理事会议会大会在 2001 年通过了一个决议,呼吁同属独联体的会员国或申请国不要签署或者批准该独立国家联合体公约。此外,它也建议那些已经签署或批准的国家应该发布一个有法律拘束力的声明,表明《欧洲人权公约》程序不可被独联体公约程序所替代或削弱。[204]

波斯尼亚和黑塞哥维那人权分庭

该分庭根据 1995 年代顿和平协议附件六而成立。[205] 它由 14 名成员组成,其中 8 名(非波斯尼亚或任何邻国之公民)由欧洲理事会部长委员会任命。[206] 该分庭审议宣称的或明显对《欧洲人权公约》中规定的人权的侵犯,以及宣称的或明显地基于任何理由的歧视。所有个人或群体都可提出申诉,包括经由监察官提交,称自己是人权侵害受害者
380 或代表已经死亡或失踪的受害者。[207] 它有着一些与国际人权机构相似的受理要求,包括用尽有效救济以及在最终决定之日起 6 个月内提交申诉。分庭通常以 7 人制法庭的方式开庭[208],其中 4 人不能是波斯尼亚或任何邻国的公民。在这种情况下,其裁决可由全分庭加以审议。[209] 当申诉提出了有关代顿协议或该申诉中提及的任何其他国际协议的解释的严重问题时,或者需要毫不迟延地作出一个最后决定时,或者存在其他任何合

---

[204] 第 1249 (2001)号决议。另见第 1519 (2001)号建议,称求助于独联体委员会不得被认为是《欧洲公约》第 35 条(2)款 b 项中的另一个国际解决程序。

[205] 作为人权委员会的组成部分,另外的组成部分是督察员:参见代顿协议附件 6 第 2 条。

[206] 参见决议(93)6 号和(96)8 号。应当注意,在当时,波斯尼亚尚不是欧洲理事会的成员。

[207] 第 8 条。

[208] 根据 1998 年和 2001 年修订的 1996 年程序规则第 26 条建立的两个专家组。

[209] 第 10 条。

理的理由时[210]，庭长可以向分庭提交任何尚未安排给某个专家组的申诉。其裁决是终裁，且有拘束力。[211] 该法院的工作一直在稳定地增长中，以有关住房问题[212]和财产权利[213]为主。[214] 根据《依据2003年代顿协议附件六第十四条订立之协议》，人权分庭的任期在2003年12月31日终止。该协议设立了一个五人组成的人权委员会，2004年内在波斯尼亚和黑塞哥维那宪法法院的框架内运作。2004年1月1日之后，涉及侵犯人权的新案件则由宪法法院审理。 381

《美洲人权公约》[215]

《美洲人权公约》于1978年生效，包含一系列须由缔约国保护的权利。[216] 这些权利

---

[210] 《规则》第29条。

[211] 第11条。分庭也可以作出临时措施的指令：参见第10条。这些指令特别产生于与住宅有关的涉及受威胁被逐出的案件：参见 Annual Report 2000, p. 6。

[212] 譬如，难民寻求在其逃离并为他人所居住的地方重新占有财产的问题。例如，参看 *Basic et al. v. Republika Srpska*, Cases Nos. CH/98/752 *et al.*, *Decisions of the Human Rights Chamber August-December 1999*, 2000, pp. 149 及其以下。

[213] 比如，限制从银行账户提取外币的问题，参看 *Poropat v. Bosnia*, Cases Nos. CH/97/42, 52, 105 and 108，以及南斯拉夫军队养老金问题，*Šećerbegović* v. *Bosnia*, Cases Nos. CH/98/706, 740 and 776，但特别注意 *Boudellaa et al. v. Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina* 案，2002年10月11日的判决书，在涉及驱逐具有阿尔及利亚血统的波斯尼亚公民、他们被美国指控犯有恐怖主义罪行而受监禁的案件中，法院裁定被诉国违反了相关人权规定。

[214] 1996年收到了31份申诉；1997年83份；2000年3226份。截至2000年底，共有注册申诉6675份，共作出了669份不同的裁决，参见 *Annual Report* 2000, p. 3.

[215] 一般性参见 J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003; H. J. Steiner, P. Alston and R. Goodman, *International Human Rights in Context*, 3rd edn, Oxford, 2008, pp. 1020 ff.; *The Inter-American System of Human Rights* (eds. D. J. Harris and S. Livingstone), Oxford, 1998; T. Buergenthal and D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, 4th edn, Strasbourg, 1995; D. Shelton, "The Inter-American Human Rights System" in *Guide to International Human Rights Practice* (ed. H. Hannum), 4th edn, Ardsley, 2004, p. 127, and T. Buergenthal and R. Norris, *The Inter-American System*, Dobbs Ferry, 5 vols., 1983—4. See also J. Rehman, *International Human Rights Law*, London, 2003, chapter 8; A. H. Robertson and J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, 4th edn, London, 1996, chapter 6; S. Davidson, *The Inter-American Court of Human Rights*, Aldershot, 1992; S. Davidson, "Remedies for Violations of the American Convention on Human Rights", 44 ICLQ, 1995, p. 405, and C. Grossman, "Proposals to Strengthen the Inter-American System of Protection of Human Rights", 32 German YIL, 1990, p. 264.

[216] 目前公约有24个缔约国：参见 *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2006*, Washington, 2007。

基本是欧洲公约所保护的那些权利，但存在一些有趣的区别。[217] 例如，第 4 条下的生命权一般被认为开始于受精[218]，而禁止酷刑和不人道或有辱人格的待遇得到了更全面的阐述，且在个人身体、精神和道德完整性权利的语境中得以尊重（第 5 条）。另外，美洲公约第 18 和 19 条保护姓名权以及儿童的特定权利，第 23 条规定了参与公共事务的一般性权利，而第 26 条规定了渐进实现 1948 年制定，1967 年由《布宜诺斯艾利斯议定书》加以修订的《美洲国家组织宪章》中的经济、社会和文化权利。[219]

美洲人权委员会设立于 1959 年，1960 年美洲国家组织理事会批准了它的第一个规
382 约。1971 年，它被认可为美洲国家组织的主要机关之一。[220] 根据其最初的规约，它具有促进美洲人权意识和人权研究以及向成员国作出建议的广泛权力。1965 年，规约得以修订，委员会的权力扩大到包括审议个人申诉等。随着 1969 年公约在 1978 年生效，委员会的地位再次得到加强。委员会对美洲国家组织所有成员国都具有权力，而不仅是批准公约的国家，其规约强调受保护的人权既包括公约中列举的权利也包括《美洲人的权利和义务宣言》中的权利。[221] 《公约》第 44 条规定任何个人或群体或任何在一个或多个美洲国家组织成员国内合法认可的非政府实体都可向委员会提出控告某一缔约国违反公约的申诉。[222] 与第十一议定书改革前的欧洲公约相反，这个权利是自动的，而国家间申诉的权利，再次与欧洲公约相反，根据第 45 条受制于承认委员会此权限的事先声明。第 46、47 条中的受理要求与欧洲公约十分相似，第 48 条规定的程序以及在友好解决达成的情况下拟定报告的规定也都相似。[223] 委员会处理了个人申诉程序中的很多问题。例如，在 1994 年，仅有不到 300 个案件待决，而 1995 年早期，处理中的案件总数则是 641 个。[224] 2006 年则收到 1325 件申诉。[225]

---

[217] 参看 J. Frowein, "The European and the American Conventions on Human Rights-A Comparison", 1 HRLJ, 1980, p. 44. 还可以参见 1948 年《美洲人的权利和义务宣言》。

[218] 参看 10 DR, 1977, p. 100.

[219] 《美洲国家组织宪章》也经 1985 年《卡塔赫纳议定书》、1992 年《华盛顿议定书》和 1993 年《马那瓜议定书》所修订。

[220] 参看 C. Medina, "The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture", 12 HRQ, 1990, p. 439.

[221] 一般性参见 *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, Washington, 1992. 委员会审理申诉的权限与公约中缔约国的权利有关，也与《美洲人的权利和义务宣言》中非公约缔约国的国家权利有关。

[222] 注意这比《欧洲人权公约》中相对应的第 34 条要广泛地多，后者要求申诉人须为受害者。

[223] 第 49—51 条。美洲国家组织秘书长发挥着《欧洲人权公约》赋予部长委员会的作用。

[224] 参见 *Annual Report 1994*, p. 39.

[225] *Annual Report 2006*, chapter III.

委员会享有通过报告、研究、讲座等方法公开人权事项的广泛权能。它还可以建议国家采取有利于人权的渐进措施，在有关国家同意下进行实地调查。[226] 它在人权领域 383
为国家提供普遍的咨询服务并向美洲国家组织大会提交年度报告。该委员会还发表了很多有关特定国家人权问题的报告，如阿根廷、玻利维亚、智利、哥伦比亚、古巴、多米尼加共和国、圣萨尔瓦多、危地马拉、海底、尼加拉瓜、巴拉圭、苏里南和乌拉圭。[227] 委员会还关注某些专题问题，比如失踪、酷刑、难民以及经济和社会权利。[228] 委员会还任命了特别报告员，例如关于土著人民权利的报告员、妇女权利和儿童权利的报告员等。[229] 美洲人权法院曾指出委员会也有权决定缔约国的任何国内法律是否违反了因批准或加入公约而承担的义务[230]，而委员会从而可建议国家废除或修订违反公约的法律。为使委员会能够这么做，该法律可以任何方式得到其注意，无论它在委员会前是否被用于任何具体案件。[231] 例如，委员会据此对藐视法（*leyes de desacato*）做了彻底研究，认为其中很多不符合国际人权标准。委员会建议存在这种法律的美洲国家组织的所有成员国将其废除或修订以使它们符合国际文件以及那些文件下的义务，从而使其法律与人权条约相 384
协调。[232]

1985 年，美洲国家组织大会通过了《美洲国家间防止和惩治酷刑公约》[233]，而在

---

[226] 比如，1994 年，涉及危地马拉、海地、巴哈马群岛、厄瓜多尔和牙买加；参见 *Annual Report 1994*, pp. 21 ff.，2006 年则实地访问了海地、哥伦比亚、玻利维亚、多米尼加共和国、巴西、阿根廷以及秘鲁，*Annual Report 2006*, chapter II C, paras. 34 及其以下。

[227] 参见 *Annual Report 1994*, chapter IV，关于哥伦比亚、古巴、萨尔瓦多和危地马拉，以及 *Annual Report 2006*, chapter IV，关于哥伦比亚、古巴、海地和委内瑞拉。

[228] 参看 *Annual Report 1992—3*, pp. 539 ff. 另参看 AG/Res. 443, 1979, AG/Res. 666, 1983, AG/Res. 547, 1981, AG/Res. 624, 1982 and AG/Res. 644, 1983 (torture). 在 2000 年年度报告中，委员会报告了移徙工人并针对庇护和国际犯罪，以及改进和保护精神疾病患者提出了建议，第 6 章。

[229] *Annual Report 2006*, chapter II D, paras. 49 ff，关于表达自由的特别报告员，参见 *Annual Report 2006*, vol. II.

[230] *Some Powers of the Inter-American Commission on Human Rights*, Advisory Opinion OC-13/93 of 16 July 1993, Series A, No. 13, para. 26.

[231] *International Responsibility for Issuing and Applying Laws in Violation of the Convention*, Advisory Opinion OC-14/94 of 9 December 1994, Series A, No. 14, para. 39.

[232] *Annual Report* 1994, pp. 199 及其以下。

[233] 该公约于 1987 年 2 月生效。根据公约，缔约国同意向美洲国家间委员会报告其为适用公约所采取的措施，委员会“将尽力在其年度报告中分析美洲国家组织的成员国内在防止和消除酷刑方面的现状”，第 17 条。

1988 年签订了一个《经济、社会和文化权利附加议定书》。[234] 根据该议定书的第 19 条，缔约国同意提交关于为确保尊重公约所载权利所采取的渐进措施的定期报告。这种报告将提交给美洲国家组织的秘书长，他将把它们转交给美洲国家间经济和社会理事会以及美洲国家间教育、科学和文化理事会，并发送副本给美洲人权委员会以及美洲体系内的各专门机构。缔约国如果侵犯组织和参加工会的权利（第 8 条 a 款）和教育权利（第 13 条）会导致适用《美洲人权公约》下的个人或国家间申诉制度。

1990 年 6 月 8 日通过了《废除死刑议定书》[235]，而 1994 年 6 月 9 日通过了《强迫人员失踪公约》。[236] 根据该公约第 13 条，缔约国同意对于处理提交给美洲委员会的诉称强迫人员失踪的申诉和来文，应适用《美洲人权公约》、委员会《规约》和《规章》以及法院

385 《规约》和《规则》之下设立的程序。并特别指出了防范措施。[237] 根据第 14 条，当委员会收到控诉强迫失踪的申诉或来文时，其行政秘书处应立即并秘密地知会各个政府并要求该政府尽快提供关于失踪人员下落的情报。美洲国家组织还在 1994 年制定了《美洲国家间防止、惩治和消除针对妇女暴力的公约》，并于第二年 3 月生效。第 10 条规定缔约国须在其向美洲妇女委员会提交的国家报告中包含在这一领域所采取的措施的信息，而根据第 11 条，缔约国和妇女委员会都可以要求美洲国家间法院对该公约的解释发表咨询意见。第 12 条规定了一个程序，据此任何个人、群体或任何在一个或多个美洲国家组织成员国内合法认可的非政府实体都可向美洲人权委员会提出申诉，控告某一成员国违反公约第 7 条下的义务的行为，该条规定缔约国有义务毫不迟延地通过所有适当的方

---

[234] 该议定书于 1999 年 11 月生效。需要 11 个成员国，该附加议定书才能生效。另见 L. Le Blanc, "The Economic, Social and Cultural Rights Protocol to the American Convention and its Background", 10 NQHR, 1992, 130.

[235] 该议定书于第二年生效。它目前有八个缔约国。参看 C. Cerna, "US Death Penalty Tested Before the Inter-American Commission on Human Rights", 10 NQHR, 1992, p. 155.

[236] 该公约于 1996 年 3 月生效。

[237] 公约第 63 条(2)款规定，在极其严重和紧急的情况下，并且是避免对个人造成不可挽回的损失所必需，法院应当采取其认为与其正在审议事项有关的临时措施。对于尚未提交给法院的案件，法院可以在委员会的请求下这么做。委员会规约第 19 条(c)款规定，委员会有权请求法院采取此种措施，如果它认为在尚未向法院提交审议但严重并紧急的案件中这样做是适当的，并且是避免对个人造成不可挽回的损失所必需。根据委员会规章第 29 条，委员会可以主动或者应当事方请求，采取它认为履行其职责所必要的任何行动。特别是，在紧急案件中，如果该案中被控事实属实，且是避免对个人造成不可挽回的损失所必需，委员会可以要求采取临时措施以避免不可挽回的损失。《美洲国家间法院程序规则》第 24 条规定，在涉及极其严重和紧急的案件的任何程序阶段并且为避免对个人造成不可挽回的损失所必需，法院可以，在当事方请求下或者主动地，根据公约第 63 条(2)款要求它认为适当的临时措施。

式和政策以防止、惩治和消除对妇女的暴力。[238] 1995 年 9 月 18 日，美洲委员会通过了《土著民族权利宣言草案》，从而使土著居民问题也得以讨论。[239]

委员会自身由 7 名成员组成，由美洲国家组织大会以其个人身份选出，任期四年。[240] 根据委员会程序规则第 5 条，委员会可以指示防范措施。这赋予了委员会在严 386
重而紧急的情况下，根据可得信息在必要时，自发或受缔约方请求，要求有关国家采取预防措施以防止对人员的不可挽回的损害。委员会也可以就防范措施的采取与遵循情况向有关各方收集信息。[241] 特别有趣的是对在美国领导的针对阿富汗前塔利班政权和基地组织的军事行动中俘虏并关押于古巴的美国关塔那摩海军基地的人员所赋予的防范措施。2002 年 3 月 12 日，委员会首次规定了此种措施，要求美国采取“必要的紧急措施，由有权法庭决定关押在关塔那摩的人员的法律地位”。委员会认为，如果没有这一决定，被关押人员的基本权利和不可克减的权利将可能得不到美国的认可和保障。这些措施在四个不同的场合被反复提出，并依据可能发生针对关塔那摩在押人员的酷刑或其他残忍、非人道的或有损尊严的待遇或惩罚时，或者可能发生将这些在押人员转移至会遭受酷刑的其他地方的情况的信息得到详述。由于这些措施未被遵循——美国主张委员会缺乏管辖权，委员会在 2006 年 6 月 28 日通过了 2/06 号决议，指出美国未能有效落实委员会的防范措施，其结果是给关塔那摩在押人员的基本权利造成了不可挽回的损害，包括他们的人身自由权和人道待遇权，并强烈要求美国立刻关闭关塔那摩的羁押设施，通过完全符合适用的国际人权和人道法要求的程序将受押人员从关塔那摩移出，确保在其他地方可能受到酷刑的在押人员对他们的处境获得公正、独立的审议并确保任何发生在关塔那摩的酷刑情况均受到调查，控诉和惩处。[242] 387

在收到申诉而未达成友好解决的情况下[243]，根据第 50 条，委员会将会起草一份报告，连同它认为合适的建议和意见，一起转交给各方。根据程序规则第 46 条，委员会可以采取它认为适当的跟进措施，例如要求当事方提供信息，召开听证会以验证对友好解决协议及其建议和相关报告的遵循情况。它还发布一个表格来说明它的建议是否得到了相关国家完全或部分的遵守，或者尚未被遵循。[244]

---

[238] 另注意 1999 年《美洲国家间消除对残障人所有形式的歧视公约》。该公约于 2001 年 9 月生效。

[239] 参看上文，第 6 章，第 298 页。

[240] 参见公约第 34 到 38 条。

[241] 近期实例，参见 *Annual Report 2001*, chapter III C. I 以及 *Annual Report 2006*, chapter III C I。

[242] 参看 *Annual Report 2006*, chapter III E 并另见 45 ILM, 2006, pp. 669 及其以下。

[243] 关于友好解决程序的实例，参见 *Annual Report 2001*, chapter III C. 4.

[244] 参见 *Annual Report 2006*, chapter III D.

在它的报告之后，委员会或有关国家（除了有关个人）有三个月可诉诸于美洲人权法院。[245] 法院由七名法官组成，他们以个人身份任职，由公约缔约国在美洲国家组织大会上以绝对多数选出，任期六年。[246] 法院管辖权受第 62 条下的事先声明的限制。《公约》第 63 条(2)款规定，在异常严重和紧迫的情况下，为避免人员的不可挽回的损害之必要，法院对尚未提交给它的事项，可以就它所审理的事项采取它认为必要的临时措施。
388 这一权力曾在很多情况下使用。[247]

根据第 64 条，在美洲国家组织任何成员国的要求下，法院还就美洲公约以及其他美洲国家间有关人权保护的公约的解释具有咨询管辖权。法院通过咨询意见的方式曾经处理了各种重要问题。[248] 在“受美洲法院解释之其他条约的定义”（*Definition of Other Treaties Subject to the Interpretation of the Inter-American Court*）案中[249]，法院认为公约的宗旨是综合区域和普遍的人权保护机制，因此，美洲国家是缔约方的任何人权条约都可以是咨询意见的主题。在“保留效力”（*Effect of Reservations*）案中[250]，法院强调指出人权条约涉及建立一种创设对国家管辖下的所有个人的义务的法律秩序，认为包含一个与公约目的和宗旨相一致的保留的批准文件并不要求其他缔约国的接受，因此该文件在交存之时即行生效。[251] 在欧洲人权法院的明显影响之下，美洲人权法院指出，人权条约在本质上与传统的多边条约不同，因为它们不是专注于为缔约方共同利益的互惠的权利交换，

---

[245] 第 51 条。如果这种情况没有发生并且问题没有在相关国家内得到解决，委员会经多数表决可以作出针对该问题的观点和结论，也可以将其发表。参看 *Annual Report 1983—4*, pp. 23—75.

[246] 第 52 条至第 54 条。另见 Davldson, Inter-American Court; C. Cerna, “The Structure and Functioning of the Inter-American Court of Human Rights (1979—1992)”, 63 BYIL, 1992, p. 135, and L. E. Frost, “The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights”, 14 HRQ, 1992, p. 171.

[247] 第一次是在 1988 年 1 月，针对洪都拉斯发生的由于一个人在法庭作证而被杀害，表达了对于其他证人安全的关注，H/Inf. (88) 1, p. 64. 另见 1990 年 8 月在类似情形下法院针对秘鲁采取的临时措施，1 HRLJ, 1990, p. 257，以及 *Alemán Lacayo v. Nicaragua* case, Series E, Order of 2 February 1996; the *Álvarez et al. v. Colombia* case, Series E, Order of 22 July 1997, and the *Constitutional Court* case, Series E, Order of 14 August 2000，另见 *Hilaire and Others v. Trinidad and Tobago*, Judgment of 21 June 2002。例如，法院还在针对哥伦比亚的 *Mapiripan Massacre* 案中判定了保护证人生命和人身完整的临时措施，见 *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2005*, p. 39，及在针对巴西的 Children and Adolescents Deprived of Liberty in the “Complexo do Tatuapé” of FEBEM 案中也判定了类似措施，同上, p. 41。

[248] 在 1959 年到 2005 年间发布的 19 项咨询意见中，12 项有关公约解释，4 项关于其他条约的解释，3 项关于国内法与国际文件的一致性问题：参见 *Annual Report 2005*, p. 60。

[249] 22 ILM, 1983, p. 51; 67 ILR, p. 594.

[250] 22 ILM, 1983, p. 33; 67 ILR, p. 559.

[251] 第 37 段。参见《公约》第 74 条。

而在于保护个人的基本权利。这些义务是对一切的(*erga omnes*),而不针对某些特定国家。[252]

在一个重要的讨论表达自由的"记者执照"案(*Licensing of Journalists*)中,[253]法院建议说,如果否定了任何人作为表达意见的方式而充分利用媒体,强制性的记者从业许可证制度就不符合公约第13条关于表达自由的规定。法院强调,表达自由只能以"紧迫的政府利益"的理由加以限制,而此种限制必须"为达成使之成为必要的合法的政府目标 389
而严格制定"。[254] 在"人身保护"案(*Habeas Corpus*)中[255],法院称人身保护令是一个不可中止的保护权利的"司法保障",根据《公约》第27条,它是不可克减的。法院提到了"合法原则、民主机构以及法治之间的不可分割的联系"。法院也强调只有民主政府才能在严格限制的条件下行使宣布国家紧急状态的权利。法院还在"美洲宣言之解释"案(*Interpretation of the American Declaration*)中讨论了其自身与1948年《美洲人的权利和义务宣言》之间的关系问题。[256] 例如,美国不是公约缔约国,但作为美洲国家组织的成员签署了该宣言,在一个可能具有重大意义的意见中,法院强调说为解释这一宣言,必须考虑到当前的美洲体系的状况,而通过一个权威解释的过程,美洲国家组织成员国同意该宣言包含了并界定了《美洲国家组织宪章》中提及的人权规范。[257] 由于宪章是一个条约,因此法院可以根据第64条解释该宣言。[258] 这一非常机智的观点很可能为有关一系列重要问题的咨询意见打开大门。

在墨西哥请求的"领事协助中的信息权"(*Right to Information on Consular Assistance*)一案的意见中[259],法院宣称规定了受拘禁的外国国民领事协助权的1963年《维也纳领事关系公约》第36条[260]是国际人权法的一部分,国家必须遵守在逮捕之时或者至少在他首次向有关当局陈述之前告知受拘禁者该条款所赋权利的义务。而且,它认为该权利的可执行性不以派遣国的抗议为前提,而不遵守维也纳公约第36条(1)(b)项认可的被 390
拘禁外国国民的信息权,有损于法律的正当程序。在这种情况下,施加死刑则违反了人

---

[252] 同上,第29段,另见下文,第937页。

[253] 7 HRLJ, 1986, p.74; 75 ILR, p.31.

[254] 同上,第45段。另见 *Sunday Times* case, European Court of Human Rights, Series A, vol. 30, 1979.

[255] 9 HRLJ, 1988, p.94; 96 ILR, p.392.

[256] 28 ILM, 1989, p.378; 96 ILR, p.416.

[257] 同上, pp.388—9. 另见 T. Buergenthal, "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", 69 AJIL, 1975, p.828.

[258] 问题在于该宣言显然不是条约,而第64条规定的是针对有关公约本身及"其他条约"的咨询意见。

[259] Series A 16, OC-16/99, 1999.

[260] 见下文,第13章,第773页。

权条约中有关条款规定的不可“任意”剥夺生命的权利[261]，因此引发国家的国际责任以及赔偿义务。

但是，法院的诉讼管辖权的实施很少立即见效。在“加勒多”案（*Gallardo*）中[262]，法院将该诉求移交给委员会，宣布它不可受理，认为委员会处理案件的过程中不能将国家抛在一边，而在有关“失踪”情况的“维拉斯奎兹·罗得里格斯”案[263]（*Velasquez Rodrigues*）和“戈迪内斯·克鲁兹”案（*Godinez Cruz*）中[264]，法院认定洪都拉斯违反了公约。[265] 在前一个案件中，法院强调说国家负有法律责任防止人权侵害，以及利用其掌握的方式调查和惩治这类侵害。如果没有那样做，有关国家就是未能履行义务保障这些权利在其管辖范围内充分和自由的行使。[266] 在“罗伊扎·塔马约诉秘鲁”案（*Loayza Tamayo v. Peru*）中，法院认定秘鲁对关押和施酷刑于申诉人以及没有公平审判等多项对公约的违反负有责任。[267] 在“昌彼普马·阿吉雷诉秘鲁”案（*Chumbipuma Aguirre v. Peru*）和“巴里奥斯·阿尔托斯”案（*Barrios Altos*）中，法院研究了国内大赦法律的问题，认为有关的秘鲁大赦法有违美洲公约，因此没有法律效力。[268] 法院也在几个案件中讨论了土著人民的问题，其中强调了这些人民与他们的传统土地的密切联系，以及特别是在《公约》第21条中使用和享有财产的权利的情况下，与和他们的文化相关联的自然资源之间的密切联系。它认为土著人民对其土地的传统占有与国家所赋予的完整财产所有
391 权具有同等的效力；这种传统占有赋予了土著人民要求官方承认和登记其财产权的权利；被迫离开其传统土地的土著人民的成员即使缺乏法律权利，仍保有其财产权，除非该土地被合法地转让给了善意第三方；在后一种情况下，这些成员具有收回原有土地或获得同等面积和质量的其他土地的权利。[269] 从1959年到2005年间，法院共作出了62项临时措施，19项咨询意见和139项判决。[270]

---

[261] 即《美洲人权公约》第4条和《公民权利和政治权利国际公约》第6条。

[262] 20 ILM, 1981, p. 1424; 67 ILR, p. 578.

[263] 9 HRLJ, 1988, p. 212; 95 ILR, p. 232.

[264] H/Inf (90) 1, p. 80; 95 ILR, p. 320 (note).

[265] 另请注意在这两个案件中都作出了向受害者赔偿的判决，同上，第80至第81页。

[266] 见第174段至第176段。另见 Castillo Paez v. Peru, Series C, No. 34, 1997; 116 ILR, p. 451.

[267] Series C, No. 33, 1997; 1 16 ILR, p. 338.

[268] 2001年3月14日判决书，41 ILM, 2002, p. 93。另一般性参看 C. Martin, “Catching Up with the Past: Recent Decisions of the Inter-American Court of Human Rights Addressing Gross Human Rights Violations Perpetrated During the 1970—1980s”, 7 *Human Rights Law Review*, 2007, p. 774。

[269] 参看 *Sawhoyamaxa Indigenous Community* v. *Paraguay*, Judgment of 29 March 2006，另见上文，第6章，第293页。

[270] 参见 *Annual Report 2005*, p. 57.

《班珠尔人权和民族权利宪章》[271]

1981 年非洲统一组织通过了这一宪章，并于 1986 年生效。现在，所有 53 个非洲联盟（非统组织 2000 年更名为非洲联盟）成员国都是缔约方。[272] 该宪章包含一系列广泛的权利，除了传统的公民和政治权利、经济、社会和文化权利外，还包括各种民族权利。 392
后一种权利中，特别提到了自决权、发展权和拥有一个大致令人满意的环境的权利。[273] 后两个概念的出现，对人权文件来说是不寻常的，如何解释以及如何实施这些概念都有待观察。

紧随“民族权”这一概念而来的一个问题就是确定民族的定义。如果联合国框架内定义自决的经历可咨借鉴[274]，并考虑到非洲国家就现存殖民边界所表明的极端敏感性[275]，那么这一原则就可能会以独立国家的意义来解释。这在加丹加人民大会诉扎伊

---

[271] 例如，参看 U. O. Umozurike, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, The Hague, 1997; R. Murray, *The African Commission on Human and Peoples' Rights*, London, 2000; *The African Charter on Human and Peoples' Rights* (eds. M. Evans and R. Murray), Cambridge, 2002; Rehman, *International Human Rights Law*, chapter 9; Steiner, Alston and Goodman, *International Human Rights*, p. 1062; E. Ankumah, *The African Commission on Human and Peoples' Rights*, Dordrecht, 1996; R. Gittleman, "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis", 22 Va. JIL, 1981, p. 667; Robertson and Merrills, *Human Rights in the World*, p. 242; U. O. Umozurike, "The Protection of Human Rights under the Banjul (African) Charter on Human and Peoples' Rights", 1 *African Journal of International Law*, 1988, p. 65; A. Bello, "The African Charter on Human and Peoples' Rights", 194 HR, 1985, p. 5; S. Neff, "Human Rights in Africa", 33 ICLQ, 1984, p. 331; U. O. Umozurike, "The African Charter on Human and Peoples' Rights", 77 AJIL, 1983, p. 902; B. Ramcharan, "The Travaux Préparatoires of the African Commission on Human Rights", HRLJ, 1992, p. 307; W. Benedek, "The African Charter and Commission on Human and Peoples' Rights: How to Make It More Effective", 14 NQHR, 1993, p. 25; C. Flinterman and E. Ankumeh, "The African Charter on Human and Peoples' Rights" in Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, p. 171; M. A. Baderin, "Recent Developments in the African Regional Human Rights System", 5 *Human Rights Law Review*, 2005, p. 117, and C. Beyani, "Recent Developments in the African Human Rights System 2004—2006", 7 *Human Rights Law Review*, 2007, p. 582. See also F. Ouguergouz, "La Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", AFDI, 1989, p. 557; K. Mbaye, LesDroits de l'Homme en Afrique, Paris, 1992, and M. Hamalengwa, C. Flinterman and E. Dankwa, *The International Law of Human Rights in Africa—Basic Documents and Annotated Bibliography*, Dordrecht, 1988.

[272] 参见 www. achpr. org/english/ratifications/ratification african% 20charter. pdf.

[273] 参见第 19—22 条。

[274] 见上文，第 5 章，第 256 页。

[275] 参看 M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986.

尔(*Katangese Peoples' Congress v. Zaire*)案中得到了证实[276],其中委员会称加丹加人有义务实施一定程度的与扎伊尔主权和领土完整相一致的自决权。

非洲宪章是第一个在个人对于国家、社会和家庭的义务方面作出具体规定的人权公约。[277] 这些义务包括避免危及国家安全的义务和保持和加强社会和民族的团结与独立的义务。这一独特方式是否会带来更多问题而非优点,仍有待观察。

《宪章》设立了非洲人权和民族权委员会以实施宪章,它有 11 名委员,由非统组织国家和政府和首脑大会任命,任期六年,可连任。委员会秘书长由非洲统一组织秘书长任命。委员会具有重要的教育和促进的职责[278],包括开展研究,组织会议,传播信息以及向政府作出建议。这与第十一议定书之前的欧洲人权委员会很不一样,而更像是美洲人权委员会。非洲人权和民族权委员会发展出了一系列特别机制,包括任命特别报告员
393 (不是独立专家,而是委员会成员)[279] 和工作组[280],以及通过国别决议和专题决议。[281]

委员会审议国家间申诉。[282] 第一个此类申诉于 1999 年由刚果民主共和国提出,诉称它是布隆迪、卢旺达和乌干达发起的侵略的受害者。委员会认为被告国家违反了和平解决争端的原则,侵犯了《非洲宪章》第 23 条中的和平权。委员会的结论指出,相关的三个国家违反《宪章》占领了刚果的一部分领土,并因此侵犯了一系列人权。[283]

其他非国家来文可提交给委员会,而它所用的术语远比其他地区人权机制更为灵活。[284] 当一个或多个来文似乎明显与揭示存在一系列严重或大规模侵犯人权的特殊情况有关时,委员会将提请国家和政府的首脑大会注意这些特殊情况。此后委员会可能被

---

[276] Case No. 75/92: 参见 13 NQHR, 1995, p. 478.

[277] 参见第 27—9 条。

[278] 参见第 45 条以及 1995 年程序规则的规则 87,另见 A. Bello, "The Mandate of the African Commission on Human and Peoples' Rights", 1 *African Journal of International Law*, 1988, p. 31.

[279] 涵盖了妇女权利、难民、寻求庇护者和非洲的内部流离失所者、表达自由、非洲的人权维护者以及非洲的监狱和拘留条件等主题:参看 Beyani, "Recent Developments", p. 588.

[280] 涵盖了经济、社会和文化权利、土著居民和社区以及死刑等问题:参看,同上, p. 589。

[281] 例如表达对在达尔富尔地区违反人权和国际人道法深刻关切的决议,如 ACHPR/Res. 74(XXXVII)05, 2005 和关切津巴布韦政府对司法独立的不断攻击的决议,如非洲人权和民族权委员会执行理事会 2006 年 6 月在其第 9 次常会上通过的决议,Ex. CL/279 (ix), Annex III, p. 99。另见 Beyani, "Recent Developments", pp. 592 ff.,以及有关非洲的人权维护者的决议,ACHPR/Res. 69(XXXV)04, 2004。

[282] 第 47—54 条,另见程序规则的规则 88 及其以下。

[283] Communication 227/99, African Commission, *Twentieth Activity Report*, EX. CL/279 (IX), Annex IV, pp. 111ff,另见 Beyani, "Recent Developments", pp. 598 及其以下。

[284] 参见第 55 条。有很多受理的必要条件:参见第 56 条。针对来文的最近裁决参欧洲委员会, *Twentieth Activity Report*。

要求对这些情况进行一次深入研究，并制作一份事实报告，附加其意见和建议。[285] 委员会可以在适当的时候建议临时措施。[286] 1988 年，委员会通过了程序规则，并于 1995 年 394
做了修订。[287] 许多重要的个人来文得到了审议。[288] 此外，缔约国有义务每两年就其为实施宪章下的权利而采取的措施提交报告。[289] 非统组织给予委员会研究这些报告并对它们提出评论意见的权力，委员会也已制订了指导方针。但是，目前来看，可以坦白地说报告程序遇到了严重问题，而不仅仅是很多国家没有提交报告或充足的报告的问题[290]，委员会所面临的财政困难也非常严重。《宪章》中没有关于法院的条款，但是 1998 年一个关于设立非洲人权和民族权法院的议定书得以签订。[291] 根据该议定书，法院有咨询、调解和诉讼管辖权。非洲委员会、缔约国以及非洲政府间组织可以自动利用该法院[292]，
个人或非政府组织则不能，它们利用法院的权利取决于有关国家是否作出一个接受法院 395
审理有关申诉的管辖权的声明。[293]

---

[285] 第 58(1)条和第 58(2)条。此外，委员会适时注意到紧急情况的案件应当提交给国家和政府的首脑大会主席，他可以要求进行深入研究，第 58 条(3)款。

[286] 规则第 111 条。参看 G. J. Naldi, "Interim Measures of Protection in the African System for the Protection of Human and Peoples' Rights", 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, p. 1. 委员会认为临时措施的采取对当事方具有约束力：参看 Saro-Wiwa v. Nigeria, 7 *International Human Rights Reports*, 2000, p. 274.

[287] 参见 40 *The Review*, *International Commission of Jurists*, 1988, p. 26.

[288] 参看 *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*, Communication 251/2002, 13 *International Human Rights Reports*, *2006*, p. 887, 关于推翻宪政民主和禁止政党，另见 *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, African Commission, *Twenty-FirstActivity Report*, Annex III, pp. 54 ff. See S. Gumedz, "Bringing Communications Before the African Commission on Human and Peoples' Rights", 3 *African Human Rights Law Journal*, 2003, p. 118.

[289] 第 62 条，另见规则第 81 到 86 条。

[290] 参看 G. Oberleitner and C. Welch, "Africa: 15th Session African Commission on Human and Peoples' Rights", 12 NQHR, 1994, p. 333; Rehman, *International Human Rights Law*, p. 255, and M. Vans, T. Ige and R. Murray, "The Reporting Mechanism of the African Charter on Human and Peoples' Rights" in The *African Charter on Human and Peoples' Rights* (eds. M. Evans and R. Murray), Cambridge, 2002, p. 36.

[291] 该议定书于 2004 年 1 月 25 日生效。2006 年进行了法官选举。例如，参看 D. Padilla, "An African Human Rights Court: Reflections from the Perspective of the Inter-American System", 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, p. 185; R. W. Eno, "The Jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights", 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, p. 223, and R. Murray, "A Comparison Between the African and European Courts of Human Rights", 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, p. 195.

[292] 第 5 条。

[293] 第 34(6)条。

《阿拉伯人权宪章》[294]

1994 年 9 月 15 日,阿拉伯国家联盟理事会通过了《阿拉伯人权宪章》,2004 年 5 月,阿拉伯国家联盟通过了一个修订后的版本。它重申了《联合国宪章》、《世界人权宣言》、两个国际人权公约以及《开罗伊斯兰人权宣言》[295]中的各原则。它明确提到了阿拉伯国家的国家认同并重申了自决权。该《宪章》还规定了一些传统的人权,包括人身自由与安全的权利、法律面前个人的平等权、保护个人免受酷刑、拥有私人财产的权利、开展宗教仪式的权利以及和平集会和结社权利。[296] 该《宪章》还规定选举一个 7 人人权专家委

 员会以审议国家报告。[297] 2008 年 1 月 24 日,该宪章在获得第七个批准后生效。[298]

进一步阅读推荐书目

The African Charter on Human and Peoples' Rights (eds. M. Evans and R. Murray), Cambridge, 2002

Guide to International Human Rights Practice (ed. H. Hannum), 4th edn, Ardsley, 2004

Jacobs and White: The European Convention on Human Rights (eds. C. Ovey and R. C. A. White), 4th edn, Oxford, 2006

J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, 2003

H. J. Steiner, P. Alston and R. Goodman, *International Human Rights in Context*, 3rd edn, Oxford 2008

P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, A. Van Rijn and L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th edn, Antwerp, 2006

---

〔294〕 例如,参看 M. Rishmawi, "The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?", 5 *Human Rights Law Review*, 2005, p.361,以及 R.K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Oxford, 2002, p.87。另见 Robertson and Merrills, *Human Rights in the World*, p.238, and A. A. A. Naim, "Human Rights in the Arab World: A Legal Perspective", 23 HRQ, 2001, p.70.

〔295〕 于 1990 年由第 19 届伊斯兰外交部长会议通过。这一宣言强调规定的所有权利和自由都受制于伊斯兰教法(第 24 条),这也是"解释或阐明宣言中的任何条款的唯一参考渊源"(第 25 条)。

〔296〕 第 8, 11, 12, 13, 14, 30, 31 和 35 条。发展权被宣称为一个基本人权,参见第 37 条。

〔297〕 第 45 与 48 条。

〔298〕 但是,注意,联合人权高专的声明对阿拉伯宪章的某些条款与国际规范和标准的不一致表达了关切。这些关切包括针对儿童的死刑,以及妇女和非公民的权利。人权高专还指出,阿拉伯宪章将犹太复国主义等同于种族主义"与大会 46/86 号决议不相一致,该决议否决了犹太复国主义是一种种族主义和种族歧视":参见 2008 年 1 月 30 日声明,www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/6C211162E43235FAC12573E00056E19D? opendocument。

8

国际法中的个人刑事责任[1]

个人开始在国际法上直接承担刑事责任标志着传统国际法与人权法和人道法的现代融合，而且还与国内和国际执行机制有关。尽管 1945 年以后，国际法中个人的权利得到了重大发展，但与直接对国家施加义务相比，直接对个人施加义务却具有不同的起源历史，而且例子稀少。[2] 长期以来，那些实施了海盗或奴隶贸易行为[3]的人就已经被看作是对国际社会实施了犯罪，并将产生直接的责任。行为人可以因此受到国际法庭或任何国家法院的惩治。而且，审理这种案件的管辖权并不仅限于行为发生地国家或行为人或被害人国籍国的法院。对海盗的普遍管辖是国际社会早已确定的一项原则。[4] 所 398
有国家都可以逮捕并惩治海盗，当然条件是他们已经在公海上[5]或有关国家领土上被

---

〔1〕 例如参见：A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd edn, Oxford, 2008; W. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd edn, Cambridge, 2007; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson and E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007; I. Bantekas and S. Nash, *International Criminal Law*, 2nd edn, London, 2003; G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2005; C. de Than and E. Shorts, *International Criminal Law and Human Rights*, London, 2003; S. R. Ratner and J. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2nd edn, Oxford, 2001; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, 2001, and *Justice for Crimes Against Humanity* (eds. M. Lattimer and P. Sands), Oxford, 2003.

〔2〕 例如参见：M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2nd edn, The Hague, 1999. 关于国家对国际犯罪的责任问题，参见：下文，第 14 章。

〔3〕 关于奴隶贸易，参见：《海洋法公约》第 99 条，以及下文，第 11 章，第 616 页。

〔4〕 例如参见：*In re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586; 7 AD, p. 213. 还可以参见：D. H. Johnson, "Piracy in Modern International Law", 43 *Transactions of the Grotius Society*, 1957, p. 63, 以及 G. E. White, "The Marshall Court and International Law: The Piracy Cases", 83 AJIL, 1989, p. 727. 还可以参见下面这个案件中纪尧姆法官的个别意见：*Congo* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2002, pp. 3, 37—8; 128 ILR, pp. 60, 92—4, 以及 *R* v. *Jones* [2006] UKHL 16; 132 ILR, p. 668.

〔5〕 1982 年《海洋法公约》第 105 条（照抄了 1958 年《日内瓦公海公约》第 19 条）。

抓获。无论行为人的国籍国为何,也不论他们是在何地实施犯罪行为,都可以对他们进行惩治。

必须对国际法中的海盗行为(或 piracy *jure gentium*)与国内法中的海盗行为进行区分。根据国内法构成海盗的行为不一定就符合国际法中的海盗定义,因此,国内法中的海盗不可以受到普遍管辖(当然取决于国际公约的内容和形式)。1958 年的《公海公约》第 15 条对国际法中的海盗行为作出了界定(1982 年的《海洋法公约》第 101 条进行了重申),即私人船舶或私人飞机的船员、机组成员或乘客在公海或无主地[6]对另一船舶或飞机(或对另一船舶或飞机上的人或财物)所从事的任何非法的暴力或扣留行为,或任何掠夺行为。预备实施这种行为也足以构成海盗行为,至于预备行为是否既遂并不重要。[7]

然而,个人根据国际法承担国际责任的犯罪在过去的确很少。[8] 到 20 世纪初时,这个范围是否超出海盗和奴隶贸易是有疑问的。即使在那个时候,在实践中,也只有国内法院才可以实施管辖权。通过建立国际的法院或法庭直接对个人的特定犯罪实施管辖权是现代发生的事情。就像在第 12 章将会看到的,国内法院正在对具有国际因素的犯罪行使更加广泛的管辖权,例如针对在有关国家境外实施的酷刑或战争罪,当然条件
399 是据称的行为人已经出现在该国领土之上。但是,只有当有国际条约授权国家行使这种管辖权时,才可以那样做。[9] 然而,本章关注的是那些为了直接追究涉嫌犯有国际犯罪的个人责任而在国际范围内建立的或具有国际因素的法院。

国际的刑事法院和法庭

第一次世界大战结束之后,协约国设立了一个委员会。该委员会建议,由于战败国违反了战争法,因此应当根据指挥官责任追究包括德国皇帝威廉二世在内的高层官员的责任,因为是他们下令实施了这种犯罪。该委员会还建议,为了审判违反战争法规或惯

---

〔6〕 进一步参见:下文,第 11 章,第 615 页。

〔7〕 *In re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586; 7 AD, p. 213.

〔8〕 参见美洲人权法院在下面这个案件中的咨询意见:*Re-Introduction of the Death Penalty in the Peruvian Constitution* case, 16 HRLJ, 1995, pp. 9, 14, 它指出,只有对那些国际文件中规定为是国际法中的犯罪的违法行为才可以要求承担个人责任。

〔9〕 参见:下文,第 673 页。

例以及人类法的行为，应当设立一个“协约国高级法庭”。[10] 据此，1919 年《凡尔赛和约》规定，德国政府承认协约国有权把被控犯有违反战争法规和惯例的个人送上军事法庭（第 228 条），并确立了德国皇帝威廉二世的个人责任（第 227 条）。在该事件中，由于荷兰拒绝交出威廉二世，因此只在德国莱比锡的一些法院进行了少数审判，那些法院最多只具有混合的性质。[11]

作为 1945 年《审判并惩处主要战犯协定》附件的《宪章》特别规定个人对破坏和平罪、战争罪和危害人类罪的罪行承担个人责任。它还规定了可以对共谋实施上述犯罪提起指控。[12] 纽伦堡法庭由（来自美国、英国、苏联和法国的）四名审判法官以及四名候补法官组成。它是第一个国际刑事法庭，是国际刑法发展起点的真正标志。它以响亮而缭 400
绕的声音宣布：“国际法就像对国家一样也对个人规定了义务和责任”，因为“违反国际法的罪行是由个人实施的，不是由抽象的实体实施的。只有通过惩罚犯了这种罪行的个人，国际法的规定才能得以执行”。需要承担个人责任的相关犯罪类型包括破坏和平罪、战争罪和危害人类罪。[13] 另外，根据《管制委员会第十号法律》的授权，在被盟军占领的德国领土上也审理了许多战争罪。[14] 为了审理日本人实施的战争罪，1946 年 1 月，建立了远东国际军事法庭。[15] 该法庭由来自 11 个国家的法官组成。[16] 它基本上重申了纽

---

〔10〕 参见：《预备和平会议委员会的报告》，14 AJIL, 1920, p. 95. 还可以参见：Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, pp. 91—2, 以及 T. Meron, “Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals”, 100 AJIL, 2006, p. 551.

〔11〕 参见：C. Mullins, *The Leipzig Trials*, London, 1921. 针对特定问题确立个人责任的，例如还可以参见：1884 年《保护海底电缆国际公约》；1910 年《禁止发行淫秽出版物协定》；1924 年《禁止发行和贩卖淫秽出版物国际公约》；1931 年《取缔吸食鸦片协定》；1936 年《禁止非法贩运危险毒品公约》；1929 年《防止伪造货币国际公约》。

〔12〕 参见：第 6 条，39 AJIL, 1945, Supp., p. 259. 还可以参见：H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950, p. 6, 以及 Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, pp. 92 ff.

〔13〕 参见：41 AJIL, 1947, p. 220. 还可以参见：I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, p. 167; T. Taylor, *An Anatomy of the Nuremberg Trial*, London, 1993, 以及 A. Tusa and J. Tusa, *The Nuremberg Trial*, London, 1983.

〔14〕 36 ILR, p. 31. 在纽伦堡，美国组织了 12 场主要审判，参见：H. Levie, *Terrorism in War: The Law of War Crimes*, New York, 1992, pp. 72 ff., 而根据 1946 年的英国皇家令，在英国占领的德国部分也组织了审判，参见：A. P. V. Rogers, “War Crimes Trials under the Royal Warrant, British Practice 1945—1949”, 39 ICLQ, 1990, p. 780, 还可以参见：*R* v. *Jones* [2006] UKHL 16, para. 22 (Lord Bingham); 132 ILR, p. 679, 以及 *Re Sandrock and Others* 13 ILR, p. 297.

〔15〕 根据 1946 年 1 月 19 日麦克阿瑟将军发布的公告设立，也是为了执行《波茨坦公告》而由同盟国授权的，参见：*Hirota* v. *MacArthur* 335 US 876 以及 TIAS, 1946, No. 1589, p. 3; 15 AD, p. 485.

〔16〕 美国、英国、苏联、澳大利亚、加拿大、中国、法国、印度、荷兰、新西兰和菲律宾。

伦堡法庭的法律原则，例如关于宣布发动侵略战争是犯罪、否定上级命令可以成为绝对辩护理由。[17] 《远东国际军事法庭宪章》还规定了某些犯罪的个人责任。[18]

1946 年联合国大会确认了《纽伦堡法庭宪章》规定的原则以及该法庭的判决，正因为如此，《宪章》的规定现在可以被视为国际法的一部分。[19] 联大还指出，灭绝种族是由
401 个人承担责任的国际法上的罪行。[20] 1948 年的《灭种罪公约》确认了这一点。它要求通过国内法院或“国际刑事法庭”进行审判。[21] 国际法委员会在 1954 年起草了《危害人类和平与安全治罪法典草案》。该草案第 1 条规定：“本法典规定的危害人类和平与安全的罪行，是指根据国际法应当惩治负有责任的个人的犯罪。”[22]

1949 年日内瓦四公约规定的严重破坏公约的制度以及调整武装冲突行为的 1977 年两个《附加议定书》也规定了个人责任。它们特别规定，对那些犯有或命令犯有一系列严重破坏公约的任何罪行的个人，缔约各国保证制定一切必要的立法以规定有效的刑事制裁。[23] 这些严重破坏公约的行为包括故意杀害、酷刑和不人道的待遇、无军事上的必要证明其合法并以非法与暴乱的方式对财产的大规模破坏与征收、非法驱逐或转移被保护的人员和劫持人质。[24] 1977 年《第一附加议定书》扩大了这个清单，使其包括：使平民居民成为攻击的对象；明知攻击将造成过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害，却发动对含有危险力量的工程或装置的攻击；将占领国领土上的平民居民转移到被占领领土或者将其从被占领领土驱逐、种族隔离和种族歧视、攻击得到明白承认的历
402 史纪念物、艺术品或礼拜场所等其他活动，当故意违反时，也可以构成严重破坏。[25]

---

〔17〕 例如参见：B. V. A. Röling and A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond*, Cambridge, 1992, 以及 S. Horowitz, *The Tokyo Trial*, International Conciliation No. 465 (1950). 但是，关于对这个过程的批评，参见：R. Minear, *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton, 1971.

〔18〕 第 5 条。

〔19〕 第 95(1)号决议。还可以参见：国际法委员会《关于纽伦堡法庭原则的报告》，*Yearbook of the ILC*, 1950, vol. II, p. 195, 以及 1968 年《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》。

〔20〕 第 96(1)号决议。

〔21〕 注意：1973 年的《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》规定，种族隔离是一种国际犯罪，可以产生直接的个人刑事责任。

〔22〕 A/2693, 以及 45 AJIL, 1954, Supp., p. 123.

〔23〕 参见：《日内瓦第一公约》第 49 条、《日内瓦第二公约》第 50 条、《日内瓦第三公约》第 129 条和《日内瓦第四公约》第 146 条。进一步参见：下文，第 21 章，第 1199 页。

〔24〕 参见：《日内瓦第一公约》第 50 条、《日内瓦第二公约》第 51 条、《日内瓦第三公约》第 130 条和《日内瓦第四公约》第 147 条。还可以参见：L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edn, Manchester, 2000, 第 18 章。

〔25〕 参见：《第一附加议定书》第 85 条。

任何个人,无论其级别或政府地位如何,将对战争罪或严重破坏行为承担个人责任。指挥官(或上级)责任原则的意思是,任何有权力命令犯战争罪或严重破坏公约规定的个人将与从事此等行为的下级一样承担责任。[26] 1991 年,联合国国际法委员会临时通过了《危害人类和平与安全治罪法典草案》[27],1996 年修订了该草案。[28] 该草案规定个人对下述罪行承担刑事责任[29],即侵略[30]、灭绝种族[31]、危害人类罪[32]、危害联合国及相关人员罪[33]和战争罪。[34] 尽管个人可以对这些罪行承担责任,但这并不影响国家责任问题。[35] 1990 年,安全理事会在关于索马里局势的两个决议中一致谴责对人道法的破坏,指出违反行为的肇事者或命令此等违反行为的人要为其承担"个人责任"。[36] 同时,关于伊拉克占领科威特的第 674(1990)号决议重申根据 1949 年日内瓦关于对被占领土上的平民居民待遇的第四公约,伊拉克负有责任,并指出,"实施或命令他人实施严重破坏行为的个人"也必须承担此种责任。[37]

前南斯拉夫问题国际刑事法庭(ICTY)[38]

长期以来,国际社会都在讨论建立一个国际刑事法院,但总是断断续续。然而,发生在前南斯拉夫的事件重新引起了对这一想法的兴趣。[39] 南斯拉夫和卢旺达大屠杀最终 403

---

[26] 进一步参见:下文,第 404 页和第 408 页。

[27] A/46/10 以及 30 ILM, 1991, p. 1584.

[28] A/51/10, p. 9.

[29] 参见:第 2 条。

[30] 参见:第 16 条。

[31] 参见:第 17 条。

[32] 参见:第 18 条。

[33] 参见:第 19 条。

[34] 参见:第 20 条。

[35] 参见:第 4 条。

[36] 第 794 号(1992 年)和第 814 号决议(1993 年)。

[37] 例如,还可以参见:关于伊拉克战争罪这个特殊部分,31 Va. JIL, 1991, p. 351.

[38] 例如参见:W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, 2006; V. Morris and M. P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*, New York, 1995; R. Kerr, *The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*, Oxford, 2004; 以及发表在下面这个刊物中关于前南斯拉夫问题国际刑事法庭的系列文章,2 *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 353 ff. 以及 37 *New England Law Review*, 2002—3, pp. 865 ff.

[39] 例如参见:B. Ferencz, "An International Criminal Code and Court: Where They Stand and Where They're Going", 30 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1992, p. 375.

导致建立了两个专门战争罪法庭。这两个法庭是联合国安全理事会通过行使《宪章》第7章的权力(根据该章通过的决议对该组织会员国具有拘束力)建立的,而不是像国际刑事法院那样通过国际会议而建立的。采用这种方法既可以使该法庭尽可能快地投入运行,也是可以保障与被控的战争罪联系最密切的相关各方受到拘束,而不需要征得它们的同意(在通过协议建立法院的情形下,当事方的同意是必要的)。在建立该法庭之前,有一系列步骤。在第764号决议(1992年)、第771号决议(1992年)和第820号决议(1993年)中,安理会对破坏国际人道法的行为表示严重关注,并重申了各方承担的责任。尤其是,它们强调了个人实施严重破坏1949年公约的责任。根据第780号决议(1992年),安理会建立了一个不偏不倚的专家委员会,调查和分析涉及在前南斯拉夫领土上实施的严重破坏《日内瓦公约》和其他违反国际人道法行为的证据情报。1993年初,委员会提交了一份报告。该份报告断定,在前南斯拉夫领土上,发生了严重破坏行为和违反国际人道法的其他行为,包括故意杀害、"种族清洗"、屠杀、酷刑、强奸、劫掠和破坏平民财产、破坏文化和宗教财产、以及任意逮捕。[40]

安理会随后通过了第808(1993)号决议,呼吁建立一个审判"1991年以后在前南斯拉夫境内严重违反国际人道法的行为负责的个人"的国际法庭。[41] 联合国秘书长提交了一份含有该规约草案和评论的报告。[42] 安理会依据《联合国宪章》第七章通过的第
404 827(1993)号决议通过了该报告。

该法庭有权起诉1991年以来对在前南斯拉夫领土上实施的严重违反国际人道法行为负有责任的个人(《规约》第1条和第8条)。它并没有规定截止日期,这说明后来发生的科索沃冲突也可能成为起诉的对象。[43] 法庭由三个主要机构组成,分别是:书记官处、检察官办公室和分庭。[44] 书记官处是行政机构[45],检察官办公室负责调查、发出起诉书、以及提起公诉。目前,法庭共有三个审判分庭,每个都由一名分庭庭长和两名法官组成。法庭还有一个上诉分庭,由七名法官组成,但在审判时,法庭庭长担任上诉分庭庭长,再加上五名法官。这七名法官有五名来自前南斯拉夫问题国际刑事法庭,还有两名

---

〔40〕 参见:S/25274. 还可以参见:M. C. Bassiouni, "The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)", 88 AJIL, 1994, p. 784.

〔41〕 S/25704 (1993).

〔42〕 该规约随后经过多次修改,参见安理会下列决议:第1166(1998)、1329(2000)、1411(2002)、1431(2002)、1481(2003)、1597(2005)和1660(2006)号决议。

〔43〕 参见:安理会第1160(1998)号决议,以及 *Milutinović*, ICTY, A. Ch. 2004年6月8日。关于马其顿前南斯拉夫共和国的事件,参见:*In re*: *The Republic of Macedonia I*, ICTY, T. Ch. 2002年10月4日。

〔44〕 第11条。

〔45〕 第17条。

来自卢旺达问题国际刑事法庭。[46] 分庭最多有 16 名常任法官，还有 12 名专案法官。这些专案法官是由联大从 27 名此种法官的候选名单中每隔四年选举产生的。[47]

《规约》第 2 条至第 5 条规定了该法庭可以审理的罪行。它们是：严重破坏 1949 年《日内瓦公约》的行为、违反战争法规或惯例的行为、种族灭绝、以及危害人类罪。[48]

第 7 条规定，“凡计划、教唆、命令、犯下或协助煽动他人计划、准备或进行”该规约第 2 条至第 5 条列举的罪行的人，应为该项犯罪负个人责任。该条还规定，任何被告的官职，不得免除该被告的刑事责任，也不减轻刑罚；如果一个部下犯有此种罪行，而他的上级知道或应当知道部下有这种犯罪行为或者已经犯罪而上级没有采取合理的必要措施予以阻止或处罚犯罪者，则不能免除上级的刑事责任。该条还规定，被告人按照政府或上级命令而犯罪不得免除他的刑事责任，但如果国际法庭裁定合乎法理则可以考虑减刑。该法庭的上诉分庭在“塔迪奇”案（the *Tadić* case）中确认，习惯国际法规定了因严重 405
违反调整国内和国际性武装冲突的人道法而承担的刑事责任。[49]

法庭和国内法院对于起诉相关被告具有并行管辖权。但是，法庭的管辖权优于国内法院的管辖权，因此前者可以要求后者服从它的管辖权。[50] 在调查和起诉涉嫌犯有严重违反国际人道法人员时，国家有义务与国际法庭进行合作，而且不应有任何不当延迟，遵从要求援助的请求或审判法庭发布的命令，包括：查人找人、录取证词和提供证据、逮捕或拘留、将被告引渡或移交给国际法庭。[51] 任何人如犯有严重违反国际人道法行为，而他或她已受到国际法庭的审讯，就不应再受到国内法院的审讯。但是，如果受到国内法院的审讯后有下列情形的，仍有可能随后受到国际法庭的审讯：他或她受审的行为被定性为普通罪行；或国内法院的诉讼程序不公正或不独立，而且目的在于包庇被告，使其逃避承担国际刑事责任；或该案件没有依法进行细致的起诉。[52]

检察官将依据职权展开调查，或者根据任何来源的资料，包括从各国政府、联合国机

---

〔46〕 第 14 条。

〔47〕 第 12 条和第 13 条。

〔48〕 进一步参见：下文，第 430 页。

〔49〕 参见：IT-94-1-AR72, 2 October 1995, p.70; 105 ILR, p.419. 还可以参见：后面，第 21 章，第 1194 页。

〔50〕 第 9 条。根据经修改后的《程序和证据规则》第 9 条的规定：出现下列情况之一的，可以请求推迟国内诉讼程序：正在接受的调查或那些诉讼程序的对象被定性为是普通犯罪；缺乏公正性或独立性，或调查或诉讼程序是为了包庇被告免受追究国际刑事责任，或案件没有得到勤勉起诉；争议的问题与重大的事实或法律问题紧密关联或有类似关涉，而这些问题将对法庭正在进行的调查或起诉产生影响的。关于国际刑事法院的不同情况，参见：下文，第 410 页。

〔51〕 第 29 条。

〔52〕 第 10 条。

构、政府间组织和非政府组织取得的资料展开调查。检察官将对所收到或取得的资料进行评估，然后决定是否有足够根据进行调查。检察官有权盘问疑犯、受害人和证人、收集
406 证据以及进行实地调查。检察官确定案件的表面证据确凿时，应制订一份起诉书，内载简要的事实陈述，以及根据规约控诉被告的罪名。起诉书应送交审判分庭的一名法官。该法官随后审查该起诉书。若认为检察官所提的表面证据确凿时，就应受理起诉；否则就不受理起诉。法官受理起诉后可应检察官的要求发出命令和传票，逮捕、拘留、交出或转移有关人士，以及发出任何进行审判所需的其他命令。各审判分庭应保证使审判公平和高效，根据《议事和证据规则》，在充分尊重被告权利以及适当顾及保护受害人和证人的情况下进行诉讼。[53] 随后，有关审判分庭作出判决，并在判决有罪的基础上确定刑罚，刑罚只限于监禁。[54] 上诉分庭应基于使判决无效的法律问题上的错误、或造成误判的事实错误受理上诉。上诉分庭得维持、撤销或修正审判分庭所作的判决。[55]

法庭已经审理了一些重大问题。[56] 在早期的一个案例中，上诉分庭确认，它有权审查设立法庭的合法性问题，并指出：安理会根据《联合国宪章》第七章在恢复国际和平与安全的框架内作出了一个设立法庭的决定，它对所有会员国都具有拘束力。[57]

截至 2008 年 3 月，法庭已经发出了 161 份起诉书，审结了 111 项诉讼。其中，有 53 人被判刑，9 人被判无罪，并撤销了 36 份起诉书（包括被告已经死亡的情形）。有四人仍然在逃，包括战争期间的波斯尼亚塞族领导人拉多万·卡拉季奇（Radovan Karadžić）和
407 拉特科·姆拉迪奇（Ratko Mladić）。[58] 然而，安理会确认了结束工作的战略，旨在确保在 2010 年之前分阶段地有序结束法庭的任务。[59] 根据该项战略，前南斯拉夫问题国际刑事法庭集中精力起诉和审判最高领导人，而把那些涉及中层或低层官员被告的其他案

---

〔53〕 第 18—20 条。

〔54〕 第 24 条。

〔55〕 第 25 条。

〔56〕 进一步参见：下文，第 435 页及其以下。

〔57〕 *Tadić*, IT-94-1-AR72, 2October 1995, p. 70, paras. 30 ff.; 105 ILR, p. 419. 在作出该决定之后，签署了《代顿和平协定》。该协定规定，前南斯拉夫的所有国家有义务与该法庭合作，参见：第 10 条，附件 1-A。

〔58〕 可访问：www. un. org/icty/glance-e/index. htm. 注意：2006 年 3 月 11 日，南斯拉夫总统斯洛博丹·米洛舍维奇死于看守所。在对他进行审判期间，共受到包括种族灭绝在内的 66 项违反《规约》的指控，参见：ICTY Annual Report 2006, A/61/271-S/2006/666, para. 55. 在写完本部分内容之后，拉多万·卡拉季奇在贝尔格莱德已经被逮捕，并被送往该法庭。该法庭随后把该案件移交给审判分庭，参见：IT-95-5/18-I, 2008 年 7 月 22 日。

〔59〕 参见：第 1503（2003）号和第 1534（2004）号决议。这些决议要求审判分庭在 2008 年完成审判工作，要求上诉分庭在 2010 年完成审判工作。还可以参见：D. Raab, "Evaluating the ICTY and Its Completion Strategy", 3 *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 82.

件移交给国内法院审理。已经有两类案件被移交给前南斯拉夫地区的国内法院。这些案件有的受到法庭检察官处不同级别的调查,但前南斯拉夫问题国际刑事法庭最终并没有发出起诉书;还有一小部分案件经法庭检察官处调查后,法庭确认了起诉书,并把被告移交法庭关押。2005 年,开始把案件移交给作为前南斯拉夫继承国的法院,尤其是波斯尼亚和克罗地亚的国内法院。[60] 到 2007 年中期,已经有 13 件涉及"中层和低层官员被告"的案件被移交给当地法院。[61]

卢旺达问题国际刑事法庭(ICTR)[62]

1994 年,在卢旺达发生的事件以及大屠杀之后,安全理事会通过第 955(1994)号决议,决定设立卢旺达问题国际刑事法庭。该法庭有权起诉对严重违反国际人道法负有责任的人。该法庭规约是安全理事会决议的附件,与前南法庭有许多类似之处。 408

卢旺达问题的法庭由三个审判分庭、一个检察官办公室和一个书记官处组成。它们的职责与前南法庭相同。[63] 分庭由 16 名独立法官组成。他们当中不得有两名是同一国家的国民。法庭在任何时候最多可以有 9 名独立的专案法官。卢旺达法庭和前南法庭共用一个联合上诉分庭。该分庭中有两名法官来自卢旺达法庭。[64]

第 2 条至第 4 条规定了法庭可以审判的罪行。第 2 条规定的是种族灭绝;第 3 条规定的是危害人类罪,即出于民族、政治、人种、种族或宗教原因,在广泛的或有系统的攻击平民中实施的下列罪行:(1) 谋杀;(2) 灭绝;(3) 奴役;(4) 驱逐出境;(5) 监禁;(6) 酷刑;(7) 强奸;(8) 基于政治、种族、宗教原因而进行迫害;以及(9) 其他不人道行为。第 4 条规定的是违反《日内瓦公约》共同第 3 条以及《第二附加议定书》的行为。[65]

---

〔60〕 参见:M. Bohlander, "Referring an Indictment from the ICTY and ICTR to Another Court-Rule 11 *bis* and the Consequences for the Law of Extradition", 55 ICLQ, 2006, p. 219. 还可以参见:后面,第 409 页及其以下。

〔61〕 参见:ICTY Annual Report 2007, A/62/172-S/2007/469, para. 10.

〔62〕 例如参见联合国秘书长的下列报告:S/1994/879 以及 S/1994/906;以及联合国人权委员会卢旺达问题特别报告员的报告:S/1994/1157, annex I and annex II;以及专家委员会的报告: S/1994/1125. 还可以参见:V. Morris and M. P. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, New York, 1998; L. J. van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, The Hague, 2005; L. Sunga, "The Commission of Experts on Rwanda and the Creation of the International Criminal Tribunal for Rwanda", 16 HRLJ, 1995, p. 121, 以及 R. S. Lee, "The Rwanda Tribunal", 9 *Leiden Journal of International Law*, 1996, p. 37.

〔63〕 第 10 条。

〔64〕 参见安理会第 1329 (2000)号决议。两个法庭本来只有一名检察官。2003 年,专门对卢旺达问题国际刑事法庭任命了一名独立检察官,参见:安理会第 1503 (2003)号决议。

〔65〕 参见:下文,第 21 章,第 1194 页。

第6条规定了计划、教唆、命令、犯下或协助所指罪行的人的个人刑事责任。

法庭对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内实施的严重违反国际人道法的行为以及对邻国境内实施的此种违反行为负有责任的卢旺达公民具有管辖权。[66]与前南国际刑庭一样,卢旺达国际刑庭与国内法院具有并行管辖权,但优先于所有国家的国内法院;在诉讼程序的任何阶段,法庭可以正式要求国内法院服从该国际刑庭的管辖。[67] 同样,任何人如犯有严重违反国际人道法行为并已受到卢旺达国际刑庭的审讯,就不应再受到国内法庭的审讯;任何人如犯有严重违反国际人道法行为而受到国内法院
409 的审讯,如有下列情况,仍有可能随后受到卢旺达国际刑庭的审讯:他或她受审的行为被定为普通罪行;或国内法院的诉讼程序不公正或不独立、或目的在包庇被告免于承担国际刑事责任、或该案件未被尽力起诉。[68]

法庭的前几年比较困难,检察官办公室和书记官处管理不善,是当时最大的问题。此后,法庭开始作出一些重要的判决。最开始的案件是"坎班达"案(*Kambanda* case)[69]和"阿卡耶苏"案(*Akayesu* case)[70]。前者是世界上第一个一国前任政府首脑(在作有罪辩护后)被判犯有种族灭绝罪的案件[71];后者是第一次要求国际法庭对1948年的《灭种罪公约》中的灭绝种族的含义进行解释以及对国际法中的强奸罪进行界定的案件。然而,审判进展令人失望,而且法庭与卢旺达也不时出现紧张关系。[72]

与前南国际刑庭一样,卢旺达国际刑庭也已经制定了一项完成工作的战略。尽管安理会在2002年对《程序规则》第11条进行了第二次修改,允许把案件移交给国内法院,但它在第1503(2003)号决议和第1534(2004)号决议中确认了该项完成工作战略。与前南国际刑庭一样,安理会增加了专案法官的数目,还作出了各种有关法庭管理方面的决定。2003年,还任命了一名卢旺达国际刑庭的独立检察官。法庭集中起诉那些处于领导岗位的个人,以及对种族灭绝负有最大责任的个人,而检察官也一直在复查他的案卷,以便确定哪些案件适合移交给国内法院审判。检察官作出的这种决定需要经过司法审查。检察官还与包括卢旺达在内的各国讨论把案件(尤其是针对那些已经受到检察官

---

〔66〕 第7条。

〔67〕 第8条。

〔68〕 第9条。

〔69〕 例如参见:联合国秘书长关于内部监督服务处行为的报告,A/51/789以及ICTR Annual Report 1997, A/52/582-S/1997/868.

〔70〕 ICTR T. Ch. 1998年9月4日。

〔71〕 ICTR T. Ch. 1998年9月12日。

〔72〕 截至2007年5月,已经作出了27份判决,涉及33位被告,参见:ICTR Annual Report 2007, A/62/284-S/007/502.

办公室的调查但尚未发出起诉书的被告)移交给国内法院审理的事宜。这里面需要考虑的因素包括:在相关国家是否能得到公正审判、被告在种族灭绝期间的地位以及参与程度、被告与其他案件可能具有的联系、涵盖卢旺达主要地域的必要性、与被告有关的证据 410
是否存在、以及移交给国内法院起诉的调查材料是否存在等。[73]

国际刑事法院(ICC)[74]

1948 年的《灭种罪公约》第 6 条规定,被控犯有种族灭绝的人应当受到行为实施地国家法院的审判,或受到将来建立的"国际刑事法庭"的审判。国际法委员会开始研究设立此种国际法院的可能性,随后提交了一份报告。[75] 然后,这个事情被移交给联大。后者起草了一份规约草案。[76] 然而,这个问题一直被推迟很久才完成了对侵略的界定以及《危害人类和平与安全罪法典草案》起草工作。基本上由于政治原因,一直没有取得进一步进展,直到 1989 年才由特立尼达和多巴哥提出了设立一个打击贩毒的国际刑事法院的建议。鉴于 20 世纪 90 年代早期南斯拉夫局势发展非常紧急,国际法委员会在 1994 年通过了《国际刑事法院规约草案》。[77] 该规约草案建议设立一个国际刑事法院,它不仅对种族灭绝、战争罪、危害人类罪和侵略具有管辖权,而且对某些"条约规定的犯罪",例如联合国公约规定的恐怖主义和毒品犯罪,也具有管辖权。与《国际刑事法院规约》相比,该规约草案在许多地方显得范围更小,例如它并没有规定检察官具有自己主动启动调查的权力。然而,国际法委员会草案产生了影响。1995 年 12 月,建立了一个筹 411

---

〔73〕 参见:2007 年《关于卢旺达问题国际刑事法庭完成工作战略的报告》,S/2007/676, paras. 32 ff. 在被起诉的 14 名在逃犯罪嫌疑人中,有 5 名因其在 1994 年种族灭绝事件中担当领导者而指定由法庭进行审理:同上,para. 38.

〔74〕 例如参见:Schabas, *International Criminal Court*; *The Permanent International Criminal Court*: *Legal and Policy Issues* (eds. D. McGoldrick, P. Rowe and E. Donelly), Oxford, 2004; *The Rome Statute of the International Criminal Court* (eds. A. Cassese, P. Gaeta and J. R. W. D. Jones), Oxford, 2002; M. C. Bassiouni, "The Permanent International Criminal Court" in Lattimer and Sands, *Justice for Crimes Against Humanity*, p. 173; B. Broomhall, *International Justice and the International Criminal Court*: *Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, 2003, 以及 *The International Criminal Court*: *The Making of the Rome Statute* (ed. R. Lee), The Hague, 1999.

〔75〕 参见:联大第 260 (III) B 号决议;以及 A/CN.4/15 和 A/CN.4/20 (1950).

〔76〕 UNGAOR A/2645.

〔77〕 参见:《国际法委员会第 46 届会议的报告》,A/49/10, pp. 43 ff. 尤其需要参见:J. Crawford, "The ILC's Draft Statute for an International Criminal Court", 88 AJIL, 1994, p. 140, 以及 Crawford, "TheMaking of the Rome Statute" in *From Nuremberg to The Hague*: *The Future of International Criminal Justice* (ed. P. Sands), Cambridge, 2003, p. 109.

备委员会。[78] 该委员会的工作[79]最后的结果在1998年召开了罗马大会。在经过努力之后,大会在1998年7月17日通过了《国际刑事法院罗马规约》。[80] 要使《罗马规约》生效,必须要求有60个国家批准该规约。2002年7月1日,这终于得以实现。与两个国际刑事法庭(前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭)不同,国际刑事法院并不是依据有拘束力的联合国安理会决议,而是基于国际条约设立的。这主要是因为:第一,尽管国家愿意接受安理会设立的(卢旺达国际刑庭的情况下)在属地和属时管辖方面都有限的法庭,但在未经其明确同意的情况下它们并不愿意看到一个具有更大管辖范围的常设国际刑事法院。第二,应当指出,《罗马规约》的范围和内容比两个国际刑事法庭的要广泛得多。《罗马规约》规定有128个条款,而《前南国际刑法庭规约》只规定了34个条款,《卢旺达国际刑庭规约》则只规定了32个条款。

《罗马规约》规定,国际刑事法院的管辖权限于"涉及整个国际社会的最严重的犯罪",即种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪。[81] 而且,实施本法院管辖权内的犯罪的人,应"负个人责任,并受到处罚"。[82] 国际刑事法院只对《规约》生效之后实施的
412 犯罪具有管辖权,也只对已经成为《规约》缔约国的国家具有管辖权。[83] 而且,只有当境内发生有关行为的国家(或如果犯罪发生在船舶或飞行器上,该船舶或飞行器的注册国),或犯罪被告人的国籍国是《规约》缔约国时,才可以实施管辖权。[84] 这表明,国际刑事法院的管辖权在性质上并不是普遍的,而是属地的或属人的。这还表明,如果罪行是在《规约》缔约国领土上实施的,那么即使不是《规约》缔约国的国民也可以被起诉。然而,当安理会根据《宪章》第7章采取行动把情势提交给检察官后,法院也可以具有管辖权,安理会的行动具有拘束力。在那种情况下,有关国家不必是《规约》的缔约国。[85]

---

〔78〕 联大第50/46号决议。还可以参见联大第51/207号和第52/160号决议。

〔79〕 参见:A/51/22以及A/CONF.183/13 (III), p.5.

〔80〕 参见:Schabas, *International Criminal Court*, pp.18 ff.

〔81〕 第5条。第6条至第8条详细规定了这些内容,参见:下文,第430页。另外,第9条规定了准备起草《犯罪要件》,以便协助法院解释和适用第6、7、8条的内容。2002年9月9日,缔约国大会通过了《犯罪要件》和《程序和证据规则》。然而,在《规约》对侵略罪的定义和对侵略罪行使管辖权的条件作出规定之前,不可以对侵略罪行使管辖权。2009年,将召开一次审查会议,讨论这个问题。

〔82〕 第25条。

〔83〕 第11条。然而,需要注意的是,根据第12条第3款的规定,一国可以发表声明,允许法院对2002年7月1日以后的某个特定案件行使管辖权。还应当注意的是,根据第124条的规定,一旦批准《罗马规约》,一国可以决定在七年之内不接受国际刑事法院对该国国民实施的战争罪或对该国领土上实施的犯罪刑事管辖权。实际上,只有法国和哥伦比亚两国利用了这一条款。

〔84〕 第12条第2款。

〔85〕 第13条第2款。

提交苏丹达尔富尔情势就是在这种背景下发生的。它是在2005年3月31日由安理会通过第1593号决议提交给检察官的。在对该情势进行初步审查之后，检察官在2005年6月1日启动了调查。经过对2002年7月1日以来在达尔富尔据称实施的犯罪长达21个月的调查之后，检察官向法官提交了证据。法官随后传唤两名点名的苏丹个人就据称实施的战争罪和危害人类罪的指控出庭受审，一名是苏丹政府中的部长，另一名是军事官员。[86] 2007年4月27日，第一预审分庭对这两个人发出了逮捕令。[87]

除了安理会提交外，当《规约》缔约国向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势[88]，或检察官自行启动调查时，国际刑事法院也可以对有关的一项或多项犯罪行使管辖权。[89] 在后面一种情形中，当检察官对所收到的资料的严肃性进行分析后认为有合理根据进行调查，应请求预审分庭授权调查，并附上收集到的任何辅助材料。被害人可以依照《程序和证据规则》向预审分庭作出陈述。预审分庭在审查请求及辅 413
助材料后，如果认为有合理根据进行调查，并认为案件显然属于本法院管辖权内的案件，应授权开始调查。这并不妨碍本法院其后就案件的管辖权和可受理性问题作出断定。[90]

目前，由缔约国提交的例子已经有三个。2003年12月，乌干达把涉及“圣灵抵抗军”的情势提交给检察官。[91] 2004年4月，刚果民主共和国把在该国领土上实施的犯罪

---

〔86〕 可访问：www. icc-cpi. int/library/organs/otp/ICC-OTPFact-Sheet-Darfur-20070227en. pdf.

〔87〕 参见：ICC-02/05-01/07-2 01-05-2007 1/16 CB PT 以及 ICC-02/05-01/07-3 01-05-2007 1/17 CB PT. 还可以参见：Schabas, *International Criminal Court*, pp. 47 ff. 2008年7月14日，检察官对苏丹总统申请签发逮捕令，据称其实施了种族灭绝、战争罪和危害人类罪，参见：ICC-OTP-20080714-PR341-ENG.

〔88〕 第13条第1款和第14条。

〔89〕 第13条第3款。

〔90〕 第15条。预审分庭拒绝授权调查，并不排除检察官以后根据新的事实或证据就同一情势再次提出请求。检察官在进行了第1款和第2款所述的初步审查后，如果认为所提供的资料不构成进行调查的合理根据，即应通知提供资料的人。这并不排除检察官审查根据新的事实或证据，就同一情势提交的进一步资料。

〔91〕 2004年7月，检察官开始了调查。2005年7月8日，第二预审分庭对“圣灵抵抗军”的五名高级指挥官发出了逮捕令，指控其犯有危害人类罪和战争罪。2005年10月13日，公开了这些逮捕令。可访问：www. icc-cpi. int/library/cases/ICC20051410-056-1 English. pdf 以及 Schabas, *International Criminal Court*, pp. 36 ff.

情势提交给检察官。[92] 2004 年 12 月，中非共和国把该国 2002 年至 2003 年武装冲突期间的情势提交给检察官。[93]

然而，为了获得国家对国际刑事法院的支持，第 16 条规定，如果安全理事会根据《联
414 合国宪章》第七章通过决议，向本法院提出要求，在其后 12 个月内，本法院不得根据本规约开始或进行调查或起诉；安全理事会可以根据同样条件延长该项请求。[94] 第 98 条第 2 款规定，如果被请求国执行本法院的一项移交请求，该国将违背依国际协定承担的义务，而根据这些义务，向本法院移交人员须得到该人派遣国的同意，则本法院不得提出该项移交请求，除非本法院能够首先取得该人移交国的合作，由该移交国同意移交。这个条款旨在解决义务的冲突问题，例如各种《部队地位协议》规定了在海外驻扎的士兵的地位，它们一般允许派遣国对自己的士兵行使刑事管辖权。美国已经为了广泛的目的利用了这一条款。美国与许多国家签订有许多双边协定，其中有些国家是《罗马规约》的缔约国，而有些不是。这种双边协定规定，一方不得以任何目的向国际刑事法院引渡或移交另一方的国民、现任或前任官员、或军事人员。这种策略已经受到广泛批评，而且也具有高度争议性。[95]

---

〔92〕 参见：ICC-OTP-20040419-50-En. 2004 年 6 月，开始了调查，关于检察官开始的第一次调查，参见：ICC-OTP-20040623-59-En. 2006 年初，对托马斯·卢班加·迪伊洛（Thomas Lubanga Dyilo）发出了逮捕令，指控其触犯了多项罪名，包括征募和使用儿童兵，参见：*ICC Newsletter*, No. 10, November 2006. 然而，法庭命令中止诉讼程序，基于公正审判的原因，被告得到释放。现在正在上诉中，参见：ICC-01/04-01/06, 2 July 2008. 2007 年 7 月 2 日，对热尔曼·加丹加（Germain Katanga）发出了逮捕令。他随后在 10 月份被送交法院的看守所，可访问：www. icc-cpi. int/library/cases/DRC-18-10-07 En. pdf. 2007 年 7 月 7 日，对马斯尤·恩古德约洛·丘伊（Mathieu Ngudjolo Chui）发出了逮捕令。他随后在 2008 年 2 月被送交法院的看守所，可访问：www. icccpi. int/pressreleasedetails&id = 329. html. 后两位被告都被控在刚果情势中有罪。还可以参见：Schabas, *International Criminal Court*, pp. 42 ff.

〔93〕 2007 年 5 约，开始了调查，可访问：www. icccpi. int/library/press/pressreleases/ICC-OTP-BN-20070522-220 A EN. pdf 以及 Schabas, *International Criminal Court*, pp. 51—2.

〔94〕 参见：安理会第 1422（2002）号决议。该决议要求国际刑事法院，如出现涉及参与联合国所设立或授权的行动、但不是《罗马规约》缔约国的国家目前或以前的官员或人员有关上述行动的行为或不行为的案件，在 12 个月期间内不要对任何此类案件开始或着手进行调查或起诉。随后，第 1487（2003）号决议又延长了 12 个月，但此后却没有。例如参见：D. McGoldrick, "Political and Legal Responses to the ICC" in McGoldrick *et al. The Permanent International Criminal Court*, p. 415. 然而，第 1497（2003）号决议和第 1593（2005）号决议规定，来自不是《罗马规约》缔约国的国家的人员就在利比里亚和达尔富尔的多国部队或联合国部队有关的所有行为都只受到国籍国的专门管辖。参见：Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, pp. 142 ff.

〔95〕 例如参见：Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, pp. 144—5; M. Benzing, "US Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court", 8 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2004, p. 182, 以及 Schabas, *International Criminal Court*, pp. 29 ff.

国际刑事法院的一个主要特征，而且也是它与两个国际刑事法庭的不同之处的特征，是它建立在补充性原则的基础之上。这表明国内法院基本上具有优先性。在一些情形中，案件是不可受理的，法院也不能行使管辖权。[96] 首先，对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉，除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉；其次，对 415
案件具有管辖权的国家已经对该案进行调查，而且该国已决定不对有关的人进行起诉，除非作出这项决定是由于该国不愿意[97]或不能够[98]切实进行起诉；最后，有关的人已经由于作为控告理由的行为受到审判，除非在国际刑事法院以外的该另一法院的诉讼程序是为了包庇有关的人，使其免负本法院管辖权内的犯罪的刑事责任，或那些诉讼程序并不是以独立或公正的方式进行的。[99]

法院由四个机关组成。它们分别是：院长会议；上诉庭、审判庭和预审庭；检察官办公室；以及书记官处。[100] 选举产生的18名法官必须是独立的，而且是全职的[101]，必须在刑法或相关的国际法领域具有公认的能力，必须代表世界主要法系、体现公平地域代表性和对男女法官的公正代表性的需求。法官是缔约国大会选举产生的，适用相当复杂的投票规则。[102] 院长会议是由院长及第一和第二副院长组成的，适当管理本法院（除检察官办公室以外）的工作[103]；书记官处负责法院非司法方面的行政管理和服务。[104] 检察官办公室是作为法院的一个单独机关独立行事，负责接受和审查提交的情势以及关于本法院管辖权内的犯罪的任何有事实根据的资料，进行调查并在本法院进行起诉。[105] 办公室由检察官领导。检察官由缔约国大会成员通过无记名投票选出，并由一名或多名副

---

〔96〕 第17条。还可以参见：*Thomas Lubanga Dyilo* case，ICC-01/04-01/06，关于检察官申请逮捕令的决定，2006年2月10日。

〔97〕 为了对这点作出判断，法院必须考虑已经或正在进行的诉讼程序，或一国所作出的决定，是否是为了包庇有关的人，使其免负第五条所述的本法院管辖权内的犯罪的刑事责任；诉讼程序发生不当延误；以及已经或正在进行的诉讼程序是否是以独立或公正的方式进行。参见：第17条第2款第1—3项。

〔98〕 为了对这点作出判断，法院必须考虑一国是否由于本国司法系统完全瓦解，或实际上瓦解或者并不存在，因而无法拘捕被告人或取得必要的证据和证言，或在其他方面不能进行本国的诉讼程序。参见：第17条第3款。

〔99〕 第20条第3款。

〔100〕 第34条。

〔101〕 第40条。

〔102〕 第36条。

〔103〕 第38条。

〔104〕 第43条。

〔105〕 进一步参见：第53—55条。

416 检察官协助。[106]

预审庭主要由具有刑事审判经验的法官组成，在该庭的任期为三年。预审分庭由一名法官或由三名法官组成。[107] 预审分庭确认或驳回开始调查的授权请求，并对案件是否属于法院的管辖权范围作出初步判断，这并不影响法院随后对管辖权和案件可受理性的判断。对于检察官依据自己的职权作出的、应国家依据第 14 条提交情势的请求作出的或者联合国安理会依据第 13 条第 2 款作出的不继续调查的决定，预审分庭也可以进行复核。[108] 预审分庭可以经检察官请求发出逮捕令、传唤出庭、在必要的时候，下令保护被害人和证人及其隐私，保全证据，保护被逮捕或被传唤到庭的人，及保护国家安全资料。在某人被移交或自动到本法院出庭后的一段合理时间内，预审分庭应举行听讯，确认检察官准备提请审判的指控。听讯应在检察官和被指控的人及其律师在场的情况下举行。一旦预审分庭确认指控并把该人提交审判分庭审判后，院长会议即应组成审判分庭负责进行以后的诉讼程序。

审判庭也主要由具有刑事审判经验的法官组成，在该庭的任期三年。审判分庭的职能由审判庭三名法官履行。[109] 审判分庭的主要职责是确保审判公平从速进行，充分尊重被告人的权利，并适当顾及对被害人和证人的保护。[110] 审判分庭还决定被告是否有罪。在判决被告有罪的情况下，可以判决一定年限的有期徒刑，但最高刑期不能超过 30 年或无期徒刑。还可以处以罚金。[111] 审判分庭还可以直接向被定罪人发布命令，具体列明应向被害人作出的适当赔偿，包括归还、补偿和恢复原状。[112] 审讯必须公开进行，除非在特殊情况下，为了保护提交的证据中的机密和敏感资料或为了保护被害人和证
417 人，某些诉讼程序可以秘密进行。[113]

上诉庭由对相关国际法领域具有公认能力的法官组成，上诉分庭由上诉庭全体法官组成。[114] 检察官或被定罪人可以就预审分庭和审判分庭的决定向上诉分庭提起上诉。可以基于程序错误、认定事实错误、适用法律错误、或影响到诉讼程序或裁判的公正性或可靠性的任何其他理由对判刑提起上诉。而且，还可以基于罪刑不相称为由对判刑提起

---

〔106〕 第 42 条。
〔107〕 第 39 条第 2 款第 2 项第 3 目。
〔108〕 第 53 条。
〔109〕 第 39 条第 2 款第 2 项第 2 目。
〔110〕 第 64 条。
〔111〕 第 77 条。
〔112〕 第 75 条第 2 款。
〔113〕 第 68 条。
〔114〕 第 39 条第 2 款第 2 项第 1 目。

上诉。[115] 上诉分庭可以推翻或修改决定、判决或判刑，也可以命令由另一审判分庭重新审判。[116]

混合法院和其他国际化的国内法院和法庭[117]

除了在属时和属地方面受到限制的国际刑事法庭和常设的国际刑事法院外，近年来还出现了一种新形式的司法机构。在这种司法机构中，国际和国内因素在各个方面共同存在。为了方便起见，可以把这种机构称为“混合法院”。这种机构主要是为了增强正当性、在国内和国际范围内提高可接受性。它们总是出现在冲突局势结束之后，而且如果纯粹依赖国内机制就会出现巨大政治风险或成本的困难。然而，就像马上会看到的，已经采取了多种模式。它们在正式的法律渊源、宪法地位、可适用的法律和结构都是不同的。它们当中有一些机制更确切地说应该被称为“国际化的法院或法庭”[118]，因为在 418
国际和国内的技巧方面，更多地倾向于后者。它们基本上是国内法院，适用的是国内法，但在某种意义上却具有明显的国际因素，例如它们的职责或起源、可适用的法律的基础或聘请国际专家。尽管很难把有些法院放到这种类型，但这种类型扩大了国际关注的内容，而且牵涉到了对国际犯罪承担个人刑事责任的问题，即使那些国际犯罪后来被并入国内法中。

塞拉利昂问题特别法庭

在塞拉利昂血腥的内战之后，根据联合国和塞拉利昂在 2002 年 1 月 16 日签署的协议设立了塞拉利昂问题特别法庭。该协议是应联合国安理会第 1315(2000)号决议的要求签署的，目的是为了在个人刑事责任的基础上起诉对 1996 年 11 月 30 日以来塞拉利

---

[115] 第 81 条。当事双方均可以对下列裁判提出上诉：关于管辖权或可受理性的裁判；准许或拒绝释放被调查或被起诉的人的裁判；预审分庭根据第 56 条第 3 款自行采取行动的决定。参见：第 82 条。

[116] 第 83 条。如果在审判时无法得到的、并且对于上诉分庭变更或修改判刑有足够重要的，可以申请变更判刑。参见：第 84 条。

[117] 例如参见：*Internationalized Criminal Courts* (eds. C. P. R. Romano, A. Nollkaemper and J. K. Kleffner), Oxford, 2004; Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, chapter 9; Schabas, *The UN International Criminal Tribunals*; 以及 L. A. Dickinson, "The Promise of Hybrid Courts", 97 AJIL, 2003, p. 295.

[118] 关于这一称法，参见：M. P. Scharf, "The Iraqi High Tribunal", 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 258, 259.

昂境内严重违反国际人道法和塞拉利昂法律的行为负最大责任的人。[119] 然而，该协议规定，根据塞拉利昂政府与联合国、他国政府或区域组织间的协议，或以其他方式经塞拉利昂政府的同意，对于在该国的维持和平人员及相关人员实施的违法行为，派遣国具有“主要管辖权”。[120]

419 特别法庭由分庭（两个审判分庭和一个上诉分庭）、检察官和书记官处组成。审判分庭由三名法官组成，其中一名法官由塞拉利昂政府任命，另两名法官由联合国秘书长任命；上诉分庭由五名法官组成，其中二名法官由塞拉利昂政府任命，另三名法官由联合国秘书长任命。[121] 上诉分庭应审理由被审判分庭定罪的人或由检察官基于下列理由提出的上诉：程序错误；法律问题上的错误，致使裁判无效；认定事实错误，造成审判失当。上诉分庭可以维持、推翻或修改审判分庭所作的裁判。为此，特别法庭上诉分庭的法官应以前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭上诉分庭的裁判为指导。在塞拉利昂法律的解释和适用方面，应以塞拉利昂最高法院的裁判为指导。[122]

检察官是由联合国秘书长任命的，任期为三年，应作为特别法庭的一个特设机关独立行事。他负责调查和起诉对 1996 年 11 月 30 日以来在塞拉利昂境内严重违反国际人道法的行为和违反塞拉利昂法律的犯罪行为负最大责任的人。检察官办公室有权讯问嫌疑人，询问被害人和证人，收集证据并进行现场调查。检察官应得到一名塞拉利昂籍副检察官的协助，并得到其他塞拉利昂籍工作人员和国际工作人员的协助。[123] 书记官处由秘书长同特别法庭庭长协商后任命，负责特别法庭的行政管理和服务。[124]

---

〔119〕 S/2002/246 包含的《协定》（附件二）第 1 条、以及 S/2002/246 附件三《特别法庭规约》第 1 条和第 6 条，还可以参见安理会第 1436 号（2002 年）决议，确认“大力支持”该法庭，以及联合国秘书长委托审查特别法庭工作的独立专家卡塞塞（A. Cassese）教授提交的关于该特别法庭的报告，2006 年 12 月，可访问：www. sc-sl. org/documents/independentexpertreport. pdf. 还可以参见：R. Cryer, “A ‘Special Court’ for Sierra Leone”, 50 ICLQ, 2001, p. 435; Schabas, *The UN International Criminal Tribunals*; A. Smith, “Sierra Leone: The Intersection of Law, Policy and Practice”, P. Mochochoko and G. Tortora, “The Management Committee for the Special Court for Sierra Leone”, 以及 W. A. Schabas, “Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms” in Romano *et al.*, *Internationalized Criminal Courts*, at pp. 125, 141 and 157 respectively.

〔120〕 《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 1 条第 2 款。

〔121〕 第 12 条第 1 款。2002 年 7 月，任命了 8 名法官，参见：UN Press Release SG/A/813. 目前，共有 11 名法官和 1 名替补法官。

〔122〕 第 20 条。根据第 21 条的规定，如果发现一项新事实，而此事实在审判分庭或上诉分庭审理案件时未为人所知，并且可能是达成裁判的一项决定性因素，则被定罪人或检察官可以提交复核判决请求书。上诉分庭可驳回请求，重组审判分庭或保留对该事项的管辖权。

〔123〕 第 15 条。

〔124〕 第 16 条。

特别法庭的管辖权体现了在创设过程和工作人员构成方面的混合性质。法庭对危害人类罪、违反《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》、其他严重违反国际人道法的行为[125]、以及塞拉利昂法律规定的某些犯罪[126]具有管辖权。《规约》第8条规定，特别法庭与塞拉利昂国内法院拥有共同管辖权。但是，特别法庭优先于塞拉利昂国内法院。在诉讼程序的任何阶段，特别法庭可正式要求国内法院服从特别法庭的职权。特别法庭2006—2007年的年报指出，从2003年3月至9月已经有13人被起诉。其中有9人已经被关押，1人已经死亡，1人仍然在逃，还有2份起诉书被撤回。从2004年开始，对被关押的9人开始了审判，并在2005年进行了三次联合审判。尤其受到关注的是"查尔斯·泰勒"案(Charles Taylor case)。他是利比里亚的前总统。2004年5月，上诉分庭驳回了他提出的享有豁免权的请求[127]，现在正在位于海牙的国际刑事法院内等待审判。[128] 2007年6月20日，法庭作出了审判"革命联合阵线"(AFRC)的判决，有三名被告被判有罪。2007年7月19日，又就量刑问题作出了判决。2008年2月22日，法庭对量刑提出的上诉被驳回。[129] 2007年8月2日，第一审判分庭对接受审判的所谓"民防部队"(CDF)的三名领导作出了判决。其中有一名在宣布判决之前已经死亡，而另外两名被判有罪。[130] 特别法庭通过了完成工作的战略，规定在2007年诉讼程序应当结束。[131] 然而，这个目标并没有实现。 420 421

柬埔寨特别分庭

1975年，在波尔布特(Pol Pot)的领导下，经过内战之后，"红色高棉"在柬埔寨掌权，继续实施大规模的暴行。据称，暴行导致超过100万人死亡。1979年，越南入侵柬埔寨，推翻了该政权。1997年，柬埔寨政府请求联合国协助设立审判程序，以便起诉"红色

---

[125] 《规约》第2条至第4条。

[126] 《规约》第5条。这些犯罪涉及《1926年防止虐待儿童法》内有关虐待女童的犯罪和《1861年恶意损坏罪法》内有关恣意破坏财产的犯罪。然而，特别法庭对被控告的犯罪发生时不满15岁的人不具有管辖权。已被特别法庭审判的人，不得因同一行为再由塞拉利昂国内法院审判。因本规约第2条至第4条所述行为而经由国内法院审判的人，在下列情况下，随后仍然可以由特别法庭进行审判：受审的行为被定为普通罪；或国内法院的诉讼程序缺乏公正或独立性，其目的是包庇被告人，使其免负国际刑事责任，或有关案件未经全力起诉。参见：第9条。

[127] 可访问：www. sc-sl. org/Documents/Taylor/SCSL-03-01-I-059. pdf.

[128] 参见：Annual Report 2006—7, p. 5.

[129] 可访问：www. sc-sl. org/AFRC. html.

[130] 可访问：www. sc-sl. org/documents/CDF/SCSL-04-14-T-785A. pdf. 还可以参见：S. M. Meisenberg, "Legality of Amnesties in International Humanitarian Law—The Lomé Decision of the Special Court for Sierra Leone", 86 *International Review of the Red Cross*, 2004, p. 837.

[131] 参见：A/59/816-S/2005/350.

高棉”的高级领导人。2001 年,柬埔寨国民大会通过了一项法律,决定设立一个法院,审判“红色高棉”政权期间实施的严重犯罪。2003 年 5 月 13 日,在经过长期的谈判之后,联合国大会通过了《联合国和柬埔寨王国政府关于按照柬埔寨法律起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的协定草案》,以便审判民主柬埔寨高级领导人和对 1975 年 4 月 17 日至 1979 年 1 月 6 日期间所实施的罪行和严重违反柬埔寨刑法、国际人道法和习惯以及柬埔寨承认的国际公约的行为负最大责任的人。[132] 2004 年 10 月 19 日,柬埔寨批准了该协定。

该协定第 2 条规定,特别法庭具有符合(2001 年)柬埔寨《设立特别分庭法》规定的属事管辖权,而且,该协定应按照该法在柬埔寨境内予以实施。然而,它还规定,1969 年的《维也纳条约法公约》适用于该协定。因此,尽管该协定与有关国内法关系密切,但应当把它看作是一项国际条约。特别法庭由一个审判法庭和一个最高法院法庭组成。前者由三名柬埔寨法官和两名国际法官组成;后者是上诉庭兼终审庭,由四名柬埔寨法官
422 和三名国际法官组成。联合国秘书长负责提名七名法官,作为柬埔寨国内最高司法机构的最高法官委员会从中任命五人出任两个法庭法官。[133] 该协定还规定,应当由一名柬埔寨调查法官和一名国际调查法官担任独立的共同调查法官,他们负责进行调查。[134] 并且,应当由有资格出席两个分庭诉讼的一名柬埔寨检察官和一名国际检察官担任共同检察官,他们负责进行起诉。[135]

特别法庭的属事管辖权包括 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》界定的灭绝种族罪、1998 年《国际刑事法院罗马规约》界定的危害人类罪、严重破坏 1949 年《日内瓦公

---

[132] 参见:联大第 57/228A、57/228B 和 A/57/806 号决议。还可以参见:R. Williams, “The Cambodian Extraordinary Chambers—A Dangerous Precedent for International Justice?”, 53 ICLQ, 2004, p. 227; G. Acquaviva, “New Paths in International Criminal Justice? The Internal Rules of the Cambodian Extraordinary Chambers”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 129; C. Etcheson, “The Politics of Genocide Justice in Cambodia” 以及 E. E. Meijer, “The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization and Procedure of an Internationalized Tribunal” in Romano *et al.*, *Internationalized Criminal Courts*, at pp. 181 and 207 respectively.

[133] 《协定》第 3 条。联合国秘书长在 2006 年 3 月提名了起名法官,最高法官委员会在 5 月批准了 30 名柬埔寨和国际法官的名单,等待皇家法令的任命。法官们在 2006 年 7 月宣誓就职。2007 年 6 月,通过了《内部规则》。2008 年 2 月,对该规则进行了修改。

[134] 第 5 条。

[135] 第 6 条。在共同调查法官和共同检察官情况下,联合国秘书长应提交一份有二名被提名人的名单,最高法官委员会应任命其中一人担任国际调查法官,一人担任国际共同检察官。两名共同调查法官和两名共同检察官之间的任何分歧应由五名法官组成的预审法庭解决;法庭三名法官由最高法官委员会任命,其中一名任庭长,二名由最高法官委员会根据秘书长的提名任命。参见:第 7 条。

约》的行为、以及2001年颁布的柬埔寨法律第二章所界定的其他罪行。[136] 程序应符合柬埔寨的法律。在柬埔寨的法律对某一特定事项没有规定时,或对柬埔寨法律的某一相关规则的解释或适用存在疑义时,或在怀疑有关规则是否符合国际标准时,也可借鉴国际一级所制定的程序规则。该协定还规定,特别法庭行使管辖权,应符合柬埔寨为缔约方的1966年《公民及政治权利国际公约》第14条和15条规定的公正、公平和正当法律程序的国际标准。[137]

检察官于2007年7月19日把五名犯罪嫌疑人提交分庭,请求对他们发出起诉书。2007年7月31日,对第一名犯罪嫌疑人(康克由,又称"杜赫")发出了起诉书。[138] 迄今 423
为止,有五名犯罪嫌疑人正等待分庭受审[139],并已对两个案件进行了上诉审理。[140]

科索沃根据第64号规章设立的审判庭[141]

1999年,在南斯拉夫联盟共和国(当时的名称,今已变成塞尔维亚)和北约之间发生了冲突。此后,联合国安理会通过了第1244号决议。除其他外,该决议要求在科索沃设立"国际民事存在"。国际民事存在的主要职责包括:促进"在最后解决之前,建立高度自治和自我管理";履行基本民事管理职能;组织民主和自治的自我管理临时机构并监督其发展;保护和促进人权。[142] 由"联合国科索沃临时当局特派团"(UNMIK)行使的国际民事存在的权限是非常广泛的。联合国科索沃临时当局特派团发布的第1号规章第1条第1款规定:"有关科索沃的所有立法和行政权力,包括司法机关的行政管理权,都属于联合国科索沃临时当局特派团所有,并由联合国秘书长的特别代表行使。"[143] 第1条第2款规定,联合国秘书长的特别代表有权任命任何人员履行科索沃民事行政管理的职责,包括对司法机关的行政管理,也有权根据可适用的法律撤销此种人员的职务。[144]

在2000年发生了一系列动乱之后,在当年通过了联合国科索沃临时当局特派团第

---

[136] 第9条。

[137] 第12条。

[138] Case file No. 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ. 还可以参见:Annual Report 2007, p. 11.

[139] Annual Report 2007, pp. 9 ff.

[140] Annual Report 2007, pp. 13—14.

[141] 例如参见:J. Cerone and C. Baldwin, "Explaining and Evaluating the UNMIK Court System" 以及 J. C. Cady and N. Booth, "Internationalized Courts in Kosovo: An UNMIK Perspective" in Romano *et al.*, *Internationalized Criminal Courts*, at pp. 41 and 59 respectively. 还可以参见:S. de Bertodano, "Current Developments in Internationalized Courts", 1 *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 226, 239 ff., 以及 *Finding the Balance: The Scales of Justice in Kosovo*, International Crisis Group, 2002.

[142] 第10段和第11段。

[143] UNMIK/REG/1991/1, S/1999/987, p. 14.

[144] 经下面这个规章修改:UNMIK/REG/2000/54。

2000/6 号规章,规定了对国际法官和检察官的任命事项。[145] 此外还通过了联合国科索沃临时当局特派团第 2000/64 号规章,规定联合国科索沃临时当局特派团经被告、辩护律师或检察官请求,可以设立审判庭(以"根据第 64 号规章设立的审判庭"著称),该审
424 判庭由三名法官组成,包括至少两名国际法官。国际法官作为科索沃定期的法院法官行事,他们的权力来自国内立法,但他们审判案件的权力来自他们自己的控制或联合国秘书长在科索沃的特别代表的命令。可适用的法律是特别代表颁布的规章以及根据 1989 年 3 月 22 日当时在科索沃生效的法律颁布的辅助文件。[146] 然而,出现了问题,尤其是国际法官重审时推翻国内法院作出的判决的比率很高,而且没有系统地出版案件判决和判决摘要。[147] 2008 年初,科索沃宣布独立。[148]

东帝汶审理严重犯罪的特别审判庭[149]

在印度尼西亚对东帝汶长期占领结束之后,亲印度尼西亚的民兵煽动在东帝汶实施暴行。此后,联合国安理会建立了"联合国东帝汶过渡行政当局"(UNTAET)。该过渡行政当局具有管理该块领土的广泛职责。[150] 根据 1999 年 11 月 27 日通过的第 1 号规章,包括司法机关的行政管理权在内的所有与东帝汶相关的立法和行政权力都赋予了联合国东帝汶过渡行政当局,并由过渡行政长官行使。该行政长官还有权任命任何人员履行对该块领土民事行政管理的职责,包括对司法机关的行政管理,也有权撤销此种人员的
425 职务,并发布规章和指令。联合国东帝汶过渡行政当局设立了一套新的法院体系[151],包

---

[145] 刚开始是在米特罗维察,后来在所有国内法院和最高法院。参见:UNMIK Regulation 2000/34. 注意:2000 年 9 月,建立科索沃战争和种族罪法院的尝试被放弃,参见:Cady and Booth, "Internationalized Courts in Kosovo", p. 60.

[146] 参见:UNMIK/REG/1999/24 以及 UNMIK/REG/2000/59. 第 1 条第 3 款规定,行使公共职责的所有人员必须遵守国际公认的人权标准,尤其包括《世界人权宣言》、两个国际人权公约、《欧洲人权公约》、《禁止种族歧视公约》、《禁止对妇女歧视公约》、《禁止酷刑公约》和《儿童权利公约》。

[147] 例如参见:de Bertodano, "Current Developments in Internationalized Courts", pp. 239 ff.

[148] 参见:上文,第 5 章,第 201 页。

[149] 例如参见:S. de Bertodano, "East Timor: Trials and Tribulations" in Romano *et al.*, *Internationalized Criminal Courts*, p. 79; S. Linton, "Prosecuting Atrocities at the District Court of Dili", 2 *Melbourne Journal of International Law*, 2001, p. 414, 以及 S. Linton and C. Reiger, "The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor's Special Panels for Serious Crimes on Admission of Guilt, Duress and Superior Orders", 4 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2001, p. 1. 还可以参见 2007 年 4 月由司法体系监督项目发布的报告,可访问: www. jsmp. minihub. org/Reports/2007/SPSC/SERIOUS% 20CRIMES% 20DIGEST% 20 (Megan) % 20250407. pdf.

[150] 第 1272 号决议(1999 年)。还可以参见:第 1264 号决议(1999 年)以及 S/1999/24。

[151] UNTAET Regulations 2000/11 and 2000/14.

括在帝力地区法院和上诉法院内设立特别审判庭，审判严重犯罪。[152] 那些严重犯罪是指种族灭绝罪、战争罪、危害人类罪、谋杀罪、性犯罪和酷刑罪[153]，对此类罪行要承担个人刑事责任。[154] 可适用的法律是依据联合国东帝汶过渡行政当局第 1999/1 号规章第 2 条和第 3 条颁布的东帝汶法律以及随后的联合国东帝汶过渡行政当局的任何规章和指令；而且，当条件合适时，还包括可适用的条约和公认的国际法原则和规范，包括公认的关于武装冲突的国际法原则。

帝力地区法院的审判庭和上诉法院的审判庭均由两名国际法官和一名东帝汶法官组成。当案件特别重要或严重时，可以设立由五名法官组成的审判庭，其中三名是国际法官，两名是东帝汶法官。[155] 然而，在 2003 年之前，该套体系几乎没有发挥作用。在“阿曼多·多斯·桑多斯”案（*Armando Dos Santos* case）中，上诉法院作出的一个决定广受批评。[156] 该上诉法院认为，由于印度尼西亚对东帝汶的占领是非法的，印度尼西亚的法律在东帝汶从来都是无效的，因此应当适用的国内法是葡萄牙的法律；而且，第 2000/15 号规章不能溯及既往地适用，因此对于 2000 年 6 月 6 日之前实施的犯罪，只能适用葡萄牙的法律。[157] 2002 年 5 月 20 日，联合国把它的权力移交给东帝汶新的机构。尽管联合国东帝汶过渡行政当局的规章仍然有效，但联合国东帝汶过渡行政当局已经被“联合国东帝汶支助团”（UNMISET）取代。2005 年 5 月，联合国东帝汶支助团完成了使命，支助团内的“严重犯罪部门”也停止办公。因此，特别审判庭是否暂停审理并不非常确定。到目前为止，共进行了 55 次审理，大多数都涉及官职相对低层的被告。其中有 84 人被判罪，3 人被判无罪。[158]

426

---

〔152〕 Regulation 2000/15.

〔153〕 2000 年第 15 号规章第 4—10 条对此有界定。

〔154〕 第 14 条。

〔155〕 第 22 条。

〔156〕 参见：de Bertodano, “East Timor”, pp. 90 ff., 以及 de Bertodano, “Current Developments in Internationalized Courts: East Timor-Justice Denied”, 2 *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 910.

〔157〕 Case No. 16/201, 可访问：www. jsmp. minihub. org/Judgements/courtofappeal/Ct of App-dosSantos English22703. pdf.

〔158〕 参见 2007 年发表的特别法庭案例摘要，可访问：www. jsmp. minihub. org/Reports/2007/SPSC/SERIOUS%20CRIMES%20DIGEST%20(Megan)%20250407. pdf.

波斯尼亚战争罪法庭[159]

2003 年 1 月,在波斯尼亚的高级代表办公室[160]和前南斯拉夫问题国际刑事法庭发布了一系列联合结论,建议在波斯尼亚和黑塞哥维那国家法院内设立专门的法庭,审理战争罪案件。[161] 这得到了联合国安理会的支持。[162] 2005 年,特别法庭设立。该特别法庭对前南国际刑庭按照前南国际刑庭《程序和证据规则》第 11 条(经第二次修改后)向其移交的有关中低层被告的案件具有管辖权。这样一来,这套程序就成了前南国际刑庭完成工作战略的一部分。[163] 另外,特别法庭对前南国际刑庭检察官办公室向其移交的尚未完成调查的案件具有管辖权。第一个案件是在 2005 年 9 月 1 日移交给特别法庭的。[164] 而且,特别法庭还对那些被称为"拘押规则"的案件(Rules of the Road)具有管辖权。就在波斯尼亚冲突结束之后,为了消除广泛存在的遭到任意逮捕和羁押的恐惧,首次设立了一套"拘押规则"程序。刚开始时,波斯尼亚当局有义务把提议在波斯尼亚起诉的任何涉及战争罪的案件提交给前南国际刑庭检察官办公室,让其断定在逮捕犯罪嫌疑人之前证据是否已经达到了国际标准所要求的充分程度。这套复查职责随后在 2004 年 10 月开始由波斯尼亚国家法院检察官办公室内设立的战争罪特别部门承担。当案件尚未达到可以发出起诉书的程度并且检察官认为案件"非常敏感"时,案件将被转到特别法庭,否则它将在有关的县或区一级的法院审理。然而,如果已经发出了起诉书,那么案件将仍然留在有关的县或区一级的法院审理。

特别法庭由审判分庭和上诉分庭组成。目前共有五个审判庭,每个审判庭由两名国
427 际法官和一名当地法官组成,后者担任审判庭的庭长。国家法院的检察官办公室内设有一个关于战争罪的特别部门,其中有五名国际检察官和一名国际执行检察官,还有八名当地的检察官,包括副检察官。[165] 书记官处负责处理任命国际法官和检察官并与他们打交道的过程。国际法官是经国家法院的院长和最高司法和检察委员会主席的联合推

---

[159] 参见:Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, pp. 159 ff.; Bohlander, "Referring an Indictment from the ICTY and the ICTR to Another Court", p. 219; *Looking for Justice—The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina*, Human Rights Watch, 2006, 以及 *Narrowing the Impunity Gap-Trials Before Bosnia's War Crimes Chamber*, Human Rights Watch, 2007.

[160] 关于高级代表,参见:上文,第 5 章,第 231 页。

[161] 可访问:www. un. org/icty/pressreal/2003/p723-e. htm.

[162] 参见:第 1503 (2003)号决议。

[163] 参见:上文,第 407 页。

[164] *Prosecutor* v. *Radovan Stanković*, ICTY, Case No. IT-96-23/2-AR11 bis. 1, Decision on Rule 11 *bis* Referral (Appeals Chamber), 1 September 2005, para. 30.

[165] 参见:Human Rights Watch, *Looking for Justice*, pp. 4 ff.

荐由高级代表任命的，国际检察官则是经波斯尼亚首席检察长、最高司法和检察委员会主席、和书记官处联合推荐之后由高级代表任命的。[166]

截至2006年10月，特别法庭已经确认了8份起诉书，涉及32名被告。除了那些当地起诉的案件外，特别法庭还收到了前南国际刑庭依据《程序和证据规则》第11条（经第二次修改后）提交的5件案件，涉及9名被告。[167] 可适用的法律是波斯尼亚的法律，包括高级代表在2003年介绍的刑法和刑事诉讼法。

黎巴嫩问题特别法庭[168]

2005年2月，黎巴嫩前总理拉菲克·哈里里（Rafiq Hariri）被谋杀后，安理会设立了一个国际独立调查委员会，协助黎巴嫩当局展开调查。根据调查报告和黎巴嫩政府提出的关于设立“具有国际性质的法庭”审理那些涉嫌参与谋杀的人员的请求[169]，安理会通过了第1664号决议（2006年），敦促联合国秘书长与黎巴嫩政府达成一项协定，以便在刑事司法最高国际标准的基础之上设立一个具有国际性质的法庭。安理会在第1757号决议（2007年）中采纳了秘书长的报告。[170] 安理会根据《宪章》第七章采取行动，并根据 428
该决议所附的与黎巴嫩政府之间签订的协定设立了一个黎巴嫩问题特别法庭。该特别法庭的规约附在协定后面。

特别法庭不仅对那些谋杀拉菲克·哈里里负责的人具有管辖权，而且如果法庭认定2004年10月1日至2005年12月12日之间，或由各方决定并经安全理事会同意的此后任何日期，在黎巴嫩发生的其他攻击事件根据刑事司法原则存在关联，并同2005年2月14日攻击事件具有类似性质和严重性，法庭对那些对此类攻击事件负责的人也具有管辖权。[171] 特别法庭由分庭、检察官、书记官处和辩护方办公室组成。分庭独立法官的人数在11名至14名之间，由一名预审法官，一个审判分庭和一个上诉分庭组成。有单独一名国际法官作为预审法官视事；审判分庭由三名法官视事，其中一名为黎巴嫩法官，两

---

[166] 高级代表的任命是根据《代顿和平协定》附件十第5条对他的授权而作出的。

[167] 参见：Human Rights Watch, *Narrowing the Impunity Gap*, p. 5.

[168] 例如参见：Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, p. 155; B. Fassbender, “Reflections on the International Legality of the Special Tribunal for Lebanon”, C. Aptel, “Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon”, 以及 N. N. Jurdi, “The Subject-Matter Jurisdiction of the Special Tribunal for Lebanon”, *5 Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 1091, 1107 and 1125 respectively.

[169] 参见：安理会第1595（2005）、1636（2005）和1644（2005）号决议。还可以参见：S/2005/783以及S/2006/375.

[170] S/2006/893以及S/2007/150. 参见：安理会第1686（2006）号和第1748（2007）号决议，呼吁委员会的工作继续进行下去。

[171] 《规约》第1条。

名为国际法官。上诉分庭由五名法官视事,其中两名为黎巴嫩法官,三名为国际法官。[172] 检察官和书记官长是由联合国秘书长在与黎巴嫩政府协商之后任命的,而辩护方办公室主任则是由秘书长与特别法庭庭长协商后任命的。[173] 可适用的法律是黎巴嫩的刑法,特别法庭与黎巴嫩法院具有共同管辖权,而且前者具有优先性。[174]

伊拉克高等法庭[175]

2003 年 12 月 10 日,"联军临时管理当局"授权"伊拉克临时管理委员会"设立伊拉克特别法庭,审理据称针对萨达姆·侯赛因(Saddam Hussein)前政权的犯罪。[176] 2005 年,对特别法庭规约进行了修改,把特别法庭的名称改为"伊拉克高等法庭"。法庭对种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪具有管辖权。这些犯罪的定义建立在《罗马规约》规定的基础之上,并刚刚被纳入伊拉克法律。受审理的这些犯罪只限于在 1968 年 7 月 16 日至 2003 年 5 月 1 日之间[177]伊拉克国民或居民实施的行为。[178] 被控犯有法庭管辖范围内的犯罪的人承担个人刑事责任。[179] 特别法庭与国内法院具有共同管辖权,但特别法庭具有优先性。该法庭规约第 6 条第 2 款规定,法庭庭长应被要求任命非伊拉克国籍的国民以咨询的身份行事,或作为审判分庭或上诉分庭的观察员。规约还规定,非伊拉克国籍的国民的作用是向法官们提供关于国际法和相似特别法庭(无论是国际的还是其他的)的经验,以及监督特别法庭是否遵守一般的法律正当程序标准。在任命此种非伊拉克国籍的专家时,法庭庭长有权向包括联合国在内的国际社会寻求协助。然而,特别法庭的法官和检察官都是伊拉克国民。对特别法庭的批评很多,包括该法庭竟然可以判处

429

---

〔172〕 《规约》第 7 条和第 8 条。

〔173〕 《规约》第 11 条、第 12 条和第 13 条。2008 年 3 月 11 日,任命了书记官长,可访问:www. un. org/apps/news/story. asp? NewsID = 25925&Cr = Leban&Cr1.

〔174〕 《规约》第 2 条和第 4 条。

〔175〕 例如参见:Scharf, "The Iraqi High Tribunal", Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, p. 160; I. Bantekas, "The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity", 54 ICLQ, 2004, p. 237; M. C. Bassiouni, "Post-Conflict Justice in Iraq: An Appraisal of the Iraq Special Tribunal", 38 *Cornell International Law Journal*, 2005, p. 327; M. Sissons and A. S. Bassin, "Was the *Dujail* Trial Fair?", 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 272; G. Mettraux, "The 2005 Revision of the Statute of the Iraqi Special Tribunal", 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 287; S. de Bertodano, "Were There More Acceptable Alternatives to the Iraqi High Tribunal?", 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 294.

〔176〕 第 48 号命令。

〔177〕 这些日期反映的是复兴党控制伊拉克开始的日子和萨达姆政权倒台的日子。

〔178〕 《法庭规约》第 1 条和第 11—14 条。

〔179〕 第 15 条。

死刑，例如在“杜贾尔”案（*Dujail* case）中，就对萨达姆·侯赛因判处了死刑。[180]

塞尔维亚战争罪法庭

2003 年 7 月 1 日，塞尔维亚国民大会通过了一项法律，决定在贝尔格莱德地区法院设立一个专门的战争罪法庭，起诉和调查塞尔维亚法律中规定的危害人类罪和严重违反国际人道法的行为。在贝尔格莱德设立了一个战争罪检察官办公室。该法庭由两个审判庭和两位调查法官组成。每个审判庭由三位法官组成，他们是从贝尔格莱德地区法院中选举产生或从其他法院临时调派的。然而，它基本上是一个国内法院。[181]　430

国际罪行

接下来将简单考察目前产生个人刑事责任的国际犯罪的一些主要特征。需要注意的是，关于那些纯粹是国内法院对已被纳入国内立法的国际犯罪的管辖权问题将在第 12 章中介绍，而关于这种犯罪的国家责任则将在第 14 章中介绍。

种族灭绝[182]

《前南国际刑庭规约》第 4 条以列举的方式规定：

2. 灭绝种族指蓄意全部或局部消灭某一个民族、人种、种族或宗教团体，犯有下列行为之一：

（a）杀害该团体的成员；

（b）致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；

---

[180] 例如参见：N. Bhuta，“Fatal Errors：The Trial and Appeal Judgments in the *Dujail* Case”，6 *Journal of International Criminal Justice*，2008，p. 39；M. P. Scharf and M. A. Newton，“The Iraq High Tribunal's *Dujail* Trial Opinion”，*ASIL Insight*，2006 年 12 月 18 日，可访问：www. asil. org/insights/2006/12/insights061218. html，以及“人权观察”关于“杜贾尔”案审判发表的报告，可访问：http://hrw. org/english/docs/2007/06/22/iraq16230. htm.

[181] 战争罪法庭的第一次审判是“奥夫察拉”案（*Ovcara* case），是从 2004 年 3 月 9 日开始的。截至 2006 年，已经完成了三次审判，目前还有三个案件正在审判。参见：*Unfinished Business-Serbia's War Crimes Chamber*，Human Rights Watch，2007，pp. 1 ff. 还可以参见：M. Ellis，“Coming to Terms with its Past：Serbia's New Court for the Prosecution of War Crimes”，22 *Berkeley Journal of International Law*，2004，p. 165. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭已经把一些案件移交给法庭审理，例如参见：*Vladimir Kovačević*，ICTY Referral Bench，2006.

[182] 例如参见：Cryer *et al.*，*Introduction to International Criminal Law*，chapter 10；Werle，*Principles of International Criminal Law*，part 3；以及 Cassese，*International Criminal Law*，chapter 6. 应当和前面第 6 章中的相关章节一起阅读本节内容，参见：上文，第 282 页。

(c) 故意使该团体处于某种生活状况下,以毁灭其全部或局部的生命;

(d) 强制实行办法,意图防止该团体内的生育;

(e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。

它还规定,下列行为应予惩治:

(a) 灭绝种族;

(b) 预谋灭绝种族;

(c) 直接公然煽动灭绝种族;

(d) 意图灭绝种族;

(e) 共谋灭绝种族。[183]

自从第二次世界大战以来,种族灭绝已经被视为是一种国际犯罪。1948 年的《灭种罪公约》是该过程中一个关键步骤。前面讨论的大多数法院和法庭的规约也都在重要条款中规定了种族灭绝罪。然而,两个国际刑事法庭(前南国际刑庭和卢旺达国际刑庭)的判例法有助于澄清许多相关的原则。例如,这种犯罪明显的特征也许是需要证明存在全部或局部消灭某一团体的特定故意,因为种族灭绝不仅仅是杀人行为。在"耶里西奇"案(*Jelisić* case)中,前南国际刑庭强调了这一点。它指出:"实际上,是主观要件[与实际行为不同的故意]使种族灭绝具有特殊性,而且把它与普通犯罪和其他违反国际人道法的犯罪区分开来"。[184] 在"阿卡耶苏"案[185]中,卢旺达国际刑庭确认了这一点。它把必要的特定故意界定为:"作为犯罪构成要件必需的特定故意,该要件要求行为人明确寻求实施被控的行为"。审判分庭承认,证明这个关键的主观要件是很困难的,但同时指出:在没有供认的情况下,可以寻求通过事实进行推导。[186] 在"鲁朱"案(*Ruggiu* case)中,卢旺达国际刑庭认为,煽动他人实施种族灭绝的人自己也必须有实施种族灭绝的特定故意。[187] 然而,在"耶里西奇"案中,前南国际刑庭指出:在实践中,如果实施的犯罪并不是广泛的或没有得到某个组织或系统的支持,要证明某人具有种族灭绝的故意是很难

---

[183] 还可以参见:1948 年《灭种罪公约》第 4 条、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 2 条、以及《国际刑事法院规约》第 6 条。

[184] IT-95-10, para. 66.

[185] ICTR-96-4-T, 1998, para. 498.

[186] 同上,para. 523. 还可以参见下面这两个案件:*Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 1999, paras. 87 ff. 以及 *Musema*, ICTR-96-13-T, 2000, paras. 884 ff.

[187] ICTR-97-32-I, 2000, para. 14.

的。[188] 这与“鲁朱”案不同,因为在该案中,毫无疑问存在消灭图西族人的系统计划。

在“克尔斯蒂奇”案(*Krstić* case)中,前南国际刑庭对故意这项要件进行了进一步讨论,它指出:在一个有限的地域内(例如一国的某个地区或某个市)故意清除某个团体的,可以被定性为种族灭绝[189],而如果有“消灭某个团体的故意,即使只是该团体的局部,就表明是在寻求消灭该团体的一个明显部分,而不是该团体内孤立的个人的累积”。被企图消灭的团体的那个部分必须构成一个明显的要件。[190] 在上诉分庭对这个案件的判决中,它强调指出:得到公认的是, 432

> 如果要依据蓄意“局部”消灭一个受保护的团体而判决犯有种族灭绝罪,那么该局部必须是该团体重要的“局部”。《灭种罪公约》的目的是为了防止蓄意消灭整个团体,因此受到攻击的局部必须足以重要到对整个团体能够产生影响的程度。[191]

上诉分庭断定,如果有证据证明据称的行为人符合下列条件,那么就可以说满足了《规约》第4条所规定的灭绝种族的故意要件:

> 蓄意消灭至少构成受保护的团体重要的“局部”。在考虑在何种情况下受到攻击的“局部”重要到足以符合这项条件时,可能涉及许多因素。该团体受到攻击的“局部”的数量是一个必要的因素,而且也是考虑的出发点,尽管并不是在所有案件中都是最终的考察因素。受到攻击的个人的数量不仅应当根据绝对数字进行评估,而且还应当根据相对于整个团体的规模进行评估。除了需要考虑受到攻击的“局部”的数量外,它们在整个团体中的重要地位也是一个有用的考虑因素。如果该团体的某个特定的“局部”是整个团体的象征,或者对于整个团体的生存来说是关键的,那么就有助于判定该“局部”是第4条意义上的“重要的”局部。[192]

上诉分庭强调指出,每一个行为人必须具有必要的特定故意。[193]

蓄意“消灭”是指从物理学或生物学意义对该团体的全部或局部进行消灭,而不是,例如,为了消灭它的独特身份而攻击该团体的文化学或社会学意义上的特征。[194] 判例法也已经分析了有时候显得很困难的问题,即有关文件中专门提到的团体成员的定义问

---

[188] IT-95-10, paras. 100—1.

[189] IT-98-33-T, 2001, para. 589.

[190] 同上,para. 590.

[191] IT-98-33-A, 2004, para. 8.

[192] 同上,para. 12.

[193] 同上,para. 134.

[194] 同上,para. 25.

题。在“阿卡耶苏”案中[195]，卢旺达国际刑庭的审判分庭倾向于采用团体成员的客观定义[196]，但其他案件已经削弱了这一点，因为其他案件都强调的是作为有关框架一部分的
433 主观要件的重要性。[197]

就这种犯罪的客观要件来说，杀害行为显然是关键的有关行为。法庭认为，如果说有关行为不一定要是预谋的，无论如何必须是蓄意的。[198] 强迫移民（或“种族清洗”）本身并不构成种族灭绝[199]，但却能构成证明存在种族灭绝故意的一种行为模式。[200] “阿卡耶苏”案之所以重要，还因为它强调，如果强奸和性暴力是在为种族灭绝而具有必要的特定故意的情形下实施的，这种行为就等于种族灭绝。审判分庭断定，“性暴力是消灭过程的不可分割的组成部分，是专门攻击图西族妇女的并且专门为了消灭图西族妇女，乃至消灭整个图西族的”。[201] 而且，如果蓄意阻止该团体内的生育，无论是通过迫使因强奸生下来的小孩成为另一个团体的一部分，还是因为被强奸的妇女随后拒绝生育，这都构成种族灭绝。[202] 卢旺达国际刑庭还认为，除了可以通过作为的方式实施外，种族灭绝还可以通过不作为的方式实施。[203]

---

〔195〕 ICTR-96-4-T, 1998, paras. 511 ff.

〔196〕 在下面这个案件中，审判分庭强调了身份证中对民族的规定：*Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 1999, paras. 522 ff.

〔197〕 参见：*Rutaganda*, ICTR-96-3-T, 1999, paras. 55 ff. 还可以参见在下面这个案件中，审判分庭断定：“如果行为人认为被害人属于某个受保护的团体，那么分庭就可以把该被害人看作是种族灭绝意义上的受保护团体的成员”，*Bagilishima*, ICTR-95-1A-T, 2001, para. 65. 还可以参见：联合国达尔富尔调查委员会的报告，S/2005/60, paras. 500 ff.

〔198〕 例如参见：*Stakić*, IT-97-24-T, 2003, para. 515.

〔199〕 例如参见：the *Eichmann* case, 36 ILR, p. 5 以及 the *Brdjanin* case, IT-99-36-T, 2004, para. 118. 还可以参见在下面这个案件中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭认为，在不知道发生在斯雷布雷尼察的大屠杀的情况下，明知关于强迫迁移居民行动的事实不足以认定存在种族灭绝的共谋：the *Blagojević* case, IT-02-60-A, 2007, paras. 119 ff.

〔200〕 例如参见：the *Review of the Indictments Concerning Karadžić and Mladić Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, ICTY, IT-95-5-R61 以及 IT-95-18-R61, 11 July 1996, para. 94, 108 ILR, pp. 134—5. 还可以参见：劳特派特法官在下面这个案件中发表的个别意见，*Genocide Convention* (*Bosnia and Herzegovina* v. *Yugoslavia*) case, ICJ Reports, 1993, pp. 325, 431—2, 以及《国际刑事法院犯罪要件》，第6条第3款，脚注4，UN Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2 (2000).

〔201〕 ICTR-96-4-T, para. 731.

〔202〕 同上，paras. 507—8.

〔203〕 *Kambanda*, ICTR-97-23-S, 1998, paras. 39—40.

战争罪[204]

战争罪基本上就是那些严重违反有关国际人道法(又称"调整武装冲突的法律")的习惯法和条约规则的行为。[205] 《前南国际刑庭规约》第2条以列举的方式规定对下列行为具有管辖权:

> 严重破坏1949年8月12日各项《日内瓦公约》的情事,即下列破坏按照《日内瓦公约》规定受到保护的人或财产的行为者:(a) 故意杀害;(b) 酷刑或不人道待遇,包括生物学实验;(c) 故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害;(d) 无军事之必要,而以非法和横蛮之方式,对财产进行大规模的破坏与占用;(e) 强迫战俘或平民在敌对国军队中服务;(f) 故意剥夺战俘或平民应享的公允及合法审讯的权利;(g) 将平民非法驱逐出境或移送或非法禁闭;(h) 劫持平民作人质。

第3条规定,对违反战争法或惯例的行为具有管辖权。违反行为应包括下列事项,但不以此为限:

> (a) 使用有毒武器或其他武器,以造成不必要的痛苦;(b) 无军事上之必要,横蛮地摧毁,或破坏城市,城镇和村庄;(c) 以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物;(d) 夺取、摧毁或故意损坏专用于宗教、慈善事业和教育、艺术和科学的机构、历史文物和艺术及科学作品;(e) 劫持公私财产。[206]

因此,战争罪是国际人道法原则中分散的部分,是那些已经被公认为需要承担(除国家责任外)个人责任的犯罪行为。基本上,关于战争罪的法律适用于个人,而国际人道法则适用于国家。规定实施战争罪需要承担个人责任经历了很长的历史发展阶段。[207] 《纽伦堡宪章》第6条第2款把战争罪规定在该法庭的管辖范围以内,而严重破坏1949年《日内瓦公约》这个概念承认某些破坏行为可以受到各国的普遍管辖。传统上,国际

434

435

---

[204] 例如参见:Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, chapter 12; Werle, *Principles of International Criminal Law*, part 5; 以及 Cassese, *International Criminal Law*, chapter 4.

[205] 关于国际人道法,进一步参见:下文,第21章。

[206] 参见:《国际刑事法院规约》第8条。它所列出的55项具体罪行是穷尽的,而不是列举的。具体分为:严重破坏1949年8月12日《日内瓦公约》的行为;严重违反国际法既定范围内适用于国际武装冲突的法规和惯例的其他行为;在非国际性武装冲突中,严重违反1949年8月12日四项《日内瓦公约》共同第三条的行为;严重违反国际法既定范围内适用于非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为。还可以参见:《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4条关于违反《日内瓦公约》共同第3条和1977年《第二附加议定书》的行为、《塞拉利昂问题特别法庭规约》第3条、和《伊拉克高等法庭规约》第14条。

[207] 例如参见:1864年4月,美国军队《利伯法典》(Lieber Code)。

人道法在国际性和非国际性武装冲突之间作出区分,关于后者的法律规定相对来说要少很多。然而,《日内瓦公约》共同第3条规定了某些最低的标准,这些最低标准在1977年的《第二附加议定书》中得到了详细阐明。[208] 另外,由于发生在卢旺达的冲突显然是国内性质,因此《卢旺达国际刑庭规约》就违反适用于非国际性武装冲突的原则需要承担个人责任作出了必要规定,这实际上就是承认共同第3条和《第二附加议定书》就是承担刑事责任的基础。

一个重要的现代判决是在前南国际刑庭审理的"塔迪奇"案(*Tadić* case)中作出的。在关于该案件管辖权问题的裁决中,上诉分庭指出,当国家之间诉诸武装部队,或政府当局和有组织的武装团体之间或一个国家内部的这种团体之间存在长期的武装暴乱时,就存在武装冲突。国际人道法从这种武装冲突一开始就适用,并且扩展适用到敌对行动停止之后,直到缔结一项一般性的和平条约才停止适用;或者,在国内冲突的情形下,一直到达成一项和平的解决方案为止。在那个时刻之前,国际人道法持续适用于处于战争状态的国家的整个领土,或者,在国内冲突的情形下,适用于处于一方控制的整个领土,无论是否发生实际的战斗。[209] 因此,国际性和非国际性武装冲突的区别已经被最小化了。尽管它指出并不是国内冲突的每个方面都由国际法调整,但国际法调整的"领域包括:保护平民免受敌对行为影响,尤其是免受不分皂白的攻击的影响;保护民用物体,尤其是文化财产;保护所有没有(或不再)积极参加敌对行为的人员;禁止在国际性武装冲突中受到禁止的作战方法;禁止从事敌对行为的某些手段"。[210] 法庭进一步指出,违反习惯法和条约法规定的行为将产生个人刑事责任,无论冲突是国际性还是非国际性的。[211] 法庭断定,要适用《前南斯拉夫问题国际刑事法庭》第3条,违反行为必须是"严重的"。这
436 表明,它必须构成破坏一项保护重要价值的规则,而且破坏行为必须对被害人产生严重后果。另外,根据习惯法或条约法,违反有关规则的行为必定对违反该规则的人员产生个人刑事责任。[212]

"塔迪奇"案的判决现在可以被看作是国际法的体现。还应当指出的是,根据《国际刑事法院规约》的规定,有处理国际性冲突相当多的条款现在适用于国内冲突。[213]

---

[208] 参见:下文,第21章,第1194页。

[209] IT-94-1-T, Decision of 2 October 1995, para. 70, 105 ILR, pp. 453, 486.

[210] 同上,para. 127.

[211] 同上,para. 129.

[212] 同上,para. 94. 例如,还可以参见:the *Galić* case, IT-98-29-T, 2003, para. 11 以及 the *Kanyabashi* decision on jurisdiction, ICTR-96-15-T, 1997, para. 8.

[213] 参见:《规约》第8条第2款第3项和第5项。

危害人类罪[214]

《纽伦堡宪章》第6条第3款把“危害人类罪”包括在该法庭的管辖范围内,并把它定义为:“在战争发生前和战争期间,对任何平民居民实施的谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境,及其他不人道行为,或基于政治、种族或宗教原因,为执行或关涉本法庭管辖范围内之任何罪行而为之迫害,不问其是否违反犯罪所在国之法律。”[215]

《前南国际刑庭规约》第5条规定有权对国际或国内武装冲突中犯下下列针对平民的罪行负有责任的人予以起诉:(a) 谋杀;(b) 灭绝;(c) 奴役;(d) 驱逐出境;(e) 监禁;(f) 酷刑;(g) 强奸;(h) 基于政治、种族、宗教原因而进行迫害;(i) 其他不人道行为。《卢旺达问题国际刑事法庭》第3条也以相同的形式规定,只是它还专门规定,有关犯罪(与《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》中规定的那些犯罪相同)必须是出于民族、政治、人种、种族或宗教原因,在广泛的或有计划地攻击平民中实施的。《国际刑事法院规约》第7条规定,有关犯罪(强迫失踪和种族隔离是两个国际刑事法庭规约清单中新增加的)必须是在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中,在明知这一攻击 437
的情况下,作为攻击的一部分而实施的。

尽管与其他文件不同,《前南国际刑庭规约》第5条并没有特别提到要使行为构成危害人类罪必须要求存在广泛或有系统地攻击这项必要的框架条件,但通过1997年5月7日审判分庭对“塔迪奇”案作出的判决,这项条件已成为法庭的法理。它把“针对平民”解释为“行为必须在广泛或有系统的基础之上发生,必须存在政府、组织或团体实施这些犯罪某种形式的政策,而且行为人必须知道采取他的行为的背景”。[216]

在“阿卡耶苏”案中,审判分庭对“广泛或有系统地”进行了考察。它宣布:可以把“广泛的”这个概念界定为“大范围的、不断的、大规模的行动,它们是集体实施的,具有相当严重性,并针对各种被害人”;还可以把“有系统地”这个概念界定为“完全有组织的,而且基于涉及重大的公共或私人资源的共同基础遵循一种经常的模式”。它指出:尽

---

[214] 例如参见:Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, chapter 11; Werle, *Principles of International Criminal Law*, part 4; 以及 Cassese, *International Criminal Law*, chapter 5. 还可以参见:Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*.

[215] 《东京法庭宪章》和同盟国《管制委员会第十号法律》的规定几乎一样。唯一不同的是,该宪章把强奸、监禁和酷刑加到了不人道行为的清单中,而且不需要和战争罪或侵略之间存在联系,参见:Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, pp. 188 ff.

[216] IT-94-1-T, para. 644, 112 ILR, pp. 1, 214. 还可以参见:paras. 645 ff. 这在1999年7月15日上诉分庭的决定中得到重申,参见:para. 248, 124 ILR, pp. 61, 164.

管必须存在某种类型实现设想的计划或政策，但并不需要这种政策是作为国家政策正式通过的。[217] 在“布拉什基奇”案（*Blaškić* case）中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭是这样界定“有系统的”这个概念的：

> 存在一个政治目的、基于该政治目的实施攻击的计划、或广义的意识形态，来消灭、迫害或削弱一个团体；相当大规模地针对平民团体实施犯罪行为，或持续不断实施彼此有关联的不人道行为；准备和使用重要的公共或私人资源，无论是军事的还是其他的，并且在界定和确立有系统的计划时暗示有高层政治和（或）军事当局参与；但是，该计划不一定要明确宣布的，也不需要清晰而精确地表述。它可以从一系列事件的发生中归纳出来。[218]

在“库纳拉奇”案（*Kunarać* case）中，前南国际刑庭上诉分庭认为，虽然攻击是针对
438 平民居民和攻击是广泛的或有系统的是该罪的法定要件，但没有必要证明它们是存在一项政策或计划造成的后果。存在一项政策或计划在证据方面可能是相关的，但它并不是该罪的一项法定要件。[219]

许多相同的行为可能既构成战争罪，也构成危害人类罪，但后者的一个明显特征是，它不需要发生在武装冲突期间。然而，要构成危害人类罪，有关行为必须是作为广泛的或有系统的行动的一部分实施的，而且必须是针对任何平民居民实施的，因此与国籍无关。然而，重要的是，在这种情况下，必须在平民和非平民之间作出明确区分。在“马尔蒂奇”案（*Martić* case）中，审判分庭指出：就危害人类罪而言，不允许“平民”这个术语涵盖包括那些在实施犯罪时丧失战斗力的人员在内的所有没有实际参加战斗的人员，因为这将把战斗员与非战斗员之间的必要区分变得模糊不清。[220]

当然，从定义来看，尽管危害人类罪中的任何一种行为显然不会构成种族灭绝，但种族灭绝中的任何一种行为都可以构成危害人类罪。危害人类罪所需要的是“攻击”，而且“攻击”的含义是广泛的。例如，在“阿卡耶苏”案中，是这样界定这个术语的含义的：

> 它是《规约》第3条第（a）款至第（i）款规定的那类非法行为，例如谋杀、灭绝、奴役等。攻击也可以在性质上是非暴力的，例如实施种族隔离制度，因为根据1973

---

[217] ICTR-96-4-T, 1998, para. 580.

[218] IT-95-14-T, 2000, paras. 203—4, 122 ILR, pp. 1, 78.

[219] IT-96-23&23/1, 2002, para. 98.

[220] IT-95-11-T, 2007, paras. 55—6.

年《种族隔离公约》第1条的规定,它是一种危害人类罪。或者,如果以大规模或有系统的方式强迫居民以某种特定的方式行事,也符合攻击的含义。[221]

而且,还必须要求据称的行为人意识到他的行为是更广泛攻击的一部分。在"塔迪奇"案关于管辖权的决定中,上诉分庭断定:要判决犯有危害人类罪,必须证明犯罪涉及对平民居民的攻击,而且还必须证明被告知道他的行为是如此涉及的。[222] 即使他并不清楚攻击的目的,而且他是出于自身原因而实施的,也是如此。[223] 439

侵略[224]

侵略是公认的习惯国际法上的犯罪。《纽伦堡宪章》第6条规定该法庭的管辖权包括:"(1)破坏和平罪,即计划、准备、发动或实行被宣告的或未被宣告的侵略战争,或参加为达成上述任何行为的共同计划或阴谋。"许多被告因此被判犯有此罪。联大第95(1)号决议确认了《纽伦堡宪章》和纽伦堡审判的原则。在其中一份判决书中,侵略被称为"最严重的国际犯罪"。[225] 就像同盟国《管制委员会第十号法律》一样,《东京法庭宪章》也规定有相同的原则。1974年12月14日联大第3314(XXIX)号决议对违反《宪章》的侵略作出了界定。[226] 除了《国际刑事法院规约》第5条提到了侵略罪以外,没有其他文件提到侵略罪。的确,第5条第2款规定,在界定侵略罪的定义及规定本法院对这一犯罪行使管辖权的条件后,本法院即对侵略罪行使管辖权。之所以会出现这种迟延,是由几个问题引起的。首先,与其他严重的国际犯罪不同,侵略是一种涉及"领导"的犯罪,因此,为了判断是否存在侵略罪,首先的一点是:是被告以某种身份担任"领导者"的那个国家实施了侵略,而这是一个与个人因种族灭绝、战争罪或危害人类罪承担责任完全不同的问题。而且,在国家的侵略行为和个人的侵略罪之间存在哪些区别也是不清楚的。其次,《国际刑事法院规约》第5条第2款规定,关于法院对这一犯罪行使管辖权

---

[221] ICTR-96-4-T, 1998, para. 581.

[222] IT-94-1-A, 1999, para. 271, 124 ILR, pp. 61, 173.

[223] 同上,paras. 255 ff.

[224] 例如参见:Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, chapter 13; 以及 Werle, *Principles of International Criminal Law*, part 6. 还可以参见:Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4th edn, Cambridge, 2005。进一步参见:后面,第22章,第1240页。

[225] 参见:Judgment 186, 41 AJIL, 1947, p. 172.

[226] 还可以参见:《废弃战争的一般条约》(《白里安—凯洛格公约》),谴责把战争当作推行国家政策的一种工具;1954年国际法委员会《危害人类和平与安全罪法典草案》第1条;1996年经修改后的《法典草案》第1条第2款。1996年的《法典草案》第16条规定,作为积极参与或命令策划、准备、开始或发动由国家实施的侵略的领导人或组织者的领导人应对侵略罪承担责任。

440 的条件应符合《联合国宪章》有关规定。根据《宪章》第七章的规定,安理会有权断定是否发生了侵略行为,因此,有人主张,在法院可以追究个人实施侵略的责任之前,应当首先由安理会作出事先的认定。这引起了很大争论。[227] 然而,安理会的权力与法院的权力之间的关系问题仍然没有得到解决。现在,《罗马规约》缔约国大会正在协商讨论这些问题。[228]

结论:公正审判条款

关于因实施国际犯罪而引起的个人责任问题,国际法正在得到迅速发展。这一问题还涉及对被告人权的保护。下面这些条款就是公正审判的基本内容。例如,《前南国际刑庭规约》第21条规定:

1. 在国际法庭面前人人平等。

2. 被告在裁定对他的控告的过程中有权在符合《规约》第22条的情况下得到公平和公开的审判。

3. 在根据本《规约》的规定证明被告有罪前须假设其无罪。

4. 在根据本《规约》裁定对被告的任何控告的过程中,被告应完全平等地享有下列最低限度保障:

(a) 用他理解的语言立即和详细地通知他对其控告的性质和原因;

(b) 有充分的时间和设施准备为自己辩护并与自己选择的律师联系;

(c) 在没有不适当拖延的情况下受到审判;

(d) 出庭受审,并亲自或通过自己选择的律师为自己辩护;如果被告没有律师,

441 须通告他这项权利,在任何为司法利益所需要的情况下为被告指定律师,并在任何他没有足够手段支付律师费用的情况下免除其律师费用;

(e) 审问或指定别人审问证明其有罪的证人,并使为其辩护的证人在与证明其有罪的证人相同的条件下出庭和接受审问;

---

[227] 例如参见:Cryer *et al.*, *Introduction to International Criminal Law*, pp. 276 ff. 还可以参见:A. Carpenter, "The International Criminal Court and the Crime of Aggression", 64 *Nordic Journal of International Law*, 1995, p. 223; A. Zimmermann, "The Creation of a Permanent International Criminal Court", 25 *Suffolk Transnational Law Review*, 2005, p. 1, 以及 C. Kress, "Versailles-Nuremberg-The Hague: Germany and the International Criminal Law", 40 *International Lawyer*, 2006, p. 15.

[228] 例如参见:2007年2月缔约国大会第5届会议,ICC-ASP/5/35, Annex II 以及关于侵略罪特别工作组的报告,2007年12月13日,可访问:www. icc-cpi. int/library/asp/ICC-ASP-6-SWGCA-1 English. pdf.

(f) 如果不懂或不能讲国际法庭所使用的语文,将免费得到一名翻译的协助;

(g) 不被迫进行于己不利的作证或认罪。

《卢旺达国际刑庭规约》第20条基本上照抄了上述条款的内容。《国际刑事法院规约》第55条规定:

(一) 根据本规约进行调查时,个人享有下列权利:

1. 不被强迫证明自己有罪或认罪;

2. 不受任何形式的强迫、胁迫或威胁,不受酷刑,或任何其他形式的残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚;

3. 在讯问语言不是该人所通晓和使用的语言时,免费获得合格口译员的协助,以及为求公正而需要的文件译本;和

4. 不得被任意逮捕或羁押,也不得基于本规约规定以外的理由和根据其规定以外的程序被剥夺自由。

(二) 如果有理由相信某人实施了本法院管辖权内的犯罪,在该人行将被检察官进行讯问,或行将被国家当局根据按第九编提出的请求进行讯问时,该人还享有下列各项权利,并应在进行讯问前被告知这些权利:

1. 被讯问以前,被告知有理由相信他或她实施了本法院管辖权内的犯罪;

2. 保持沉默,而且这种沉默不作为判定有罪或无罪的考虑因素;

3. 获得该人选择的法律援助,或在其没有法律援助的情况下,为了实现公正而有必要时,为其指定法律援助,如果无力支付,则免费提供;和 442

4. 被讯问时律师在场,除非该人自愿放弃获得律师协助的权利。

另外,第66条规定了无罪推定原则;还有,由检察官证明被告有罪必须达到排除合理怀疑的标准。第67条还规定:

(一) 在确定任何指控时,被告人有权获得符合本规约各项规定的公开审讯,获得公正进行的公平审讯,及在人人平等的基础上获得下列最低限度的保证:

1. 以被告人通晓和使用的语文,迅速被详细告知指控的性质、原因和内容;

2. 有充分时间和便利准备答辩,并在保密情况下自由地同被告人所选择的律师联系;

3. 没有不当拖延地受到审判;

4. 除第63条第2款规定外,审判时本人在场,亲自进行辩护或者通过被告人所选择的法律援助进行辩护,在被告人没有法律援助时,获告知这一权利,并在为

了实现公正而有必要的时候，由本法院指定法律援助，如果无力支付，则免费提供；

5. 讯问或者请他人代为讯问对方证人，并根据对方传讯证人的相同条件要求传讯被告人的证人。被告人还应有权进行答辩和提出根据本规约可予采纳的其他证据；

6. 如果本法院的任何诉讼程序或者提交本法院的任何文件所用的语文，不是被告人所通晓和使用的语文，免费获得合格的口译员的协助，以及为求公正而需要的文件的译本；

7. 不被强迫作证或认罪，保持沉默，而且这种沉默不作为判定有罪或无罪的考虑因素；

8. 作出未经宣誓的口头或书面陈述为自己辩护；和

9. 不承担任何反置的举证责任或任何反驳责任。

（二）除依照本规约规定披露任何其他资料以外，如果检察官认为其掌握或控
443 制的证据表明或趋于表明被告人无罪，或可能减轻被告人罪责，或可能影响控告方证据可信性，检察官应在实际可行时，尽快向辩护方披露这些证据。适用本款遇有疑义，应由本法院作出裁判。[229]

进一步阅读推荐书目

A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd edn, Oxford, 2008

---

[229] 在其他有关问题中，要注意指挥官责任问题，即如果上级知道或有理由知道下级已经实施或将要实施犯罪，但没有采取行动的，上级需要对下级实施的行为负责。例如参见：Green, *Armed Conflict*, pp. 303—4; I. Bantekas, "The Contemporary Law of Superior Responsibility", 93 AJIL, 1999, p. 573, 以及 Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 251. 还可以参见：1977 年《第一附加议定书》第 87 条；1993 年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7 条第 3 款；1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6 条第 3 款；1998 年《国际刑事法院规约》第 28 条。注意下面几个案例：the *Čelebići* case, IT-96-21, 16 November 1998, paras. 370 ff.; the *Krnojela* case, IT-97-25-A, 2003 年 9 月 17 日；以及 the *Blagojevic* case, IT-02-60-A, 2007. 而且，军事必要不得作为辩护理由，例如参见：*In re Lewinski* (*called vonManstein*), 16AD, p. 509；还有，上级命令不得作为辩护理由，不过根据案情可以减轻刑罚，例如参见：Green, *Armed Conflict*, pp. 305—7; Green, *Superior Orders in National and International Law*, Leiden, 1976; Kittichaisaree, *International Criminal Law*, p. 266, 以及 Y. Dinstein, *The Defence of "Obedience to Superior Orders" in International Law*, Leiden, 1965. 还可以参见：《纽伦堡宪章》第 8 条，39 AJIL, 1945, Supp., p. 259; 国际法委员会关于 1950 年《纽伦堡法庭》原则报告的原则四，*Yearbook of the ILC*, 1950, vol. II, p. 195; 1993 年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7 条第 4 款；1994 年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 6 条第 4 款；以及 1998 年《国际刑事法院规约》第 33 条。

R. Cryer, H. Friman, D. Robinson and E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *Cambridge*, 2007

W. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3rd edn, Cambridge, 2007

The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone, Cambridge 2006

9

承　　认

国际社会不是一成不变的，它受到政治生活浪潮的左右。[1] 新国家会产生出来，旧的实体会消失。国家内部的新政府会以违反业已颁布的宪法的方式而出现，或许还伴有武力。在过去一直被合法政府控制的区域内会出现交战团体，也会建立起叛乱团体的行政机关。所有这些事件都会产生一些新的事实，承认所关注的问题围绕这些事件可能产生的法律后果。每个国家都不得不决定是否承认某个可能发生的事件以及应该作为哪种法律实体去承认它。

承认在国际国内都会产生后果。一个实体一旦被承认为一个国家，在一个国家（例如在英国）内，就会引起权利和义务的考虑，而这在不被承认的情况下是不可能的。在国内法院，外国国家享有特权，但外国其他组织或个人则不能享有。

445

---

〔1〕 一般性例如，参见：J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2006; *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992; H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947; T. C. Chen, *The International Law of Recognition*, London, 1951; J. Charpentier, *La Reconnaissance Internationale et l' Évolution du Droit des Gens*, Paris, 1956; T. L. Galloway, *Recognising Foreign Governments*, Washington, 1978; J. Verhoeven, *La Reconnaissance Internationale dans la Pratique Contemporaine*, Paris, 1975 and Verhoeven, "La Reconnaissance Internationale, Déclin ou Renouveau?", AFDI, 1993, p. 7; J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987; H. Blix, "Contemporary Aspects of Recognition", 30 HR, 1970-II, p. 587; J. Salmon, 'Reconnaissance d'État', 25 *Revue Belge de Droit International*, 1992, p. 226; S. Talmon, *Recognition in International Law: A Bibliography*, The Hague, 2000; T. D. Grant, *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, London, 1999, and *Third US Restatement on Foreign Relations Law*, Washington, 1987, vol. I, pp. 77 及其以下。另参见：Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, pp. 556 及其以下；P. M. Dupuy, *Droit International Public*, 8th edn, Paris, 2006, p. 95, and L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3rd edn, St Paul, 1993, pp. 244 及其以下。

应该明确指出的是,承认问题受到非常严重的政治影响。[2] 在几乎所有的案例中,是否承认的决定更多取决于政治的考虑,而不是完全考虑法律的因素。承认并非仅仅是将相关的法律后果适用于一个实际的情势,因为有时国家不想让这些后果在国际或在国内发生。

举一个例子,美国多年拒绝承认中华人民共和国和朝鲜,不是因为不接受他们在各自的领土上实行有效控制的明显事实,而是因为不愿意让承认产生法律后果。[3] 尽管披着法律的外衣,但这纯粹是一种政治判断。此外,将其作为何种实体加以承认,还存在多种选择。例如,可以将一个实体承认为完全主权的国家,或者将其承认为一个特定区域内的有效当局,或者作为另一个国家的附属机关。[4] 承认是国际人格者就另一个实际的或指称的国际人格者在国际法上的地位或某一特定实际情势的效力作出的声明。承认一旦作出,新的情势对承认国来说就是可对抗性的,意思是承认将产生相关的法律后果。因此,承认是对国际法律过程的一般参与,同时承认在双边关系的范围内、并且在国内也是很重要的。

对国家的承认

关于承认的性质,基本上有两种学说。构成说认为,是其他国家的承认行为、而不是新国家争取独立的过程,创造了一个新国家,并赋予其法律人格。因此,新国家作为完全 446
的国际法主体在国际社会中得以建立是由于现存国家的意志和同意。[5] 这一学说的缺陷在于,未被承认的"国家"可能不必履行国际法所施加的义务,并且因而不受诸如禁止侵略之类的限制。当一个"国家"被一些国家承认,同时又被另一些国家拒绝承认时,还会发生更加复杂的问题:我们是不是可以说它是一个不完全的人格呢?

---

〔2〕 例如,参见:H. A. Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, London, 1932, vol. I, pp. 77—80.

〔3〕 例如,参见:M. Kaplan and N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York, 1961, p. 109.

〔4〕 例如,参见: *Carl Zeiss Stiftung* v. *Rayner and Keeler* [1967] AC 853; 43 ILR, p. 23, 在该案中法院认为德意志民主共和国是苏联的附属机构,承认西斯凯(Ciskei)作为南非的附属机构, *Gur Corporation* v. *Trust Bank of Africa Ltd* [1986] 3 All ER 449; 75 ILR, p. 675.

〔5〕 例如,参见:Crawford, *Creation of States*, pp. 19 及其以下,并参见 J. Salmon, *La Reconnaissance d'État*, Paris, 1971. 另参见: R. Rich andD. Turk, "Symposium: RecentDevelopments in the Practice of State Recognition", 4 EJIL, 1993, p. 36.

第二种学说，即宣告说，正好相反，但却更加接近实际一些。[6] 该学说认为，承认仅仅是国家对于业已存在的实际情势予以接受而已。新国家获得国际法上的身份不是由于其他国家的同意，而是由于一个特定的实际情势。新国家是经过自己的努力具备条件后合法构建的，不必等待通过其他国家承认的程序。这一学说在很大程度上依赖于实证主义的传统思想，这种思想认为国家至上，并认为随之而来的是国际社会的中央指引存在弱点或根本就没有任何中央指引。

对于坚持构成说的人来说，核心问题是，不被承认的“国家”基本上不享有国际法上的权利或义务。宣告说的观点正好相反，该学说强调实际情势，使国家赋予其法律人格的权力最小化。

实践在这两种学说之间形成了一种折中立场。一国对另一国的承认行为表明，前者认为后者已经确实达到了建立国家的基本要求。当然，承认具有高度的政治性，一些情况表明，给予承认完全出于政治原因。1948 年 5 月，美国驻安理会的代表在关于中东问
447 题的讨论中强调了这种观点。他说：

> 认为地球上的任何一个国家都可以在美国对一个国家的事实（*de facto*）地位行使高度政治性的承认行为时，对美国的主权提出质疑，那将是极为不妥的。

他补充说，的确不存在对美国行为的合法性或有效性进行审议的任何权力机构。[7] 承认是一种用来作为接受的标志。在一代人的时间里，美国的这种观点在对待中国共产党政府的态度方面得到了验证。[8]

然而，英国通常倾向于一旦确信相关国家当局已经遵从国际法的最低要求、并实行有效控制，而且似乎可以对整个国家继续实行有效控制，就予以承认。[9] 承认在政治意义上是构成性的，因为承认表明该新实体是国际社会中的一个国家，承认是国家组成的社会对其新的政治地位表示接受的证据。这并不暗示承认在法律上也是构成性的，因为

---

〔6〕 例如，参见：J. L. Brierly, *The LawofNations*, 6th edn, Oxford, 1963, p. 138; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, p. 87; D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd edn, London, 1970, vol. I, pp. 128 及其以下; S. Talmon, "The Constitutive Versus the Declaratory Theory of Recognition: Tertium Non Datur?", 75 BYIL, 2004, p. 101, and Crawford, *Creation of States*, pp. 22 及其以下。另参见：the *Tinoco* arbitration, 1 RIAA, p. 369; 2 AD, p. 34 and *Wulfsohn* v. *Russian Republic* 138 NE 24; 2 AD, p. 39.

〔7〕 参见：M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1968, vol. II, p. 10.

〔8〕 一般参见：D. Young, "American Dealings with Peking", 45 *Foreign Affairs*, 1966, p. 77, and Whiteman, *Digest*, vol. II, pp. 551 及其以下另参见：A/CN. 4/2, p. 53.

〔9〕 参见：Lauterpacht, *Recognition*, p. 6.

权利和义务并不因承认而产生。

20 世纪以来的实践在这个问题上并非十分明朗,但是确实显示出宣告说在这两种理论中是比较好的。国家由于特定的原因拒绝承认其他国家,例如阿拉伯世界对以色列,美国对某些共产党国家[10],但是他们很少认为对方在国际法上没有权力(powers)和义务、并在法律真空中生存。相反,他们的立场是,权利和义务对这些不被承认的实体是有拘束力的,拒绝承认主要是由于政治原因。以阿拉伯国家不承认以色列为例,如果接受构成说的话,就意味着以色列将不受国际法上的不侵略和不干涉规则的拘束。在以往任何拒绝承认"国家"的情况下都没有采取过构成说的这种立场。[11] 448

当然,如果一个实体虽然满足了国际法上国家资格的条件但却完全没有得到承认,将毫无疑问地影响其权利和义务的行使,特别是在没有外交关系的情况下更是如此。但是在法律上这似乎构不成对其国家资格本身予以质疑的一种决定性争辩理由。[12] 例如,1948 年在波哥大通过的《美洲国家组织宪章》在其回顾国家的基本权利与义务的部分指出,

> 国家在政治上的存在与其他国家的承认无关。即使在得到承认之前,国家也享有保卫其完整和独立的权利。[13]

国际法研究院于 1936 年通过的关于新国家和新政府的决议中强调:

> 新国家的存在以及与这种存在相关联的所有法律后果不受一个或多个国家拒绝对其予以承认的影响。[14]

第一次世界大战后的一段时期内,东欧和中欧新国家的法院认为,他们的国家因实际上宣布独立而产生,不完全是签订和平条约的结果。在一个案件中,该法庭指出,对已经存在的国家来说,《凡尔赛和约》对波兰的承认仅仅是宣示性的。[15] 另外,1991 年关

---

〔10〕 参见:39 *Bulletin of the US Department of State*, 1958, p. 385.

〔11〕 例如,参见: the *Pueblo* incident, 62 AJIL, 1968, p. 756 and Keesing's *Contemporary Archives*, p. 23129, Whiteman, *Digest*, vol. II, pp. 604 及其以下,以及第 651 页,"Contemporary Practice of the UK in International Law", 6 ICLQ, 1957, p. 507, and *British Practice in International Law* (ed. E. Lauterpacht), London, 1963, vol. II, p. 90. 另参见: N. Mugerwa, "Subjects of International Law" in *Manual of International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, pp. 247, 269.

〔12〕 参见上文,第 5 章。

〔13〕 第 9 条。该条成为 1967 年修订后的第 12 条。另参见:1933 年《蒙得维的亚关于国家权利与义务公约》第 3 条。

〔14〕 39 *Annuaire de L'Institutde Droit International*, 1936, p. 300. 另参见: *Third US Restatement*, pp. 77—8.

〔15〕 *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft* v. *Polish State* 5 AD, p. 11.

于南斯拉夫的国际会议建立的仲裁委员会在其第1号意见书中指出,“国家的存在和消亡是事实问题”,还指出,“其他国家承认的效果纯粹是宣告性的”。[16]

另一方面,构成说在国家实践中并不是完全得不到支持。在某些情况下,一个新国家的创立或者通过非宪法的形式建立一个新政府,或者对一块领土的合法占领,都会平
449 安无事,在所有人看来都是清清楚楚,没有什么大的反对意见。但是,在很多情况下,新的实体或新政府并不稳固,这时的承认就会起到重要作用。无论如何,特别是在事实不清并因此可能有不同解释的情况下,一个国家作出的承认就等于该国宣告了其对有关情势是如何理解的。这种评价对承认国是有约束力的,以后不能否认它已经承认了的实际地位,当然除非情况后来发生急速变化。从这种意义上说,承认可以是构成性的。实际上,南斯拉夫仲裁委员会在其第8号意见书中指出,“虽然其他国家对一国的承认只有宣告的价值,但是这种伴随着国际组织成员资格的承认构成了他们下述信念的见证:他们承认的政治实体是一种现实,并赋予它国际法上一定的权利和义务”。[17] 相反,绝大多数的现存国家不承认一个“新国家”的事实也构成下述观点的证据:该实体的建立还没有达到国家资格所要求的标准。[18]

另一个倾向于对承认作出构成性解释的因素是在许多国家内的实践:在这些实践中,未被承认的国家或政府在国内法院不能主张得到承认的国家或政府可以主张的权利。这意味着承认本身产生特别的法律后果。承认之后,一国或政府在国内管辖范围内享有可执行的权利,但在承认之前则没有这些权利。[19]

这种理论纷争的价值在于揭示承认的功能,强调国家对国际法发展的影响。它揭示了国际法的基本特征,平衡国家与国际社会之间的关系。宣告说倾向前者,构成说倾向后者。

曾有过许多试图调整构成说的努力。[20] 例如,劳特派特认为,一旦国际法规定的国
450 家资格所需的条件得到满足,现存国家就有义务予以承认。这是因为,国际法上缺乏一

---

〔16〕 92 ILR, pp. 162, 165. 另参见:欧洲人权法院在下列案件的判决, *Loizidou* v. *Turkey* (*Preliminary Objections*), Series A, No. 310, 1995, at p. 14; 103 ILR, p. 621, and *Chuan Pu Andrew Wang and Others* v. *Office of the Federal Prosecutor*, Swiss Supreme Court, First Public Law Chamber, decision of 3May 2004, No. 1A. 3/2004; partly published as BGE 130 II 217, para. 5.3.

〔17〕 92 ILR, pp. 199, 201.

〔18〕 参见:*Democratic Republic of East Timor v. State of the Netherlands* 87 ILR, pp. 73, 74.

〔19〕 参见:下文第471页。

〔20〕 注意:关于一些国家承认、但其他国家不承认南斯拉夫联盟共和国是前南斯拉夫联邦共和国的继续的情况下,承认构成说固有的相对性,参加: the *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, Dissenting Opinion of Judge Al-Khasawneh, para. 8.

个中央权力机构来评价并赋予法律人格，国家不得不行使这种职能，就像是在代表国际社会并依据国际法行事一样。[21]

这种主张既是宣告性的，也是构成性的。说它是宣告性的，是因为它以某些确定的事实（即该实体满足国家资格要求）作为基础；说它是构成性的，是因为承认的基础是承认国的认可，即认可某特定的社会是一个享有国家固有的所有权利和义务的实体。在作出承认行为之前，希望作为国家得到承认的社会仅拥有（如果可能拥有的话）明示允许其拥有的权利和义务。

劳特派特这种颇具创造性的学说是为了在一个前后一致的学说中协调法律因素而作出的机智努力。该学说接受通过实际的（有时是非法的）方式来创造新国家和新政府的现实，并试图将其与劳特派特眼中的国际法的至上性进行调和。但是，这样一来又忽视了承认政治方面的问题以及承认的功能，即将承认作为给予或拒绝支持某个政府或新国家的一种手段。很多情况下，承认被用来表示政治上的支持或反对，这是现实。的确，假如承认是一项义务，当一个（或多个）国家坚持拒绝作出承认时，该实体是否有要求承认的权利呢？如果是这样的话，人们就可能面临这样的问题，即一个尚无权利和义务的非国家可能对不作出承认的国家行使权利。

然而，国家实践表明，劳特派特的理论并没有被采纳。[22] 事实上，几乎没有任何国家认为他们在任何情况下都有义务给予承认。多数情况下，国家都给予承认，但是这并不意味着他们不得不那样做。历史上对于一些共产党国家和对于以色列的做法都说明了这一点。1992 年 7 月南斯拉夫仲裁委员会作出的第 10 号意见书支持这种观点。该意见书强调“承认是其他国家选择那样做时，可以用他们自己选择的方式实施的自由行为，只须遵守一般国际法中强制性的规范”。[23]

美国在 1976 年强调了她的做法。美国国务院指出：

美国认为，国际法并不要求一国承认另一个实体为国家；一个实体是否值得承认，这是每个国家自己判断的事情。为了作出这种判断，美国的传统做法是，注意查看某些事实，包括对确定领土和人口的有效控制、对该领土有组织的政府管理和有效地进行外交关系和履行国际义务的能力。美国还考虑相关实体是否得到国际社

---

〔21〕 Recognition, pp. 24, 55, 76—7.

〔22〕 例如，参见：H. Waldock, “General Course on Public International Law”, 106 HR, 1962, p. 154. 另参见：Mugerwa, “Subjects”, pp. 266—90.

〔23〕 92 ILR, pp. 206, 208.

会的承认。[24]

下面是英国政府的观点：

> 本政府承认国家的一般标准是：它应有，而且可能继续有，确定的领土和人口、自己能够对该领土实行有效控制的政府和对外关系上的独立。其他因素，包括联合国的一些决议，也是相关的。[25]

近来的实践表明，在特定情况下，“其他因素”包括人权和其他问题。1991 年 12 月 16 日，欧洲共同体（欧共体）通过了名为《承认东欧和苏联新国家的纲领》，该纲领在承认新国家的程序上采取了共同立场。需要特别指出的是，承认要求：

> ——遵守《联合国宪章》的规定以及《赫尔辛基最后文件》和《巴黎宪章》[26]中的承诺，特别是关于法治、民主和人权的内容；
>
> ——根据在欧洲安全与合作会议（欧安会）[27]框架下作出的承诺保障种族和民族团体以及少数者的权利；
>
> ——尊重所有边界的不可侵犯性，只有通过和平方式并通过共同协商才能改变
>
> 452 边界；
>
> ——接受所有关于裁军和核不扩散以及关于安全和地区稳定的承诺；
>
> ——承诺通过协议，包括适当地通过诉诸仲裁，解决所有关于国家继承问题和地区争端。[28]

在该纲领通过的当天，欧共体还通过了一个关于南斯拉夫的宣言。[29] 在该宣言中，欧共体及其成员国同意承认那些满足了一定条件的前南斯拉夫加盟共和国。这些条件是：这些共和国愿意被承认为独立的国家；接受该纲领中的承诺；接受正在南斯拉夫会议上讨论的公约草案中作出的规定，特别是关于人权和民族和种族团体权利的规定；支持

---

〔24〕 DUSPIL, 1976, pp. 19—20.

〔25〕 102 HC Deb., col. 977, Written Answer, 23 October 1986. 另参见：169 HC Deb., cols. 449—50, Written Answer, 19 March 1990. 关于法国的实践，例如，参见：Journal Officiel, Débats Parl., AN, 1988, p. 2324.

〔26〕 参见：上文第七章，第 372 页。

〔27〕 参见：上文第七章，第 376 页。

〔28〕 UKMIL, 62 BYIL, 1991, pp. 559—60. 1991 年 12 月 31 日，欧洲共同体发表声明指出，亚美尼亚、白俄罗斯、哈萨克斯坦、摩尔多瓦、土库曼斯坦和乌兹别克斯坦已经保证将满足指导方针提出的要求。因此欧共体成员国宣布愿意继续进行承认这些国家的程序。同上，p. 561. 1992 年 1 月 15 日发表的声明指出，吉尔吉斯坦和塔吉克斯坦已经接受指导方针中的要求，因此它们也将得到承认。UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 637.

〔29〕 UKMIL, 62 BYIL, 1991, pp. 560—1.

联合国秘书长和安全理事会以及南斯拉夫会议所做的努力。欧共体及其成员国还要求那些谋求承认的前南斯拉夫加盟共和国在承认前承诺从宪法上和政治上保证不向毗邻的欧共体成员国提出领土要求。相比之下,美国采取了不够强硬的立场,但是在承认和建立外交关系的过程中仍然注意到东欧和前苏联的新国家作出的关于核安全、民主和自由市场的承诺和保证与承认是有关联的。[30]

安全理事会第1244(1999)号决议[31]授权的联合国管理进行了一段时期之后,南斯拉夫(后来的塞尔维亚)科索沃省于2008年2月17日宣布独立。在此之前,马尔蒂·阿 453
赫蒂萨里曾提出解决科索沃地位问题的综合性建议,该建议于2007年3月号召科索沃在国际监督下独立。[32] 此建议遭塞尔维亚拒绝。在承认科索沃独立的问题上国际社会的态度完全不同。科索沃立即得到美国、英国、德国和欧盟多数国家、日本和其他国家的承认。俄国和塞尔维亚清楚地表明它们不会承认,西班牙和希腊也反对予以承认。因此,现在的情况是,许多国家承认科索沃,许多国家不承认。考虑到俄罗斯的否决权,只有当俄罗斯准备改变其反对态度科索沃才可能加入联合国。[33] 对那些承认了科索沃的国家来说,科索沃有权享有国家应该在国际社会和承认国国内法律体系享有的所有特权和责任。但对于那些没有承认的国家来说,例如,科索沃及其外交代表不享有外交和国家豁免。因而,科索沃的国际地位将是有争议的。尽管承认可以解决遵从国家资格标准中遇到的困难,但是在国际社会的态度完全不同,特别是在缺乏具有联合国会员国资格的情况下,不确定状态肯定要持续下去。

承认有许多不同的方式,发生承认的情势也不只一种。承认的情势不是单一的、一成不变的,而是一种具有许多因素的情势。确实有许多不同的承认对象,从新国家到新政府、特定团体所享有的交战权利以及领土的变更。不仅承认的对象多种多样,承认本身也可以是法律上的和事实上的,还可以以各种不同的形式作出承认。

承认是一种积极主动的过程,因此要区别于有所认识或仅仅有所了解,例如认识或了解相关实体已经符合国家资格的基本国际法律条件。承认暗含着对必要事实的认识

---

〔30〕 参见布什总统1991年12月25日的声明,2(4 & 5) *Foreign Policy Bulletin*, 1992, p.12,转引自:Henkin *et al.*, *International Law*, pp.252—3. 关于民主考虑的重要性,另参见:S. D. Murphy, "Democratic Legitimacy and the Recognition of States and Governments", 48 *ICLQ*, 1999, p.545.

〔31〕 参加上文第5章,第204页。

〔32〕 参见: S/2007/168 and S/2007/168/Add.1.

〔33〕 宣布独立一个月之后,28个国家承认科索沃独立,包括27个欧盟成员国中的16个国家和15个联合国安全理事会成员中的6个国家。参见: "Kosovo's First Month", International Crisis Group Europe Briefing No. 47, 18 March 2008, p.3.

454 和(就承认国来讲)愿意承认发生法律后果。例如,对被承认实体的使节应适用外交和主权豁免规则。承认国仅仅对事实有所认识是不够的,它还必须渴望承认产生法律和政治后果。这是不可避免的,因为承认行为具有自由裁量的性质。这在实践中得到了阐明,随着时间的推移,在建立新国家或新政府的事件发生后到其他国家实际予以承认之间的这段时间里常常会发生这样的事。承认一旦作出,法院一般认为承认具有追溯力,即被承认实体的国家资格是从其国家资格日期(这是一个事实问题)开始,而不是从承认日期开始。[34]

对政府的承认[35]

对新政府的承认与对新国家的承认有很大不同。就国家资格而言,要根据公认的标准对实际情势进行审查。[36] 在政府变更的情况下要作出不同的考虑。只有当政府的变更属于违反宪法的情况下才真正产生承认问题。另外,把政府承认作为单一一种承认往往会使下述事实被忽略,即被承认实体确切的能力或地位可能在很多方面有不同特点。承认可能是对事实上的[37]政府或管理当局作出,也可能是对仅仅对相关国家的一部分
455 领土实行有效控制的政府或管理当局作出。承认构成承认国对特定情势的接受,既指相关的事实标准,也指由此而产生的法律后果。例如,承认一个实体为一国的政府不仅意味着认为该政府满足了所需的条件,也意味着承认将该政府作为该国统治当局与其进行交往,并接受这种地位在(承认国的——译者注)国内法律秩序中享有特权和豁免这样

---

〔34〕 例如,参见: Chen, *Recognition*, pp. 172 及其以下;另见南斯拉夫仲裁委员会关于前南斯拉夫加盟共和国继承日期的意见,第 11 号意见,96 ILR, p. 719. 注意:奥本海将承认的追溯力视为一种方便规则,而不是一项原则:参见: *Oppenheim's International Law*, p. 161.

〔35〕 例如,参见:I. Brownlie, "Recognition in Theory and Practice", 53 BYIL, 1982, p. 197; C. Warbrick, "The New British Policy on Recognition of Governments", 30 ICLQ, 1981, p. 568; M. J. Peterson, "Recognition of Governments Should Not Be Abolished", 77 AJIL, 1983, p. 31, and Peterson, *Recognition of Governments: LegalDoctrine and State Practice*, London, 1997; N. Ando, "The Recognition of Governments Reconsidered", 28 *Japanese Annual of International Law*, 1985, p. 29; C. Symmons, "UnitedKingdom Abolition of the Doctrine of Recognition: A Rose by Another Name", *Public Law*, 1981, p. 248; S. Talmon, "Recognition of Governments: An Analysis of theNew British Policy and Practice", 63 BYIL, 1992, p. 231, and Talmon, *Recognition of Governments in International Law*, Oxford, 1998; B. R. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, 1999; *Oppenheim's International Law*, p. 150; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 415, and Galloway, *Recognising Foreign Governments*.

〔36〕 参见上文第五章,第 197 页。

〔37〕 参见下文第 459 页。

的一般法律后果。

在决定是否予以承认的问题上,政治考虑通常起很大作用。但是,在承认非法的政府变更方面还是产生了一定的标准。这些标准包括接受政府转移的现实,只要新政府对国家实行有效控制并且控制可能持续,就不应拒绝承认。英国在一些情况下采取了这种做法。[38] 副外交大臣于 1970 年宣布,检验的标准是"新政府的运作是否有合理的前景,广大人民是否服从,对相关国家的大部分领土是否实行有效控制"。[39]

英国的这种态度促成了其对中国共产党政府和 1956 年起义失败后苏联扶植的匈牙利政府的承认政策。但是,从英国多年拒绝承认北越、朝鲜和德意志民主共和国为一个国家的实践来看,这种一般做法不能视为绝对原则。[40] 因此,新政府对国家领土的有效控制对于解决是否予以承认的问题具有重要指导意义,只要这种控制是确定的和可能会持续的。除此之外就没有其他标准了,很多情况下都是屈从于政治考虑的。

"迪诺克仲裁"案(the *Tinoco* arbitration)[41] 是一个关于"有效控制"概念的有趣例子。1919 年,哥斯达黎加的迪诺克政府被推翻,新当局否认迪诺克对英国国民承担的某 456
些义务。独任仲裁员、首席大法官塔夫脱(Taft)在涉及迪诺克政权时提到承认或不承认问题。他裁定,既然该政权对该国家实行有效统治,它就是有效政府,与包括英国在内的一些国家没有承认它无关。的确如此,尽管他提出了下面的意见:

> 其他国家对一个主张具有国家人格的政府不予以承认通常恰当地证明,该政府尚未获得国际法赋予那种实体的独立和控制。[42]

当有关政府由于是非法或不正常产生、而不是由于缺乏对国家的有效控制拒绝得到承认时,这种不承认的证明价值就会减弱。换言之,在新的管理当局所宣称的权威在程度上还不确定时,其他国家的承认就将是一个至关重要的因素。但是,如果新政府是牢固确立的,不承认就不会影响新政府的法律性质。有效控制说体现了任何情势下事实状态的重要性。但是,由于新政府的不当来源而遭拒绝承认的情形与由于缺乏有效控制而遭拒绝的情形相比,前者受承认的影响要小些。塔夫脱关于承认性质的观点是宣告说和

---

[38] 参见:the Morrison statement, 485 HC Deb., cols. 2410—11, 21 March 1951.

[39] 799 HC Deb., col. 23, 6 April 1970. 另参见: Foreign Office statements, 204 HL Deb., col. 755, 4 July 1957 and 742 HC Deb., cols. 6—7, Written Answer, 27 February 1967.

[40] 例如,参见: D. Greig, "The Carl-Zeiss Case and the Position of an Unrecognised Government in English Law", 83 LQR, 1967, pp. 96, 128—30 and *Re Al-Fin Corporation's Patent*[1970] Ch. 160; 52 ILR, p. 68.

[41] 1 RIAA, p. 369 (1923); 2 AD, p. 34.

[42] 1 RIAA, p. 380; 2 AD, p. 37.

构成说的有趣结合。他认为,当事实状态(即是否有效控制)有争议时,承认就成为构成性的,否则就是纯粹宣告或证据性的。

政府无论为何发生变更都不会影响国家本身的身份。国家不会因为其政府被推翻而不再是一个国际法律人格者。这并不是这里在讨论的问题。对新政权承认与否与国家的法律性质无关。因此,可以看出这里涉及两种不同的承认,一定不能混淆。无论是通过创设或者认知,对国家的承认都将影响其法律人格。但是,对政府的承认仅影响管理当局的地位,不影响国家。

457 但是,在某些情况下可能同时发生对国家和政府的承认。这种情况在新国家出现时就会发生。例如,美国和英国对以色列的承认就是通过对其政府的事实承认实现的。[43] 对政府的承认包含对国家的承认,但是不能反过来说。

应该指出的是,对政府的承认与国际法上创设新的人格者没有关系。对政府承认的意义体现在外交关系领域。政府没有得到承认,就不会互派外交使节,因而就会产生如何执行国际权利和义务的问题。

虽然有效控制说可能被认为是对政府承认的最可靠指引,但是还有一些其他学说,其中最著名的是"托巴主义"(Tobar Doctrine)或所谓"正统主义"(doctrine of legitimacy)。该学说认为,通过非宪法手段掌权的政府,至少在得到人民的接受之前,不应得到承认。[44] 在对中美洲的关系上,这个政策特别得到美国的采纳,并且是专门为维护邻近巴拿马运河这一棘手区域的稳定而设计的。当然,从逻辑上讲,托巴主义的概念就是拒绝承认任何革命情形,而这在现在和过去都是与现实和政治考虑难以协调的。在美国人看来,该学说就是威尔逊的民主正当性政策。如果革命是得到人民支持的,就予以承认。否则,就不应该予以承认。一直到 1933 年,美国对苏联就是采取这种政策。但是后来逐渐减弱,现在承认国适当地接受这种政策只不过是将其作为它们所考虑的一个政治条件而已。[45]

另一种由墨西哥外交部长艾斯特拉达(Estrada)提出的学说恰恰相反,主张在任何

---

〔43〕 例如,参见: Whiteman, *Digest*, vol. II, p. 168.

〔44〕 例如,参见: Mugerwa, "Subjects", p. 271, and 2 AJIL, 1908, Supp., p. 229.

〔45〕 例如,参见:G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, DC, 1940, vol. I, pp. 181 及其以下; 另参见: 17 AJIL, 1923, Supp., p. 118; O'Connell, *International Law*, pp. 137—9, and Whiteman, *Digest*, vol. II, p. 69.

情况下自动承认政府。[46] 但是这种学说与正统主义学说有同样的缺陷。该学说试图制定适用于所有情形的明确标准,排除国家的政治考虑和紧急事件。因此是不现实的,特 458
别是在有对立的政府出现竞争的情况下更是如此。[47] 该学说也因为几乎对承认与维持外交关系之间不作什么区分而遭批评。[48]

当然,问题在于,对以非宪法方式掌权的新政府的承认被认为意味着对新政府的认可。在这种承认的情形下,有时还掺杂一些其他因素[49],结果导致不必要的复杂过程。因此,美国于 1977 年宣布:

> 在政府变更的情形下,美国的实践不再强调/并避免作出承认,而关心是否愿意与新政府建立外交关系……美国政府的政策是,建立关系不涉及认可或不认可,而仅表示我们直接与其他政府进行交往的意愿。[50]

1980 年,英国政府宣布,将不再像对国家那样对政府作出承认。[51] 作出这种声明主要基于承认意味着认可的理解。这常常(例如在该政府侵犯人权的情况下)是令人尴尬的。因此,不对政府作出承认本身具有实际优势。这种不对政府作出正式承认的政策变化实际上在一些大陆法系国家更早以前就发生过。例如,比利时[52]和法国[53]似乎在 459

---

[46] 例如,参见:25 AJIL, 1931, Supp., p. 203; P. Jessup, "The Estrada Doctrine", 25 AJIL, 1931, p. 719, and Whiteman, *Digest*, vol. II, p. 85. 另参见:Talmon, "Recognition of Governments", p. 263; Chen, *Recognition*, p. 116; O'Connell, *International Law*, pp. 134—5, and C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1977, vol. III, p. 555.

[47] 例如,参见:Peterson, "Recognition", p. 42, and C. Rousseau, "Chroniques des Faits Internationaux", 93 RGDIP, 1989, p. 923.

[48] Warbrick, "New British Policy", p. 584.

[49] 例如,威尔逊总统提出的民主性要求、罗斯福总统提出的受人民支持的条件以及苏厄德(Seward)国务卿提出的承担国际义务的能力:参见:statement by US Department of State, DUSPIL, 1977, pp. 19, 20. 另参见:*Third US Restatement*, para. 203, note 1. 美洲国家组织 1965 年通过的决议建议计划承认一个新政府的国家应该考虑该政府是否准备在合理的期间内举行选举,5 ILM, 1966, p. 155.

[50] DUSPIL, 1977, p. 20. 另参见:DUSPIL, 1981—8, vol. I, 1993, p. 295. 注意:副国务卿克里斯多福于 1977 年指出,无计划的政府变更在当今和这个年代里不是不寻常的事情。"在它们获得有效控制后还拒绝与这些政权进行外交往来是对我们的处罚",同上, p. 18. 关于阿富汗与外交关系的继续,另见,72 AJIL, 1978, p. 879. 比较对中国政府承认的特殊情况,DUSPIL, 1978, pp. 71—73 and 同上, 1979, pp. 142 及其以下 但比较:Petersen, "Recognition".

[51] 参见:408 HL Deb., cols. 1121—2, 28 April 1980. 另参见:Symmons, "United Kingdom Abolition", p. 249.

[52] 参见:11 *Revue Belge de Droit International*, 1973, p. 351.

[53] 参见:69 RGDIP, 1965, p. 1089. 另参见:83 RGDIP, 1979, p. 808; G. Charpentier, "Pratique Française du Droit International", AFDI, 1981, p. 911, and Rousseau, *Droit International Public*, p. 555.

1965 年就采取这种做法。20 世纪 80 年代末，澳大利亚[54]和加拿大[55]以及其他一些国家也采取了这种做法。[56]

但是，这种改变并没有解决所有问题，只是把焦点从正式承认转移到非正式“交易”。英国宣布它将继续根据下列标准判定与非宪法政权进行交往的性质，即：

> 确定他们自己是否对有关国家的领土实行有效控制，并且是否有可能持续这种控制。[57]

因此，这种变化是废除了对政府的承认，但是处理这些政府的标准与之前对政府承认的标准基本相同。[58] 在那种情况下，还是要对上述“他们自己”这一措辞予以关注。[59]

事实上和法律上的承认[60]

460 除了有不同的承认对象外，承认本身也有不同的形式。承认可以是事实上的或法律上的。更加确切的表达方式是，政府（或其他实体或情势）可能得到事实上或法律上的承认。

事实上的承认意味着对相关政府的长期生存能力有一定的疑问。法律上的承认一般表明，承认国认为该政府显示的有效控制是长久和巩固的，没有法律理由不予承认，例如，以合宪的方式将自己并入外国。事实上的承认是对形势估计的犹豫和等等看态度的

---

〔54〕 参见：J. G. Starke, “The New Australian Policy of Recognition of Foreign Governments”, 62 Australian Law Journal, 1988, p. 390.

〔55〕 参见：27 Canadian YIL, 1989, p. 387. 另参见：*Re Chateau-GaiWines Ltd andAttorney-General for Canada* [1970] Ex CR 366; 55 ILR, p. 38.

〔56〕 例如，参见，关于荷兰，22 Netherlands YIL, 1991, p. 237，以及关于新西兰，*Attorney-General for Fiji v. Tobt Jones House Ltd* [1989] 2 NZLR 69 at 70-1; 80 ILR, p. 1. 欧盟曾指出“它不对政府作出承认，对政治人格者更少作出承认，但是，根据最普遍的国际法实践，对国家作出承认”, Bulletin of the European Union, 1999-7/8, p. 60 and UKMIL, 70 BYIL, 1999, p. 424.

〔57〕 408 HL Deb., cols. 1121-2, 28 April 1980. 这种观点在一些场合得到重申，例如，参见：UKMIL, 69 BYIL, 1998, p. 477 and UKMIL, 72 BYIL, 2001, p. 577.

〔58〕 参见：*Gur Corporation v. Trust Bank of Africa* [1987] 1 QB 599; 75 ILR, p. 675.

〔59〕 参见：关于对柬埔寨和乌干达采取的不同做法，参见：Symmons, “United Kingdom Abolition”, p. 250, and UKMIL, 50 BYIL, 1979, p. 296. 另参见上文第四章，第 192 页。关于叛乱团体和交战团体的承认，参见，例如：O'Connell, *International Law*, pp. 148—53; Lauterpacht, *Recognition*, p. 270, 以及 *Oppenheim's International Law*, pp. 161 及其以下。

〔60〕 例如，参见：*Oppenheim's International Law*, p. 154.

结果。待到疑问完全消除到可给予正式接受时再代之以法律上的承认。例如,英国1921年给予苏联政府以事实上的承认,1924年给予了法律上的承认。[61] 在内战的情形下采取的做法略有不同,因为内战中事实上的承认与法律上的承认的区别有时是用来说明合法的主权者和实际的主权者之间的不同。例如在1936年至1939年的西班牙内战中,英国在承认该共和国政府为法律上的政府的同时,在佛朗哥将军统帅的军队逐渐控制了该国时也给予该军队以事实上的承认。同样,征服埃塞俄比亚的意大利军队于1936年得到英国的事实上的承认,两年后获得法律上的承认。[62]

通过这种方法,承认国可以保留对政府变更的持久性或该政府的合宜性和合法性作出判断的机会,与此同时,根据政治现实及其自身利益作出反应。这样可以保护其国民和机构的利益,因为承认后会在国内法中产生一定的法律后果。[63]

在现实中,事实上的承认与法律上的承认没有什么真正的区别,不过只有得到法律上的承认的政府才能对位于承认国的财产提出求偿。[64] 此外,一般接受的观点是,事实上的承认本身不包括外交关系上的往来。

过早的承认[65]

特别是当一个新国家由于分离而产生或正在产生时,究竟是可以接受的对新国家的承认还是由于过早或过急的承认而干涉另一国家的内政呢?两者之间常常很难划清界 461
限。例如尼日利亚联邦政府对五个国家承认"比夫拉"(Biafra,或译为比亚法拉——译者注)所持的观点。[66] 想要作出承认的国家需要在每一个具体情况下认真考虑实际情势和符合国家资格标准(或者与寻求承认的实体相关的其他标准)的程度。因此,承认是一个了解事实的过程。可以这样说,在克罗地亚的情况下,欧共体及其一些成员(连同

---

〔61〕 例如,参见:O'Connell, *International Law*, p. 161. 另参见:the Morrison statement, above, note 38.

〔62〕 参见下文第473页和第474页。

〔63〕 参见下文第471页。

〔64〕 例如,参见:*Haile Selassie v. Cable and Wireless Ltd* (*No. 2*) [1939] 1 Ch. 182; 9 AD, p. 94.

〔65〕 例如,参见:*Oppenheim's International Law*, pp. 143及其以下,以及 Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 558.

〔66〕 例如,参见:J. Stremlau, *The International Politics of the Nigerian Civil War, 1967—70*, Princeton, 1977, pp. 127—9, and D. Ijalaye, "Was 'Biafra' at Any Time a State in International Law?", 65 AJIL, 1971, p. 51. 另参见:Lauterpacht, *Recognition*, pp. 7—8.

奥地利和瑞士)在1992年1月15日对该国的承认是过早的承认。[67] 当时以及几年之后的克罗地亚对该国约三分之一的领土尚未实行有效控制。此外,南斯拉夫仲裁委员会在其1992年1月11日第5号意见书中的观点是,克罗地亚没有完全符合1991年2月16日欧共体纲领中规定的承认条件[68],因为克罗地亚通过的宪法法案没有完全体现关于人权和少数者权利所需的保障。[69] 还可以这样争辩说,1992年4月6日欧共体及其成员国和1992年4月7日美国对波黑的承认都属于过早承认,主要因为该国政府仅对不到一半的领土实行有效控制,而且这种情势一直持续到1995年11月签订《代顿和平
462 协议》之时。[70] 另一方面,还可以这样争辩说,在前南斯拉夫的特殊情况下,国际社会(特别是通过联合国会员资格的手段,这种资格仅限于国家)准备接受放宽的传统国家资格标准,这样,国际社会的承认基本上弥补了它缺乏有效性的不足。

承认也可能是过迟的,意思是指在符合国家资格标准的事实早已经很清楚了,但很久之后才予以承认的情形。但是在这种情况下会有各种不同的考虑,因为承认不是强制性的,仍然是国家的政治决策。[71]

默示承认[72]

承认本身不必是明示的,即没有必要用公开、明确和正式通信的形式来表达。在某

---

〔67〕 63 例如,参见:R. Müllerson, *International Law, Rights and Politics*, London, 1994, p. 130, and R. Rich, "Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union", 4 EJIL, 1993, p. 36.

〔68〕 参见上文第451页。

〔69〕 92 ILR, pp. 179, 181. 注意:克罗地亚总统1992年1月15日宣布,克罗地亚将遵守必要条件,并且其宪法于1992年5月8日进行了修订。1992年7月4日仲裁委员会考虑了修订过的宪法并作出结论说,一般国际法关于少数者保护的要求已经得到满足,同上,第209页。但是注意:人权事务委员会对于克罗地亚宪法在克罗地亚族人与其他公民之间所作的区别提出的批评意见:参见 CCPR/C/79/Add. 15, p. 3. 克罗地亚1992年5月22日成为联合国会员国。另参见:M. Weller, "The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", 86 AJIL, 1992, p. 569.

〔70〕 例如,参见:Weller, "International Response". 比较:the views of the UK Minister of State at the Foreign Office, UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 645. 注意:波斯尼亚于1992年5月22日成为联合国会员国。

〔71〕 关于对马其顿拖延承认的问题,例如,参见:Henkin et al., *International Law*, p. 253, and Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 565. 当然,以色列直到1948年建国之后的很长时间以后才被其阿拉伯邻国承认。1979年得到埃及承认,1995年得到约旦的承认。

〔72〕 例如,参见:*Oppenheim's International Law*, p. 169; Lauterpacht, *Recognition*, pp. 369—408, and Chen, *Recognition*, pp. 201—16. 另参见:Talmon, "Recognition of Governments", pp. 255 及其以下,以及 M. Lachs, "Recognition and Modern Methods of International Co-operation", 35 BYIL, 1959, p. 252.

些情况下,承认可以是默示的。[73] 这是因为,事实上的承认是以承认国的意愿和意图为基础的。因此,在一定条件下,国家可能宣布:以某特定方式行事,该国家就默示地承认了另一个国家或政府。由于间接或默示承认的方式很便于采用,国家可以作出明确宣告,意思是牵涉另一方的某一特定行为不能解释为包含任何承认的意思。阿拉伯国家对待以色列就采取了这种态度,还有其他一些例子。[74] 这就自动排除了默示承认的任何可能,但是,没有明确而清楚的排除并不意味着在某些特定情况下,一些国际行为就会导 463
致承认某些未被承认的实体。

指出那些没有作出明白正式的声明却可能产生承认的情况,可以使这个问题得到最好的解释。对获得主权的新国家表示祝贺并与其正式建立外交关系[75]都意味着对该国家的承认,但是保持非正式的和非官方的接触(例如在20世纪60年代美国与中国共产党政府之间的关系以及20世纪70年代初在华沙体系中所保持的关系)不构成默示承认。[76] 向未被承认国家的代表颁发领事证书,接受履行领事职务的授权,一般是对该国的承认,尽管并非都是如此。[77] 英国虽然在台湾设立领事馆,但英国不承认在台湾的政府。[78] 承认国与被承认国之间缔结不同于临时协定的双边条约可能暗示着承认,但是这个问题是有疑问的,因为在一些相互不承认的国家之间存在这类协议。必须对具体事

---

〔73〕 注意:《蒙得维的亚国家权利与义务公约》第7条规定,"国家的承认可以是明示或默示的。后者可能是有意承认一个新国家的任何行为"。另参见:R. Higgins, *The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, pp. 140 及其以下。

〔74〕 例如,参见英国和北越,Cmd 9763, p. 3, note 1, 以及以色列和阿拉伯国家,1965年的《消除一切形式种族歧视国际公约》,参见:*Human Rights International Instruments*, UN, ST/HR/4/rev. 4, 1982. 注意:埃及于1980年1月18日撤销了她就该公约作出的关于不承认以色列的声明。同上, p. 86.

〔75〕 参见:O'Connell, *International Law*, pp. 154—5. 注意:英国指出,在纳米比亚的情形下,"没有对国家资格的正式承认,但是1990年3月与其建立外交关系暗含了这种承认。UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 642. 指示大使与新政府进行适当和友好接触也足以构成这种承认:参见:UKMIL, 50 BYIL, 1979, p. 294.

〔76〕 例如,参见:*Pan American World Airways Inc. v. Aetna Casualty and Surety Co.* 13 ILM, 1974, pp. 1376, 1397.

〔77〕 参见:*Oppenheim's International Law*, p. 171, note 9.

〔78〕 由领事官员与未被承认的实体进行讨论本身不暗含承认:例如,参见:H. de Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, London, 1932, vol. I, p. 79, and *Civil Air Transport Inc. v. Central Air Transport Corporation* [1953] AC 70, 88—9. 未被承认的实体在英国建立办公处不被禁止也构不上承认:例如,参见,关于巴勒斯坦民族解放组织,483 HL Debs., cols. 1248—52, 1987年1月27日,以及UKMIL, 58 BYIL, 1987, p. 531. 注意:根据1987年外交和领事寓所法第1节,如果寓所被认为属于外交或领事的,须得到外交大臣的允许。

464 例的具体情况进行分析以便澄清此问题。[79] 一国对一个实体提出某种诉求并不一定暗示着承认。[80]

两个国家共同参加谈判并签署一个多边条约，例如《联合国宪章》，一般也不能推定承认。[81] 实践表明，许多会员国或其政府没有得到其他会员国的承认。[82] 虽然以色列和许多阿拉伯国家都是联合国会员国，但是这并不影响阿拉伯不承认以色列。[83] 然而，如果有关国家投票同意某个实体的联合国会员国资格，自然推定发生了承认。例如英国认为她投票同意前南斯拉夫马其顿共和国的联合国会员资格就等于承认该实体为一个国家。[84] 的确，不管个别国家是否作出承认，联合国会员国资格无疑是国家资格强有力的证据，因为根据《联合国宪章》第4条，联合国会员国资格的必要前提条件是作为一个国家。[85]

对于共同参加一个国际会议的情况可以进行类似考虑。但是，各种疑虑常常促使不承认国明确宣布其出席并共同签署会议通过的协议决不能理解为暗含着承认。多年来，特别是阿拉伯国家针对以色列的情况就是这样处理的。

国家实践将可能适用默示承认概念的范围仅仅限制在很少的情况。要想从行为推定给予承认的意图就必须先对所有相关情况进行认真评估。国家喜欢保有承认这个重
465 要的政治工具，一般不愿意从他们的行为方式中推定承认。他们一般更喜欢把承认作为一种经过三思之后作出的正式行为。

---

〔79〕 例如，参见：*Republic of China v. Merchants' Fire Assurance Corporation of New York* 30 F. 2d 278 (1929)；5 AD, p. 42 and *Clerget v. Banque Commercialepour l'Europe du Nord* 52 ILR, p. 310. 关于东德与西德之间关系的特殊立场，参见：*Re Treaty on the Basis of Relations Between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic* 78 ILR, p. 150. 另参见：Whiteman, *Digest*, vol. II, pp. 567 及其以下.

〔80〕 例如，参见，关于福摩莎/台湾，6 ICLQ, 1957, p. 507 以及关于被土耳其占领的北塞浦路斯，957 HC Deb., col. 247, Written Answer, 8 November 1978.

〔81〕 例如，参见：UKMIL, 49 BYIL, 1978, p. 339. 另参见：Whiteman, *Digest*, vol. II, pp. 563 及其以下。另参见：*Civil Aeronautics Administration* v. *Singapore Airlines Ltd* [2004] 1 SLR 570; [2004] SGCA 3, para. 35; 133 ILR, pp. 371, 383.

〔82〕 参见《关于在联合国的代表权问题的法律方面的备忘录》，S/1466, 1950 and 4 International Organisation, 1950, pp. 356, 359.

〔83〕 例如，参见：Q. Wright, "Some Thoughts about Recognition", 44 AJIL, 1950, p. 548. 另参见：关于乌克兰和白俄罗斯，苏联解体之前它们是加盟共和国，UKMIL, 55 BYIL, 1978, p. 339.

〔84〕 参见：223 HC Debs., col. 241, Written Answer, 22 April 1993 and UKMIL, 64 BYIL, 1993, p. 601. 注意：对朝鲜民主主义人民共和国采取类似的观点，62 BYIL, 1991, p. 559.

〔85〕 参见：the *Conditions of Membership of the United Nations case*, ICJ Reports, 1948, pp. 57 及其以下，15 AD, p. 333.

附条件的承认

被称为附条件的承认特别凸显承认的政治性。附条件的承认是指必须满足一定条件才给予的承认，例如19世纪末一些巴尔干国家的独立条件是善待宗教方面的少数者，或者要求被承认国给予最惠国地位。这方面的著名事例是1933年的《李维诺夫协定》(Litvinov Agreement)。根据该协定，只要苏联政府保证避免从事有损于美国国内安全并且承诺解决各种财政求偿，美国就对该政府予以承认。[86]

然而，对特定条件的违反并不会使承认归于无效。那可能违反国际法，并产生政治影响，但是国际法似乎并不接受附条件的承认这种概念。任何附加条件的地位取决于相关当事方具体签定的协议。[87] 但是，把这种意义上的附条件的承认与一般承认标准的演变加以区分是非常重要的，尽管在实践中两者可能有重叠。[88]

集体承认[89]

集体承认的便利常常引人注意。集体承认可以是通过一项国际决定作出的承认，无论是否通过国际组织作出。这当然显示国际社会集体控制其成员资格的重要性，正是这 466
个原因，集体承认没有得到热烈欢迎，也看不出未来是否会得到普遍适用。集体承认的想法在国际联盟建立后有过讨论，并且在联合国建立后又得到再次强调。但很快就清楚地显示，会员国将给予承认的权力保留给自己的行政当局，并不愿意把它委托给任何国际组织。充其量只能说，联合国的会员资格构成国家资格的有力证据。但是，这对那些可自由地拒绝承认任何其他联合国成员国或其政府的成员国来说并没有拘束力。[90]

---

〔86〕 例如，参见：*United States v. Pink* 315 US 203, 229 (1942), Whiteman, *Digest*, vol. II, pp. 120及其以下，以及 A. Kiss, *Répertoire de la Pratique Francaise en Matière de Droit International Public*, Paris, 1962—72, vol. III, pp. 40及其以下.

〔87〕 例如，参见：Lauterpacht, *Recognition*, chapter 19. 另参见：1878年《关于保加利亚、黑山、塞尔维亚和罗马尼亚以及处理宗教自由的条款的柏林条约》(the Treaty of Berlin, 1878 concerning Bulgaria, Montenegro, Serbia and Romania and the provisions dealing with freedom of religion)第V、XXVII、XXXV以及XLIII条。

〔88〕 关于欧共体对东欧和从前苏联和前南斯拉夫产生的新国家所采取的方法，参见上文第451页。这是欧共体及其成员国关于承认标准的立场协调，不是集体承认。

〔89〕 例如，参见：Higgins, *Development of International Law*, Dugard, *Recognition*, Lauterpacht, *Recognition*, p. 400; Chen, *Recognition*, p. 211, and *Oppenheim's International Law*, pp. 177及其以下.

〔90〕 参见上文，第445页。

承认的撤销[91]

在某些情况下,作出的承认是可以撤销的。在事实承认的情况下更容易做到,因为从本质上讲,它是对特定情势作出的审慎而暂时的评估。一旦事实上的政府失去其曾经实行的有效控制,承认的理由即刻消失,并因此可以被撤销。通常承认是对政治现实的初步接受,可以根据政治因素的变化而撤销。[92] 然而,法律承认则是相对更加确定的步骤,因此更难撤销。

当然,当一个得到法律承认的政府被推翻时,就会产生新的情势,并且出现面对一个新政府的问题。在这种情况下,就可以推定撤销对前政府的承认无需明确作出。但永远都有一个条件,即:前政府已经不存在,并且不再以某种方式进行战斗。撤销对一个政府的承认但又不对继承者予以承认是可能发生的,例如,这正是英国和法国对 1979 年的柬
467 埔寨所采取的做法。[93] 但是,由于英国对政府的承认问题采取了新政策[94],现在的立场是:对某个政府,英国既不承认,也不撤销承认。[95]

撤销承认在其他情况下并不经常发生,但是在特殊条件下仍有撤销承认的可能。英国 1936 年对意大利征服埃塞俄比亚予以事实上的承认,并在两年后给予了法律上的承认。但由于战斗的加剧,并且由于意大利对埃提供了军事援助,英国的承认又在 1940 年被撤回(1940 年 6 月 10 日,意大利向英国宣战。同年,英军对非洲战场加强了军事援助。——译者注)。[96] 对交战状态的承认会因为任何一方被打败而终止。丧失一项国家资格所需的标准将对承认有影响。需要指出的是,1979 年美国承认中华人民共和国为中国唯一合法政府必然撤销或废除了对中华民国(台湾)的承认。对这个问题的解释是,"就美国正式的外交关系而言,在台湾已经不存在任何政府了"。[97]

---

〔91〕 参见 Lauterpacht, *Recognition*, p. 349.

〔92〕 事实上的承认撤销并不总是导致法律上的承认的撤销。关于拉脱维亚,参见:*Re Feivel Pikelny's Estate*, 32 BYIL, 1955—6, p. 288.

〔93〕 参见 975 HC Debs., col. 723, 6 December 1979, and C. Warbrick, "Kampuchea: Representation and Recognition", 30 ICLQ, 1981, p. 234. 另参见: AFDI, 1980, p. 888.

〔94〕 参见上文,第 458 页。

〔95〕 424 HL Debs., col. 551, 15 October 1981.

〔96〕 参见: *Azazh Kebbeda* v. *Italian Government*, 9 AD, p. 93.

〔97〕 参见美国对审理下列案件的上诉法院的简要回复:*Goldwater* v. *Carter* 444 US 996 (1979), 引自 DUSPIL, 1979, pp. 143—4.

但这并不影响在美国国内法的情况下适用与台湾相关的美国法律。[98] 从某种程度上说,在这种情况下,并没有产生不承认通常产生的后果,但这种情况是在正式而周密的政策行为的背景下发生的。[99] 它说明,承认已经变得多么复杂。

通常表示不同意某特定政府的行为方式是断绝外交关系。例如,1927 年,英国与苏联外交关系的断绝,1967 年一些阿拉伯国家与美国外交关系的断绝。这些都是厌恶态度的充分体现,不会引起因撤销承认而产生的法律后果和问题。但是,必须把断绝外交关系与撤销承认区别开来。 468

既然承认基本上是政治问题,无论在法律上有什么限制或要求,从逻辑上说,如果一国认为在某特定情势下撤销承认是合法的,它就将根据政治利益采取行动。

不承认[100]

自从 20 世纪 30 年代提出不承认主义以来,情况一直在发展。根据不承认主义,在一定条件下,由于对为造成某种实际情势而采取的行为在道德性或合法性上有强烈的保留,拒绝承认该实际情势。这种学说也得到非法的情势不能产生合法权利这项原则(*ex injuria jus non oritur*)[101] 的支持。

1931 年,日本对满洲(中国东北——译者注)的侵犯特别促成了该学说的产生。美国国务卿于 1932 年宣布,将对非法侵略不予承认,因为侵略违反了 1928 年《巴黎非战公约》(《白里安—凯洛格公约》),该公约规定,用战争作为推行国家政策的工具是非法的。不承认通过非法手段造成的情势、条约或协议的学说被称为"史汀生主义"(Stimson doctrine),以提出该学说的美国国务卿的名字命名。不久之后,国联大会通过的决议加强了

---

〔98〕 《台湾关系法》(Taiwan Relations Act), Pub. L. 96—8 Stat. 22 USC 3301—3316, s. 4.

〔99〕 另外有意思的是英国对"索马里兰共和国"的态度,该领土是索马里的一部分,但是于 1991 年宣布独立。This territory is 1991. 它完全没有得到任何国家的承认。但是英国一直维持与它进行接触并"非常密切"地与它工作,见:HL Deb., vol. 677, col. 418, 16 January 2006 and HL Deb., vol. 683, col. 212, 14 June 2006. 另参见:M. Schoiswohl, *Status and (Human Rights) Obligations of Non-Recognized De Facto Regimes in International Law: The Case of "Somaliland"*, Leiden, 2004.

〔100〕 例如,参见: Lauterpacht, *Recognition*, pp. 416—20, and *Oppenheim's International Law*, pp. 183 及其以下 另参见: R. Langer, *Seizure of Territory*, Princeton, 1947; Hackworth, *Digest*, vol. I, p. 334; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, chapter 25; Dugard, *Recognition*, pp. 24 及其以下, and 81 及其以下, and Crawford, *Creation of States*, pp. 120 及其以下。另参见: S. Talmon *La Non Reconnaissance Collective des États Illégaux*, Paris, 2007.

〔101〕 例如,参见: *Oppenheim's International Law*, pp. 183—4, and the Namibia case, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 46—7; 49 ILR, pp. 2, 36—7.

该学说,决议强调,国联成员国不应承认由于违反《国联盟约》或《巴黎非战公约》引起的任何情势、条约或协议。[102]

但是直到第二次世界大战,国家实践并不令人鼓舞。意大利对埃塞俄比亚帝国的征服得到了承认,德国对捷克斯洛伐克的占领也被接受。1940 年苏联取得了一系列领土,
469 从芬兰到波罗的海国家(立陶宛、爱沙尼亚和拉托维亚)和比萨拉比亚(Bessarabia)。这些都在若干年后得到了西方国家事实上的承认(但是不包括美国)。[103]

1945 年以后,该学说重新得到检验。《联合国宪章》第 2 条第 4 款特别禁止用武力威胁或使用武力破坏国家领土完整。1949 年《国家权利义务宣言草案》强调,国家通过武力威胁或使用武力或任何其他不符合国际法和国际秩序的手段取得的领土,其他国家不得予以承认。1970 年《国际法原则宣言》也规定,使用威胁或武力取得之领土不得承认为合法。[104] 1967 年关于中东冲突的第 242 号决议强调,“不接受用战争取得的领土”。[105]

1965 年 11 月,罗得西亚单方面宣布独立。在其存续的那些年里,没有得到任何国家的官方承认,尽管它确实与南非和 1974 年革命前的葡萄牙维持外交关系。安理会在罗得西亚宣布独立的第二天通过决议,号召所有国家不对其予以承认,并禁止给它提供支援。[106] 安理会对罗得西亚施加有选择的强制性经济制裁,后来又改为全面制裁。[107] 对于南非领土内的班图斯坦宣布独立,安理会采取了类似行动。[108] 1983 年安理会通过
470 第 541 号决议,对土耳其 1974 年占领的部分塞浦路斯领土宣布分离表示强烈反对,并表

---

[102] LNOJ, Sp. Supp. no. 101, p. 8. 该原则在后来的许多宣言中得到重申:例如,参见:34 AJIL, 1940, Supp., p. 197. 另参见:O'Connell, *International Law*, pp. 143—6.

[103] O'Connell, *International Law*, pp. 143—6.

[104] 另参见:1933 年《蒙得维的亚国家权利与义务公约》第 11 条;1948 年美洲国家组织《波哥达宪章》第 17 条和 1969 年《维也纳条约法公约》第 52 条,另注意联合国大会 3314 (XXIX)号决议通过的 1974 年《关于侵略的定义》第 5 条第 3 款。

[105] 另参见:安全理事会 476 (1980) 号和 478 (1980)号决议,宣布以色列企图改变耶路撒冷地位是无效的,指出以色列将其法律、管辖权和行政管理扩展到戈兰高地没有国际法律效力,resolution 491 (1981)。

[106] 安理会 216 (1965)号决议。另参见:安理会 217 (1965)号、277 (1970)号和 288 (1970)号决议。

[107] 例如,参见安理会 221 (1961)号、232 (1966)号和 253 (1968)号决议。另参见:M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986, p. 160; R. Zacklin, *The United Nations and Rhodesia*, Oxford, 1974, and J. Nkala, *The United Nations, International Law and the Rhodesian Crisis*, Oxford, 1985.

[108] 例如,参见联合国大会 31/6A 决议和安理会 1979 年 9 月 21 日和 1981 年 12 月 15 日的声明, Shaw, *Title to Territory*, p. 149. 另参见: J. Dugard, *International Law, A South African Perspective*, Kenwyn, 1994, chapter 5.

示所谓的土耳其塞浦路斯国家“在法律上是无效的”。[109] 1990 年,安理会通过第 662 号决议,宣布伊拉克对科威特的吞并“无效”,并号召所有国家和组织不要承认它。[110] 关于对在波斯尼亚的侵略中引起的“布尔奇科实体间边界”案(the *Brcko Inter-Entity Boundary* award)的裁决重申,不得承认通过违反国际法的侵略取得的领土主权。[111]

作为制裁的工具和为保护领土上的受害居民而采用的一种压力和手段,不承认原则的作用在国际法院 1971 年“纳米比亚”案的咨询意见中得到充分讨论。该案处理南非在该领土上的存在问题。法院认为,由于南非的继续占领是非法的,联合国会员国有责任承认其为非法,并承认南非针对纳米比亚采取的行动是无效的,有义务不得作出任何暗含承认南非这种存在及其行政机构的合法性或支持、援助这种存在及其行政机构的行为。[112]

承认的法律效果

本节将探讨对一个实体的承认或不承认在国际层面和在特定国家的国内法中所引起的一些法律后果。虽然承认被合理地视为一种政治工具,但是承认在法律领域产生重要后果。

国际层面

多数情况下,对国家和政府的承认可以被公认为对事件的实际状态的法律确认。然而,不能假定(例如)不承认一个国家将剥夺该实体在国际法上的权利和义务。当然,承 471
认对一个法律实体具有构成性的情况则不在此限。

一般情况下,一个国家的政治存在与其他国家的承认无关。因此,一个未被承认的国家必须遵守国际法规则。未被承认国不能认为自己不受禁止侵略行为的约束,其领土也不能视为无主地。签订国际协议的国家有权认定没有得到他们的承认、但却同样签订

---

[109] 参见上文第五章,第 235 页。另参见: *Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, Judgment of 10 May 2001, paras. 60—1; 120 ILR, p. 10.

[110] 参见下文第 22 章,第 1253 页。

[111] 36 ILM, 1997, pp. 396,422.

[112] ICJ Reports, 1971, pp. 16,54,56; 49 ILR, pp. 2, 44, 46. 联合国非会员国有类似的义务,同上 但是,不承认的义务并不适用于某些人道性质的行为,其损害该领土上的居民的后果只能被忽略,同上, p. 56 and *Cyprus* v. *Thurkey*, European Court of Human Rights, Judgment of 10 May 2001, paras. 90—8; 120 ILR, p. 10. 另参见:上文,第五章,第 225 页。

该协议的国家要受该协议的约束。例如,英国认为德意志民主共和国受其签署的 1963 年《禁止核试验条约》的约束,尽管英国没有承认该国。

不承认的结果是不能建立外交关系,这在国际法上会影响未被承认国主张其权利,也会影响其他国家主张未被承认国的义务,但并不影响这些权利和义务的存在。但是,在国内法上情况则有所不同。

国内层面

由于承认基本上是一种政治行为,所以它是保留给政府行政部门行使的行为。这就意味着,作为一般原则,司法机构必须接受行政机构的自由裁定,并执行其决定。法院不能承认国家或政府,只能接受并执行行政机构的政治决定所产生的法律后果。但是,随着将明示承认政府的政策改变为仅与这种实体进行交往,情况变得更加复杂了。

在这种情况下,承认是构成性的,因为承认行为本身在国内管辖范围产生法律后果。尤其是在美国和英国,法院认为,他们自己有义务接受政府行政机关作出的关于某一特定实体是否应视为得到或没有得到承认的判定。如果行政机关承认了一个国家或政府并以证明(certificate)的方式通知司法机关,该国家或政府的地位在国内机构就完全转变了。

得到承认的实体可能在国内法院提起诉讼,并可能在某些情形下获得豁免。它自己
472 的立法和行政行为的效力在承认国的法院将得到承认,它自己的外交代表能够主张享有得到承认的国家官方代表所享有的各种豁免。此外,它将有权在承认国拥有属于其被继承者的财产。

英国[113]

多年来,英国法院对于外交部未承认的实体的态度是:它们在英国法院被视为不存在,并因此不能在法院要求豁免权。[114] 这意味着,在一个案子中未被承认的“北俄罗斯临时政府”的船舶得不到法院免受管辖的保护。[115] 同样,未被承认的国家或政府不能在法院作为诉讼的原告出庭。这个原则使得 1804 年的伯尔尼革命政府不能提起诉讼,以制止英国银行处置属于该城市的前管理当局的基金。[116]

关于承认一个实体在国内层面产生效果的问题,英国法律中典型的案例是“卢瑟诉

---

[113] 例如,参见:Talmon, “Recognition of Governments”, pp. 275 及其以下; Greig, “Carl-Zeiss Case”, 以及 J. G. Merrills, “Recognition and Construction”, 20 ICLQ, 1971, p. 476.

[114] 例如,参见:*Halsbury's Laws of England*, 4th edn, London, 1977, vol. XVIII, p. 735.

[115] *The Annette* [1919] P. 105; 1 AD, p. 43.

[116] *The City of Berne* v. *The Bank of England* (1804) 9 Ves. Jun. 347.

萨格尔”案(*Luther* v. *Sagor*)。[117] 该案涉及原告在俄罗斯拥有的木材工厂的运作和生产问题,该工厂 1919 年被苏维埃政府国有化。1920 年,被告公司从苏联购买了大量木材。原告在英国起诉,主张木材是他们的财产,因为这些木材来自他们的工厂。原告诉称,苏维埃政府 1919 年的法令在英国法院应该被忽略,因为英国没有承认苏维埃政府。初审法院赞同这种观点,随后这个问题到了上诉法院。[118]

与此同时,英国给予苏维埃政府以事实上的承认,外交部书面通知了上诉法院。结果,上诉法院必须注意到苏维埃的法令,因此原告败诉,因为法院必须承认被承认国家或政府的立法效力。法院还指出,苏维埃政府实际上得到的是事实上的承认还是法律上的 473
承认对此没有影响。另一个有趣的问题是,外交部的证明中包括这样一个声明,即英国过去承认的“前俄罗斯临时政府”在 1917 年 12 月已经解散,法院就推定苏维埃政府从那天开始存在。

问题的实质是,苏维埃政府现在被接受为苏联的主权政府,但要从 1917 年 12 月起算起。由于承认一旦作出就具有追溯力,追溯到被接受的政府当局建立之日,而不是承认该政府之日,因此苏维埃 1919 年的法令被认为是被承认政府的合法行为,尽管当时苏维埃政府尚未得到英国的承认。

使承认具有追溯力[119]的目的在于,避免对被承认实体内政的干预,否则在承认之前的立法就可能被拒绝。但是,一切取决于行政机关就承认问题通知法院的证明是如何规定的。如果外交部坚持从承认行为作出时才开始将一个相关国家或政府视为主权国家或政府,法院也要遵守这一决定。

与立法一样,与没有被承认的政府之间签订的合同在英国法院也不能执行。没有行政当局必须采取的行动,未被承认的实体在国内法院没有法律人格。

“卢瑟诉萨格尔”案给人们的提示是,一般情况下,事实上的承认的法律后果与法律上的承认的法律后果是一样的。这一点在“海尔·塞拉西诉有线和无线有限公司(第 2 号)”案(*Haile Selassie* v. *Cable and Wireless Ltd*(*No. 2*))[120]中得到强调,但是法院认为,这种情况仅限于与在下述领土上的人或财产有关的行为,即已经得到承认事实上的政府正在实行着有效控制的领土。

换言之,位于国家或政府外的人或财产,情况就不同了。在“海尔·塞拉西”案(海

---

[117] [1921] 1 KB 456; 1 AD, p. 47.

[118] [1921] 3 KB 532; 1 AD, p. 49.

[119] 例如,参见:*Oppenheim's International Law*, p. 161, and Whiteman, *Digest*, vol. II, pp. 728—45.

[120] [1939] 1 Ch. 182; 9 AD, p. 94.

尔·塞拉西是埃塞俄比亚皇帝——译者注)案中,埃塞俄比亚皇帝起诉英国一个公司根据协议欠他的钱。问题在于,在提出诉讼时,英国已经承认意大利军队是埃塞俄比亚事实上的权力机关,但同时依然在法律上承认海尔·塞拉西是埃塞俄比亚的主权者。法院
474 认为,既然此案涉及的是可以在英国偿还的债务,不是关于在埃塞俄比亚境内人的行为或财产的效力问题,作为法律上的权力机关,海尔·塞拉西皇帝有权得到该公司所欠的钱,意大利人事实上的控制对此没有影响。

但是,在审理被告提出的上诉之前,英国对意大利驻埃塞俄比亚当局给予了法律上的承认。上诉法院认为,法律上的承认追溯到给予事实上的承认之日,即从给予事实上的承认之日开始有效。既然发生在案子开始之前,意大利政府在案子审理前和审理期间就被承认为埃塞俄比亚的法律上的政府。因此,不存在海尔·塞拉西为讨回所欠债款而诉讼的任何权利。

仅就英国法院而言,在西班牙内战期间又出现了事实上的政府与法律上的政府之间关系的问题。"阿兰特匝祖·曼迪"案(the case of *Arantzazu Mendi*)[121] 涉及一艘在西班牙巴斯克省毕尔巴鄂(Bilbao)注册的私人蒸汽船。1937 年 6 月,佛朗哥将军率领的军队夺取了该地区后,作为反对派的共和国政府发布了一道命令,征用在毕尔巴鄂地区注册的所有船舶。9 个月之后,佛朗哥的民族主义政府也发布命令征用毕尔巴鄂的所有船舶。当共和国政府发布书面命令征用"阿兰特匝祖·曼迪"号船时,该船正在伦敦。船东对此表示反对,但接受民族主义政府的征收命令。

被承认国不能在另一国家的法院被诉或以任何方式在另一国家法院出庭。这是公认的国际法规则。因此,民族主义政府辩称,既然其当局在他们实际控制的地区已得到英国政府事实上的承认,他们的命令就是有效的,不能在英国法院挑战这种有效性。因此,必须驳回共和国政府提起的诉讼。

此案被提交到上议院。上议院的判决是,作为包括毕尔巴鄂地区在内的西班牙多数地区事实上的管理当局,民族主义政府有权被视为主权国家,并能够享有由此而产生的
475 通常的豁免权。因此,共和国政府败诉。上议院指出,事实上的管理当局对该领土所行使的主权权力(sovereign powers)常常有增有减,那是无关紧要的。[122] 此案是对事实上的管理当局的特点的最高评价,对这种实体给予如此慷慨的评价可能会遭到批评。[123]

已经简要指出了在法律上和事实上的政府对相同的领土提出主张时,英国法院面临

---

[121] [1939] AC 256; 9 AD, p. 60.

[122] 例如,参见: Lord Atkin, [1939] AC 256, 264—5.

[123] 例如,参见: Lauterpacht, *Recognition*, pp. 288—94.

的权利和义务冲突的问题。基本上,事实上的管理当局关于其控制范围内的人民和财产的诉讼会得到英国法院的承认,但是财产如果位于英国、并且在英国是可以偿还的,法律上的主权者将有优先权。在涉及两个得到法律上的承认的政府的利益时,也出现类似的复杂情势,例如一个政府被另一个政府所取代的情况。可能产生有关追溯力的问题,即法院可以将法律上的政府的行为追溯到多久,尽管承认一般可以追溯到某国家或政府建立之初。

这个问题在"吉尼亚·亚莫里卡·里尼诉波谷斯劳斯基"案(*Gdynia Ameryka Linie* v. *Boguslawski*)[124]中得到讨论。第二次世界大战期间,波兰驻伦敦流亡政府被英国承认为波兰法律上的政府。但是,1945 年 6 月 28 日,共产党临时政府在波兰建立,并对该国实行了有效控制。7 月 5 日午夜,英国承认该政府为波兰法律上的政府。就在作出这种承认的前两天,波兰流亡政府答应对离开海军商船队的波兰海员提供补偿。补偿金由一些雇主向不愿为共产党临时政府工作的海员支付。在"波谷斯劳斯基"案中,当海员索取补偿金时,雇主拒绝支付,并辩称,英国对临时政府的法律上的承认追溯到 6 月 28 日,即该政府有效控制该国的日期。如果是这样的话,流亡政府在 6 月 28 日后的行为是没有效力的,因此该英国法院就不能执行补偿。

上议院强调了承认具有追溯力的一般原则。然而,他们进行了修正,宣布法院必须 476
承认新政府作出的行为是有效的,不仅包括被承认后的行为,而且包括被承认之前的行为,"只要该行为与行为作出时在其控制下的事务有关"。[125] 上议院指出,虽然对新政府的承认具有某些追溯效果,但是对旧政府的承认在实际上被撤回之前仍然有效。假如旧政府企图在对它的承认被撤销之前对新政府控制下的事项采取行动,就可能产生问题。但是,本案不涉及这个问题。

换言之,在本案中,法院认为,承认的追溯力原则仅限于新政府有效控制下的事务。当涉及新政府控制范围外的事务时,承认不具有追溯的效果。而且,在作出承认的实际日期之前,不得不接受以前的法律上的政府所作出的行为,并使其发生效力。

这可以导致许多复杂的情势,特别是法院会面临相互冲突的诉讼,这种情况在一个法律上的政府被另一个法律上的政府取代时是不难想象的。它可能导致政府权力的滥用,例如一个知道自己即将失去承认的政府,在它颁布的命令中给它的支持者以金钱奖励或其他奖励,而这种法令可能在英国法院得到执行。如果一个新政府发布相反的法令以便使旧政府的法令失去效力,将会是什么结果呢?这是"波谷斯劳斯基"案没有审议

---

[124] [1953] AC 11; 19 ILR, p. 72.

[125] Lord Reid, [1953] AC 11, 44—5; 19 ILR, pp. 81, 83.

的问题。

法院在同一年里受理的另一个案件,即"民用航空运输公司诉中央航空运输公司"案(*Civil Air Transport Inc.* v. *Central Air Transport Corporation*)[126],同样没有回答上述问题。这个案件涉及的是出售属于中国国民政府的航空器,这些航空器飞到了英国皇家殖民地香港。在共产党政府对中国实行有效控制、英国尚未承认该政府前,这些航空器被
477 出售给美国公司。法院认为,国民政府有权主张这些航空器的所有权,法院指出:

> 承认的追溯效果使事实上的政府在成为新的法律上的政府之前的行为有效。但是不能使旧的法律上的政府的行为无效。[127]

应该注意,共产党政府没有努力使航空器卖给美国公司的事无效。如果它真的这样做了,就会出现新的情况。不过,即便是这样,法律结果是否因此而发生根本的改变仍然是不确定的。

英国在承认方面坚持的一般做法(现在是外交接触)是,承认将与有效控制的证据相符。承认被用来表示对实际情势的认知,不再作为表示赞同与否的方式。但是,不是任何情况下都是如此,有些政府对其国家实行了有效控制,但没有得到英国的承认。前德意志民主共和国就是一个主要事例。由于不承认的主要后果是英国法院不承认未被承认国家的任何法律,在一般国际政治和商业生活中很可能会出现问题。

在"卡尔·蔡斯基金会诉雷纳·基勒"案(*Carl Zeiss Stiftung* v. *Rayner and Keeler Ltd* (*No. 2*))[128]中就产生了这样的问题。该案涉及由特别董事会管理的卡尔·蔡斯(Carl Zeiss)基金会,该基金会于1951年改建为杰拉(Gera)理事会。问题是,该理事会位于德意志民主共和国,作为卡尔·蔡斯基金会管理机构的杰拉理事会的建立受到民主德国地方政府重组的影响。卡尔·蔡斯在英国法院提起诉讼后立刻产生了问题:考虑到英国不承认民主德国,该基金会管理机构的诉讼能否在英国法院审理?上诉法院决定,由于外交部证明英国承认苏联及其政府在法律上有权在该地区(即前苏联的占领区——民主德国)行使管理权[129],法院不可能使民主德国制订的任何法律规章有效。然而,上议院通过缜密的虚拟手段使英国法院的制度摆脱了困境。

上议院指出,由于外交部就相关事实作出的证明对法院有拘束力,因此,从逻辑上讲,

---

[126] [1953] AC 70; 19 ILR, pp. 85, 93, 110. 另参见: F. A. Mann, "Recognition of Sovereignty", 16 MLR, 1953, p. 226.

[127] [1953] AC 70, 90; 19 ILR, pp. 110, 113.

[128] [1967] AC 853; 43 ILR, p. 42. 另参见: Greig, "Carl-Zeiss Case".

[129] [1966] 1 Ch. 596; 43 ILR, p. 25.

法院必须承认苏联在法律上是民主德国的管理当局,与民主德国是否建立无关。法院无 478
权对实际的情势进行审查,但却有义务接受外交部的证明中确立的事实并予以执行。因此,苏联是法律上的主权者,民主德国政府必须被视为其下级和附属机构。

因此,法院可以承认卡尔·蔡斯基金会是存在的,因为英国承认苏联的法律地位,作为管理机构,民主德国的关联性仅仅在于它是苏联创立的。

1965 年,史密斯集团单方面宣布罗得西亚独立。"卡尔·蔡斯"案中出现、并得以回避的问题在关于罗得西亚的一系列案件中又出现了。对其领土实行有效控制的政府或国家如果不被英国承认,而且严格执行"不承认,即不存在"的规则,将导致许多困难和不便。因此,在"亚当斯诉亚当斯"案(*Adams* v. *Adams*)[130] 中,罗得西亚离婚法令没有得到英国法院的承认。但是,在"金苹果园酒店有限公司诉爱琴海土耳其假日酒店"案(*Hesperides Hotels Ltd* v. *Aegean Turkish Holidays*)[131] 中,该案涉及侵入饭店的行为,该饭店由塞浦路斯希腊族人所有,但在 1974 年土耳其入侵后由塞浦路斯土耳其族人经营。丹宁勋爵(*Lord Denning*)在其附带意见中指出,他相信法院可以承认对其领土实行有效控制、但未被承认的政府的法律和行为,至少那些规范人民日常生活的法律是可以承认的。[132] 这种方法当然很诱人,但必须认真应对,而且仅限于对人道或非主权性问题的确定。[133] 在"卡格拉尔诉贝林根"案(*Caglar* v. *Bellingham*)中,人们注意到,虽然在涉及商业债务或个人之间的私法问题或出生登记和婚丧等日常管理问题时,法院承认未被承认的外国政府的存在,但是如果承认了未被承认的国家会使其与英国外交政策或立场相违背,法院就不会那样做。[134] 法院在"厄敏诉耶尔达"案(*Emin* v. *Yeldag*)中认为,在未被 479
承认国家内发生的私人行为可视为在英国法律体系内有效的行为,条件是没有制定法上的禁止性规定[135]、并且此种认可无损于英国政府的外交关系行为。[136] 如果问题关涉在

---

[130] [1971] P. 188; 52 ILR, p. 15.

[131] [1978] QB 205; 73 ILR, p. 9. 另参见: M. N. Shaw, "Legal Acts of an Unrecognised Entity", 94 LQR, 1978, p. 500.

[132] [1978] QB 205, 218; 73 ILR, pp. 9, 15. 另参见: Steyn J, *Gur Corporation* v. *Trust Bank of Africa Ltd* [1986] 3 WLR 583,589, 592; 75 ILR, p. 675.

[133] 进一步参见:the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 56, 49 ILR, pp. 2, 46, and *Cyprus* v. *Turkey*, European Court of Human Rights, Judgment of 10 May 2001, paras. 90—8; 120 ILR, p. 10.

[134] 108 ILR, p. 510, at 534.

[135] 例如 *Adams* v. *Adams* [1970] 3 All ER 572 关于英国与南罗得西亚的关系。

[136] [2002] 1 FLR 956. 这是与早先的 *B* v. *B* [2000] FLR 707 案冲突的,在那个案子里在"被塞浦路斯土耳其共和国"办理的离婚没有得到承认。另见 *Parent and Others* v. *Singapore Airlines Ltd and Civil Aeronautics Administration* 133 ILR, p. 264.

英国法律中承认其存在的个人合法行为，在英国法院就是可诉的，而且不会因为将此种行为与未被承认国联系起来而被认为[137]非法。

但是在许多案件中，在解释某特定制定法的规定时，可能会遇到一个实体是不是“国家”的问题。法院采取的方法是集中解释相关文件，而不是外交部的证明（certificate）或国际法上任何国家资格的定义。[138]

1991 年制定的《外国公司法》（Foreign Corporations Act）处理了不承认产生的一些后果问题。该法规定，在未被英国政府承认为国家的领土内建立的公司将被视为在英国具有法律人格，该领土上的法律将通过既定的法院制度加以适用。换言之，该领土将为此目的作为被承认的国家对待。因此，在这种情况下，该领土的立法将适用一般的冲突法
480 规则。但是应该强调，该立法丝毫不影响有关的承认问题。[139]

自从 1980 年英国放弃对政府的承认以来，出现了法院对此持什么态度的问题。特别是，似乎可能要求法院研究英国政府与一个新政权交往的性质，以便为国内法的目的而确定该政权的地位。[140]

在“格尔公司诉非洲信托银行”案（*Gur Corporation* v. *Trust Bank of Africa*）[141]中，实际上是请求法院决定锡斯吉（Ciskie）的地位。作为南非的一部分，这块领土是从南非获得“独立”的班图斯坦（又称“黑人家园”，为推行种族隔离政策而设立的南非行政划区的总称，现已不复存在——译者注）之一。这是通过 1981 年的《锡斯吉地位法》达成的。在一宗商业纠纷中，法院面对的基本问题是，锡斯吉在英国法院是否具有作为原告或被告出庭的资格（*locus standi*）。外交和联邦部证明说，英国没有承认锡斯吉为法律上或事实上的国家，英国已向南非派遣了解决发生在锡斯吉问题的代表。上诉法院认为，它可以认为，这样的宣言和立法与英国外交和联邦部的证明没有冲突。

唐纳森勋爵（Lord Donaldson）指出，上诉法院考虑的结果是，可以考虑 1981 年的《锡

---

[137] 参见 *NorthCyprusTourismCentre Ltd* v. *Transport for London* [2005] EWHC1698 (Admin), para. 50.

[138] 例如，参见：*Re Al-Fin Corporation's Patent* [1970] Ch. 160; 52 ILR, p. 68; *Reel v. Holder* [1981] 1 WLR 1226; 74 ILR, p. 105 and *Caglar* v. *Bellingham* 108 ILR, p. 510 at 528, 530 and 539, 该制定法中“外国”一词是指被英国承认了的国家。

[139] 该立法的通过主要是为了解决 *Arab Monetary Fund* v. *Hashim* (No. 3) [1991] 2 WLR 案之后的情势，根据该案，不是在被承认为国家的领土上建立的公司在英国法上不能被承认。参见：UKMIL, 62 BYIL, 1991, pp. 565—8. 另参见：the decision of the Special Commissioners in *Caglar* v. *Bellingham*, 108 ILR, p. 510 at 530, 该案强调，立法意图不是要影响政府关于承认的所有政策，而是要切断与国际公法的联系并解决国际私法的问题。

[140] 参见：409 HL Deb., cols. 1097—8 and Symmons, “United Kingdom Abolition”, pp. 254—60.

[141] [1987] 1 QB 599; 75 ILR, p. 675.

斯吉地位法》,但是该法中关于宣布该领土独立和放弃南非对其主权的规定除外。这导致的结论是,锡斯吉的立法机关实际上是通过南非当局的代表行使权力。[142] 因此,锡斯吉政府可以"作为为代表南非行事而由南非设立的附属机构"在英国法院成为原告或被告。[143] 显然,法院认为,这种情况与"卡尔·蔡斯"案类似。是否真的类似是个可以讨论的问题。这些案例中(英国外交和联邦部——译者注)的证明措辞是否完全一致当然是有疑问的。在"格尔"案中,行政机关要谨慎得多,并且态度是不明朗的。实际上,其中的一份证明指出,英国政府在该管理当局是否在锡斯吉领土行使管理权的问题上没有正式发表立场。[144] 然而,在"卡尔·蔡斯"案中,英国外交和联邦部的证明明确指出,苏联在法律上被承认并有权在相关(东德)领土上行使管理权。[145] 其中的差距通过解释和推 481
理得到了弥补。

从更广泛的角度来看,承认政府政策的改变究竟在多大程度上实际导致了法院态度的变化,还不是很清楚。毫无疑问,英国政府在出具关于是否与相关实体存在外交接触的证明时所采取的态度是关键性的。看来,这种外交接触的主张是决定性的。[146] 如果英国外交和联邦部的声明比它与该实体的实际接触的主张更加模糊,就会出现问题。结果加重了法院回答该实体有何地位问题的责任。一方面,"格尔"案显示法院不愿意自己审查任何特定情势的现实,而愿意从证明的措辞中推演答案应该是什么。[147] 另一方面,在"索马里共和国诉伍德豪斯·德瑞克与卡利(瑞士)公司"案(*Republic of Somalia V. Woodhouse DArake and Carey(Suisse)SA*)[148] 中,高等法院的霍布豪斯法官(Hobhouse J)在比较宽泛的意义上提出了他的观点。他认为,要决定一个政权是不是某国的政府,法院必须考虑下列因素:(甲) 它是不是依该国宪法程序建立的政府;(乙) 该实体自己对该国领土实行管理控制的程度、性质和稳定性;(丙) 英国政府与其有否接触,如果有,其性

---

[142] [1987] 1 QB 599, 6231 75 ILR, p.696.

[143] [1987] 1 QB 599, 624 另参见: Nourse LJ, 同上, pp.624—66; 75 ILR, pp.696—9.

[144] [1987] 1 QB 599, 618—19; 75 ILR, p.690.

[145] [1966] 1 Ch. 596; 43 ILR, p.25.

[146] 例如,参见: the *Arantzazu Mendi* [1939] AC 256, 264; 9 AD, p.60, and *Gur Corporation* v. *Trust Bank of Africa* [1987] 1 QB 599, 625; 75 ILR, p.675. 另参见: *Republic of Somalia* v. *Woodhouse Drake and Care?*, (Suisse) SA [1993] QB 54, 65—6; 94 ILR, p.620.

[147] 例如,参见:F. A. Mann, "The Judicial Recognition of an Unrecognised State", 36 ICLQ, 1987, p.349, and Beck, "A South African Homeland Appears in the English Court: Legitimation of the Illegitimate?", 36 ICLQ, 1987, p.350.

[148] [1993] QB 54; 94 ILR, p.608.

质如何;(丁) 在一些模棱两可的案例中,该实体作为该国政府得到国际社会承认的程度。[149] 为什么如此明显地强调不同的东西? 这个问题的部分答案是,事实上在后一个案件中,有两个不同的实体都主张是索马里的政府,而当时的局势已经非常混乱。还应该指出,在"索马里共和国"案中,尽管对于英国政府是否与该实体存在接触来说外交部
482 的声明可能是最好的证据,但法院认为那只不过是该案证据的一部分。[150]

美国

关于承认或不承认外国实体的问题,美国的情况与英国类似,但有某些重要不同之处。原则上,只有被承认的国家或政府才可以在美国法院起诉。[151] 无论两国之间的外交关系如何,这个原则都是适用的,除非两国间发生战争。[152] 但是,某些情况下,未被承认的国家或政府可以允许在美国法院出庭。这将取决于案件的具体事实以及对相关实体的实际鉴别情况。[153] 例如,在"安哥拉航空运输诉罗耐尔"(*Transportes Aeros de Angola* v. *Ronair*)案[154] 中,法院认为,在美国国务院明确指出允许原告(美国未承认的安哥拉政府所属的一个公司)出庭符合美国外交政策利益的特别情况下,法院的管辖就不存在障碍了。

与英国相同,行政机关的声明被视为对法院具有拘束力。但是,美国法院似乎有更大的自由裁量权。在尚未得到是否会承认的"建议"时,与英国法院相比,美国法院更愿意承认未被承认实体的行为的效力。的确,在"卡尔·蔡斯"案中,里德(Reid)和威尔伯福斯(Wilberforce)勋爵以肯定的语气提到,美国法院判决中存在着一种明显的趋势:承认"在相关领土内发现存在的实在的事实或现实",这种趋势是符合正义和常识的。这种承认不能适用于所有行为。但是,用威尔伯福斯勋爵的话说,这种承认的确适用于"私法上的权利或者日常生活中的行为,或者行政机关例行公事的行为"。[155] 但是,究竟这

---

[149] [1993] QB 54, 68; 941LR, p.622.

[150] [1993] QB 54, 65; 94 ILR, p.619. 这在下列案件中得到重申:*Sierra Leone Telecommunications Co. Ltd* v. *Barclays Bank* [1998] 2 All ER 821; 114 ILR, p.466. 另参见: K. Reece Thomas, "Non-recognition, Personality and Capacity: The Palestine Liberation Organisation and the Palestine Authority in English Law", 29 *Anglo-American Law Review*, 2000, p.228.

[151] 例如,参见: *Republic of Vietnam* v. *Pfizer* 556 F. 2d 892 (1977); 94 ILR, p.199.

[152] 参见: *Banco Nacional de Cuba* v. *Sabbatino* 376 US 398, 412; 35 ILR, p.2 and *National Oil Corporation* v. *Libyan Sun Oil Co.* 733 F. Supp. 800 (1990); 94 ILR, p.209.

[153] 关于1979年以后的台湾,参见上文,第389页。另参见: *Wulfsohn* v. *Russian Republic* 234 NY 372 (1924); 2 AD, p.39.

[154] 544 F. Supp. 858, 863—4 (1982); 94 ILR, pp.202, 208—9.

[155] [1967] AC 853, 954; 43 ILR, pp.23, 66.

种行为的范围是什么,从来就没有确切界定过。

美国内战中遇到的困难首次使“不承认即不存在”原则得到重新评价,因为不可能 483
无视邦联当局的一切行为。结果是下述观点应运而生,即只要组成邦联的各州通过的规则对于联邦或中央政府当局没有敌意,或者与《美国宪法》不冲突,在法院中可被视为有效并可执行。[156] 这种观点在纽约州上诉法院的一个案例中得到发展。在讨论未被承认的苏联政府的地位时,卡多佐法官(Cardozo)指出,如果某个实体已经对领土持续进行了控制,但未被得到我们的承认,那么它的行为和法令“可以获得准政府的效力,否则可能严重违反根本的司法原则或我们的公共政策”。[157]

这种观点在美国即将承认苏联之前的一段时期里得到了迅速发展,并且导致法院在“萨利莫福诉纽约标准石油公司”案(*Salimoff* v. *Standard Oil Co. of New York*)[158] 对苏联石油国有化法令的执行。法院对此的评论是,“拒绝承认苏俄是管理该国内政的政府就是掩耳盗铃的做法”。

与“卢瑟诉萨格尔”案[159] 采取的方法正好相反,在司法待遇上,这个判决在走向取消区分被承认和不被承认政府行为的道路上向前迈进了一步。

但是,这一广泛的学说所适用的范围在“马雷特”案(*The Maret*)[160] 中得到更加认真的界定。在该案中,法院拒绝承认未被承认的苏联爱沙尼亚共和国政府将一艘爱沙尼亚船国有化的效力。然而,争议中的船舶在国有化命令发出时位于美国的一个港口,看来财产在相关国家境内还是境外,在一些情况下处理方式是有区别的。

举个例子,与“马雷特”案相反,在“尤普莱特诉汞商业机械”案(*Upright* v. *Mercury Business Machines*)[161] 中,在关系到民主德国国有控制公司向原告转让一笔账单时,法院讨论了关于不承认德意志民主共和国的问题。在支持原告的请求时,纽约州最高法院的法官宣布,虽然没有得到行政机关的承认,外国政府 484

仍然可以是事实上存在的政府,因此是可以审理的。这种事实政府的行为可能影响私人的权利和义务,无论这些权利和义务产生于在事实上的政府控制的领土内进行的活动还是产生于与位于该领土内的个人或公司进行的活动。

---

[156] 例如,参见: *Texas* v. *White* 74 US 700 (1868).

[157] *Sokoloff* v. *National City Bank of New York* 239 NY 158 (1924); 2 AD, p.44.

[158] 262 NY 220 (1933); 7 AD, pp.22, 26.

[159] [1921] 1 KB 456; 1 AD, p.47; 上面,第 394 页。

[160] 145 F.2d 431 (1944), 12 AD, p.29.

[161] 213 NYS (2d) 417 (1961); 32 ILR, p.65.

但是,不允许未被承认的政府为了绕过行政机关的政策去创设法律实体。在"魏玛艺术品收集署诉埃力克逢"案(*Kunstsammlungen zu Weimar* v. *Elicofon*)[162]中,直到1969年,魏玛艺术品收集署都是民主德国的政府机构。为了避免上述诉讼中未被承认国家遇到的问题,该机构变成了单独的法人。该案涉及归还在美国占领德国期间博物馆被盗走的画。

作为未被承认国的一个部门,当然不允许魏玛艺术品收集署在美国法院起诉,1969年改变其地位就是为了绕过这一障碍。然而,法院拒绝受理,并强调说,允许魏玛艺术品收集署参加此案"将使我们政府不承认德意志民主共和国成为一种毫无意义的姿态"。[163] 后来在"塞浦路斯自主教会诉哥德伯格"案(*Autocephalous Church of Cyprus* v. *Goldberg*)中,上诉法院认为,该法院将不执行未被承认的"土耳其塞浦路斯联邦国家"(后来称为"北塞浦路斯土耳其共和国")通过的没收法令。[164]

在"伊朗伊斯兰共和国国防部长诉谷尔德"案(*Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran* v. *Gould*)[165]中,法院面临的是关于未被承认的伊朗政府寻求执行仲裁裁决的诉讼。但是美国政府进行了干预,并发出一个利益声明书支持伊朗的观点,这被证明发生了重要影响。这种一般做法在"国家石化诉 M/T 斯托尔特·希夫"案(*National Petrochemical* v. *The M/T Stolt Sheaf*)[166]中得到加强。在该案中,法院强调,行政机关一定有权力对付未被承认的政府,因此没有正式承认并不一定导致一个外国政府不准在美国法院起诉。[167] 但是,如果行政机关出具不承认的证明,并且明白表示在即将发生的案子里
485 未被承认的一方不应允许在法院诉讼,法院似乎非常愿意遵守。[168]

要使美国的各种案例协调一致或者确定未被承认国家或政府的行为在美国法院系统可执行到什么程度,是存在一定难度的。但是,应该注意两个因素:第一,行政机关的

---

[162] 358 F. Supp. 747 (1972); 61 ILR, p. 143.

[163] 358 F. Supp. 747, 757; 61 ILR, p. 154. 另参见: *Federal Republic of Germany* v. *Elicofon*, 14 ILM, 1976, p. 806, 美国承认民主德国后,魏玛艺术品收集署被允许参加诉讼过程。另参见:*Transportes Aereos de Angola* v. *Ronair* 544 F. Supp. 858.

[164] 917 F. 2d 278 (1990); 108 ILR, p. 488.

[165] 1988 *Iranian Assets Litig. Rep.* 15, 313. 另参见: 82 AJIL, 1988, p. 591.

[166] 860 F. 2d 551 (1988).

[167] 同上, p. 554.

[168] 例如,参见: *Republic of Panama* v. *Republic National Bank of New York* 681 F. Supp. 1066 (1988) and *Republic of Panama* v. *Citizens & Southern International Bank* 682 F. Supp. 1144 1988. 另参见: T. Fountain, "Out From the Precarious Orbit of Politics: Reconsidering Recognition and the Standing of Foreign Governments to Sue in US Courts", 29 Va. JIL, 1989, p. 473.

证明是有拘束力的。如果行政机关的证明明白表示某未被承认实体的行为无效，那么法院有义务予以遵守。美国国务院的“建议”中也可能包含某种暗示或指示，虽然并没有明确表达，但也会使法院感觉到行政机关在某政府的地位问题上的倾向性立场，并对法院产生影响。例如，在“萨利莫福”案[169]中，证明书的措辞有意鼓励法院将苏联政府视为被承认的政府，但是在“马雷特”案[170]中，证明书中关于爱沙尼亚苏维埃共和国的陈述具有明确的敌意，没有承认或执行该政府法令的任何概念。

第二，关于相关财产所在位置的问题。一种倾向是，避免执行那些对位于未被承认的国家或政府境外的财产产生影响的行为或法令，而且，在任何情况下，财产的位置通常会增添与国内法的规定相关的复杂问题。[171]

美国对追溯原则的适用具有某种不确定性，特别是因适用该原则而影响发生在该国之外的事件时更是如此。一系列案例显示，未被承认的政府只有在其自己领土范围内作出的行为才能通过适用承认的追溯原则[172]变得有效。但是，还有最高法院作出判决的一些案例证明，存在相反的观点。[173] 486

进一步阅读推荐书目

J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2006

J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987

H. Lauterpatercht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947

S. Talmon, *Recognition of Governments in International Law*, Oxford, 1998

---

[169] 262 NY 220 (1933); 7 AD, p. 22.

[170] 145 F. 2d 431 (1944); 12 AD, p. 29.

[171] 例如，参见：Civil Air Transport Inc. v. Central Air Transport Corporation [1953] AC 70; 19 ILR, p. 85.

[172] 例如，参见：Lehigh Valley Railroad Co. v. Russia 21 F. 2d 396 (1927); 4 AD, p. 58.

[173] 例如，参见：US v. Pink 315 US 203 (1942); 10 AD, p. 48, and US v. Belmont 301 US 324 (1937); 8 AD, p. 34.

10
领　　土

国际法上领土的概念

国际法是建基在国家概念之上的。而国家则建立在主权的基础之上，主权对内意味着政府组织的最高性，而对外则意味着国家作为法律人格者的最高性。[1]

但主权自身连同其附带的法律权利和义务是以领土的事实为基础的。没有领土，一个法律人格者不可能是一个国家。[2] 它无疑是国家的根本特征，并且是最被广为接受和理解的一个。如今约有200个不同的领土单位，每一个都受制于不同的领土主权和管辖权。

既然像主权和管辖权这样的基本法律概念只能结合领土加以理解，那么领土的法律性质就成了所有国际法研究中的关键部分。实际上，国家对其领土行使专属权力的原则

---

〔1〕 参见，例如：*Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, chapter 5; J. Castellino and S. Allen, *Title to Territory in International Law: A Temporal Analysis*, Aldershot, 2002; G. Distefano, *L'Ordre International entre Légalitéet Effectivité: Le TitreJuridique dans le Contentieux Territorial*, Paris, 2002; R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963; J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1970, vol. III, 第297页及其以下; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, 第464页及其以下和第529页及其以下; M. N. Shaw, "Territory in International Law", 13 Netherlands YIL, 1982, p.61; N. Hill, *Claims to Territory in International Law and Relations*, London, 1945; J. Gottman, *The Significance of Territory*, Charlottesville, 1973; S. Akweenda, *International Law and the Protection of Namibia's Territorial Integrity*, The Hague, 1997; S. P. Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, The Hague, 1997; W. Schoenborn, "La Nature Juridique du Territoire", 30 HR, 1929, p.85, 以及 K. H. Kaikobad, *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge, 2007.

〔2〕 参见：*Oppenheim's International Law*, p.563.

被视为传统国际法的一个根本原则。[3] 以国家在一块被承认的领土范围内享有专属权 488
威为基础而发展起来的国际法就意味着，领土“或许”成了“国际法的基本概念”。[4] 大多数国家其实是通过与其所居住的土地之间的紧密关系而发展起来的。[5]

通过保护领土不可侵犯性这一法律规则的发展，也可以看出领土在国际法体制中的核心地位。和禁止干涉其他国家内政的规范一样，尊重国家领土完整也被作为国际法制度的一个关键原则而被牢固树立起来。[6] 然而，一些因素已经趋于削弱国家在国际法中对领土的专属权。技术和经济发展的效果使得相互依存变得更加明显，而诸如人权和自决等跨国关注事项的出现似乎已经对此种专属性产生冲击。[7] 国际组织的发展是另一个相关因素，还有就是海洋法和空间法领域中“共同继承财产”概念的发展。[8] 然而，不应过分夸大此种趋势对国际法学说的影响。[9] 领土主权仍然是国际法中的一个关键概念。

既然法律是政治环境的反映，并在大多数情况下以符合现实的方式演进，那么国际法也必然发展出了一系列规制领土转移和控制的规则。鉴于国际社会的本质，这些规则 489
经常（尽管并非总是）具有使通过权力获得的结果合法化的效果。由于国际法中缺乏强有力的中央权威，因此与国内法律结构相比，就更加强调法律必须与权力和武力相协调。

在一个特定的国家里，与土地转移和控制相关的国内立法和司法判例所确立的规则通常十分详细，因为它们处理的是该国的一种基本资源，也是一种创造财富的因素。土地法经常反映一个社会内部的势力均衡：封建安排被自由市场契约所取代，后来又引入了全面规定地主和其佃户各自权利和义务的条款，并发展出更为复杂的转让技术。土地

---

〔3〕 参见：L. Delbez, “Du Territoire dans ses Rapports avec l'Etat”, 39 *Revue Générale de Droit International Public*, 1932, p. 46. 另参见：Hill, *Claims to Territory*, p. 3.

〔4〕 D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd edn, London, 1970, vol. I, p. 403. 另参见：Jennings, *Acquisition*, p. 87, and Judge Huber, *The Island of Palmas* case, 2 RIAA, pp. 829, 838 (1928).

〔5〕 一般参见：Gottman, *Significance*.

〔6〕 参见例如《联合国宪章》第 2 条（4）和（7）；联合国大会 1970 年通过的《国际法原则宣言》，第 2625（XXV）号决议；以及联大 1974 年通过的《侵略定义》第 1 条，第 3314（XXIX）号决议。

〔7〕 参见，例如：R. Falk, “A New Paradigm for International Legal Studies: Prospects and Proposals”; 84 *Yale Law Journal*, 1975, pp. 969, 973, 1020. 另参见：H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950, and C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, 1958.

〔8〕 参见例如 1967 年《外层空间条约》和 1982 年《海洋法公约》。另参见：Shaw, “Territory”, pp. 65—6；下文第 541 页。

〔9〕 参见，例如“庇护”案。ICJ Reports, 1950, pp. 266, 275; 17 ILR, pp. 280, 283. 国际法院在“马来西亚/印度尼西亚”案中强调了“对领土的主权以及该主权的稳定性和确定性在国际法和国家关系中的核心地位”，ICJ Reports, 2008, para. 122.

上可以存在大量的法律利益，并可能将所有权划分为几个不同的部分。[10] 出于各种原因，国际法中对领土的处理尚未达到这样复杂的程度。特别是，存在于国际上的领土主权的横向水平体系，与存在于大多数国家内的土地法的纵向垂直体系截然不同。由此，土地合法所有权的变化在国际法和国内法中将导致截然不同的后果。

在国际法中，一块领土所有权的变化同样涉及主权的变化，即统治该区域的合法当局发生了变化。这意味着，居民的国籍，以及他们据以生活、工作和交往的法律制度改变了。而在国内法中，合法所有权的改变并不涉及这些变化。因此，国际法必须同时处理领土主权变化的各种后果，而不应仅仅关注领土的取得或丧失方式。[11]

领土主权

胡伯法官在“帕尔马斯岛”案[12]中指出：

“地球表面一部分上的主权是将该部分包括在任一特定国家领土之内的必要法律条件”。

490

布赖尔利(Brierly)根据对领土权利的存在，而不是国家本身的独立或人和人的关系来定义领土主权。它是一种将“法律上众所周知的对领土最充分的权利”和一些次要的领土权利——例如租借和地役——相对照的方法。[13] 领土主权有积极的一面和消极的一面。前者与国家对其领土的专属权利有关[14]，而后者则指保护其他国家权利的义务。[15]

有关领土主权的国际法规则根植于罗马法中有关所有权和占有的规定，而对不同领土取得方式的划分则直接源于与财产有关的罗马规则。[16] 这已经导致了某些混淆。法律是密切依附于其同时代的生活的，因此不可能被轻易地移植到不同的文化背景之

---

〔10〕 参见，例如：R. Megarry and H. W. R. Wade, *The Law of Real Property*, 5th edn, London, 1984.

〔11〕 参见下述关于国家继承问题的第 17 章。

〔12〕 2 RIAA, pp. 829, 838 (1928); 4 AD, pp. 103, 104. 另参见：法学家委员会在下列案件中的报告：the *Aaland Islands* case, LNOJ, Supp. no. 3, p. 6.

〔13〕 *The Law of Nations*, 6th edn, Oxford, 1963, p. 162.

〔14〕 参见：Judge Huber, *Island of Palmas* case, 2 RIAA, pp. 829, 838 (1928); 4 AD, pp. 103, 104.

〔15〕 2 RIAA, p. 839. 另参见：Shaw, “Territory”, 第 73 页及其以下，以及 S. Bastid, “Les Problèmes Territoriaux dans la Jurisprudence de la Cour Internationale”, 107 HR, 1962, pp. 360, 367.

〔16〕 参见，例如：Schoenborn, “Nature Juridique”, p. 96. 另参见：O'Connell, *International Law*, pp. 403—4. 特别应当注意罗马法中关于主权和所有权之间的区分：Shaw, “Territory”, p. 74。

中。[17] 而且还应指出，这种区分不同领土取得方式的罗马方法在适用于国际法时会面临一些困难。

领土主权的实质包括在所有权的概念中。这一术语与将领土视为属于这个或那个法律当局所依据的事实和法律条件有关。换句话说，它指的是存在国际法所要求的那些事实，即因某一特定领土的法律地位发生变化而产生的法律后果。[18] 正如国际法院在“布基纳法索/马里”案[19]中指出的那样，“所有权”一词既包括确立权利存在的证据，也包括该权利的实际来源。[20]

应当指出的一个有趣特征（该特征再次指向国际法和国内法在处理领土方面的差异）是，国际法中的领土所有权更多是相对的，而非绝对的。[21] 这样，当法院在决定一片 491
土地属于哪个诉讼当事国时，它将考虑所有相关主张，并将土地判给那个相对而言提出了更好（或最好）法律主张的国家。[22] 国内法中土地所有权的案件经常是在不确定或有争议的情况下决定哪一方符合关于所有权和占有的要求，在这个意义上说，所有权是绝对的。它通常不是一个审查事实以辩明何方能够依照法律对所有权提出一个更好主张的问题。而且，并非所有的权利或联系都会导致领土主权。个人的忠诚纽带或许存在，但这不一定导致确立主权。[23] 需要考虑领土的特性，同样也要考虑有关主权的特殊结构。[24]

国际法中的领土争端可以分为不同类别。有可能对国家自身的地位提出质疑，也就是说，针对特定国家所包括的全部领土，例如阿拉伯曾经质疑以色列，以及摩洛哥先前质

---

[17] 关于国家和领土之间关系的理论，参见 Shaw，“Territory”，pp. 75—9.

[18] 参见，例如：Jennings，*Acquisition*，p. 4. 另参见：I. Brownlie，*Principles of Public International Law*，6th edn，Oxford，2003，p. 119.

[19] ICJ Reports，1986，pp. 554，564；80 ILR，pp. 440，459.

[20] 这在“陆地、岛屿和海洋边界争端（萨尔瓦多/洪都拉斯）”案中得到确认。ICJ Reports，1992，pp. 351，388；97 ILR，pp. 266，301.

[21] 参见，例如：the *Eastern Greenland* case，PCIJ，Series A/B，No. 53，1933，p. 46；6 AD，p. 95.

[22] 参见：the *Minquiers and Ecrehos* case，ICJ Reports，1953，pp. 47，52；20 ILR，p. 94. 法院在“马来西亚/印度尼西亚”案中指出，主权的转移可以经由国家之间的协议——或者是以条约的形式，或者是源于各方行为的默示协议。要强调的是各方的意图。ICJ Reports，2008，para. 120.

[23] *Western. Sahara* case，ICJ Reports，1975，pp. 12，48，64 and 68；59 ILR，p. 14. 另参见：*Qatar* v. *Bahrain*，ICJ Reports，2001，para. 86. 但是，关于此类联系的证明价值，参见“马来西亚/印度尼西亚”案，ICJ Reports，2008，paras. 74—5. 注意，领土主权和一般的财产权之间存在重大差别，同上，第 138—9、222 段.

[24] 参见，例如：the *Western Sahara* case，ICJ Reports，1975，pp. 12，41—3；59 ILR，p. 14；the *Rann of Kutch* case，50 ILR，p. 2；the *Dubai/Sharjah* award，91 ILR，pp. 543，587 以及 the *Eritrea/Yemen* case，114 ILR，pp. 1，116.

疑毛里塔尼亚。[25] 争端或许指向两个或更多国家边界的某一区域，例如索马里主张肯尼亚的东北部和埃塞俄比亚的东南部。[26] 同样，对领土的主张也会基于各种不同的理由，从传统的先占、时效到较新的自决等概念，而各种政治和法律因素，例如地理的邻近、
492 历史性主张和经济因素，也可能有关系。这些问题都将在本章中论及。

除了处于国家主权实际控制下的领土，国际法也承认无主权者的领土。此类领土就是无主地。此外，还有一类领土称为共有物，它们（与无主地相对）一般不能被置于主权控制之下。这类领土最典型的例子就是公海，它不属于任何国家，所有国家都可以使用。另外一个例子是外层空间。人类共同继承财产的概念也已经被提出来，而本章将加以考察。

新国家和对领土的权利[27]

一国如何在国际法上实际取得领土的问题是一个难题，最终或许只能用法律政治术语加以解释。虽然根据长期确立的国家实践，我们可以基于承认和接受而忽略这一问题，但新国家却提出了一个不同的问题，因为根据传统国际法，在新国家产生之前不存在可以享有权利的法律人格。所有取得领土主权的传统方式都不能令人满意地解决这个难题，第二次世界大战后开始的非殖民化特别明显地证明了这一点。国际社会传统上按照承认，而非取得领土主权，来处理新国家的问题。这意味着各国已经考察了有关情况，并在判明事实条件的基础上承认新实体为国际法的主体。而关于该新实体本身通过何种方式取得对其土地的法律权利问题，则较少加以讨论。相反，强调的是符合有关国家属性的事实要件以及其他国家对此的接受。[28]

有关该问题的一种理论指出，承认构成了国家，基于承认，该国的领土被接受为一个
493 有效的国际法主体的领土，而不论它是如何取得的。[29] 尽管该理论没有获得普遍，或是广泛地接受[30]，但它的确强调了重点应置于对情势的承认，而不是对特定领土法律权利

---

〔25〕 参见下文第 524 页。

〔26〕 参见下文第 525 页。

〔27〕 参见：Jennings, *Acquisition*, 第 36 页及其以下；J. G. Starke, "The Acquisition of Title to Territory by Newly Emerged States", 41 BYIL, 1965--6, p. 411; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 1979, and M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986, pp. 168—73.

〔28〕 参见，例如：*Oppenheim's International Law*, p. 677.

〔29〕 同上。

〔30〕 参见上文第 9 章。

的取得方式。[31]

一个相关的主要因素是国内管辖理论的重要意义。它在法律上禁止干预一个实体的内部机制,并强调国家在其自身疆界中的最高地位。于是,国际法就不会去审查导致一个新国家出现的事实和法律过程,而这已经被证明是研究一个新实体获得有关领土主权的具体方法的障碍。[32]

然而,近些年来国内管辖规则的范围发生了变化。在国际会议和国际组织,如联合国中的讨论已经积极关注非独立国家的情况,并认为领土主权一词的正常含义在委任统治或托管领土内并不真正存在。[33] 于是这就开始鼓励重新审查取得领土主权的过程。然而,求助于国内管辖权至少可以说明下列事实,即在获得独立的过程中,不仅要涉及国际法,而且还有国内法。

一个新实体获得独立成为新国家基本上有两种方法:一是宪法方法,即与前统治当局达成协议有序地移交权力;二是非宪法方法,通常为使用武力对抗前主权者。

根据前统治国宪法的规定准予独立的情况,可以通过前统治国与正在出现的国家被接受当局之间签订协定来实现,或是仅凭前主权者的一纸国内立法实现。在许多情况下,这两种程序会被结合起来使用。例如,缅甸的独立是通过缅甸和英国之间(1947 年 6 494
月和 10 月)的协定和条约,以及英国立法机关 1947 年通过的《缅甸独立法案》实现的,后者规定缅甸自 1948 年 1 月 4 日起独立。此种情况涉及的似乎是主权从一国移交或转移到另一国,而领土主权也相应自动地从前主权者转移给该新政权。

然而,如果新实体获得独立并非前当局的意愿,无论通过继承还是革命,那么情况就不同了。此时的情况可能是,被赶走的主权者最终或许与该新国家缔结协定以承认其新地位,但同时该新国家很可能被其他国家视为国际法中的现有国家。[34]

自决原则在这里也是十分相关的问题。如果一个国家获得主权是前统治国反对的,然而该实体也许完全符合有关国家属性的国际要求,例如人口、领土和政府,那么就会产生出新的事实。而其他国家就将决定是否承认该新国家,以及是否接受这一新地位的法律后果。但是,此时就会出现严重的问题。

---

〔31〕 参见,例如: Jennings, *Acquisition*, p. 37, and Starke, "Acquisition of Title", p. 413.

〔32〕 参见: Shaw, *Title to Territory*, pp. 168—9.

〔33〕 参见,例如: *International Status of South West Africa*, ICJ Reports, 1950, p. 128; 17 ILR, p. 47; the *South West Africa* cases, ICJ Reports, 1966, p. 6; 37 ILR, p. 243; the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, p. 16; 49 ILR, p. 2, and the *Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, p. 12; 59 ILR, p. 14. 进一步参见上文第 5 章,第 224 页。

〔34〕 Shaw, *Title to Territory*. 另参见:D. Greig, *International Law*, 2nd edn, London, 1976, p. 156.

一个实体要被视为国际法中的国家，就必须符合法律条件，如定居的居民、确定的领土区域和建立法律关系的能力。然而，根据传统国际法，除非是一个国家，否则不能谈论领土主权，因为不存在任何有能力拥有法律权利的法律人格。因此，如欲发现取得领土主权的过程，首先必须指向一个已经建立的国家。有关这一问题存在几种理论。一种理论注重新国家在事实上的出现并加以接受，因为一旦新国家在某片土地上存在，国际法就应在它独立时，即当该新国家宣示法律上的所有权的时候接受占有的现实，而不应要求其他。[35] 尽管就其他国家而言，这种理论在绝大多数情况下证明是适当的，但如果所主张的区域不在其控制之下，那它就有问题了，而且它几乎没有回答如何对领土主权进
495 行国际法律解释这一问题。另一种理论转向承认的构成说，并宣称通过承认不仅在国际社会产生了一个新国家，而且还最终确定了该新国家对其所依赖的领土的主权。[36] 该理论的缺点是，它假定国家在此种情况下接受了构成说，但这是有争论的。[37]

这里可以提出的一种可能性是放弃只有国家才能取得领土的传统规则，而代之以允许人民在特定国家建立前取得领土主权。但由于这种方法涉及与承认有关的复杂理论问题，因而被回避了。1970 年《国际法原则宣言》中的一些规定可以用来支持这一观点，它规定，殖民地或其他非自治领土根据《联合国宪章》拥有一种与其管理国分别及不同之地位，此种地位一直存在，直到其人民行使了自决权。[38] 然而，这一主张存在争议，因此仍是不确定的。[39]

额外领土的取得

以罗马法为基础建立起来的领土取得的传统分类方法其实并不十分恰当。[40] 许多著名的案例并未指明某一特定的种类或方式，而是倾向于采取一种整体考虑的方法。通常所说的五种取得方式包括：对无主地的先占、时效、割让、添附以及征服；而它们又进一步被划分为原始方式和派生方式。[41]

---

〔35〕 参见，例如：*Oppenheim's International Law*, p. 677, and Starke, "Acquisition of Title", p. 413.

〔36〕 Starke, "Acquisition of Title", p. 413. 另参见：Jennings, *Acquisition*, p. 37.

〔37〕 参见上文第 9 章，第 445 页。

〔38〕 参见：the *Narnibia* case, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 31; 49 ILR, pp. 2, 21.

〔39〕 参见：Shaw, *Title to Territory*, pp. 171—3.

〔40〕 参见：O'Connell, *International Law*, p. 405.

〔41〕 参见：*Oppenheim's International Law*, p. 677, and Brownlie, *Principles*, 第 127 页及其以下。

边界条约和边界裁决

边界条约，即有关国家间通过协定取得或丧失额外领土，或厘清不确定的边界，其自身构成一种权利的来源。它们形成一类特殊的条约，因为它们建立了一种对一切（*erga omnes*）都有效的客观领土制度。[42] 此种制度不仅产生对第三国同样有拘束力的权利，而且在特定边界条约以外存在，甚至在有关条约本身停止适用后仍将继续存在。[43] 此种例外的原因在于维护边界稳定性的需要。[44] 而且，还可能通过援引规定了边界线的条约或更早的文件（其本身或许没有拘束力）来建立或确认一条特定边界线，而这同样会授予该线无可置疑的有效性。[45] 其实，这一更早的文件或许只是一幅划有线段的地图。 496

因此，许多边界争端实际上都围绕着条约解释问题。一般认为，条约应按照 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条，“依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义善意”加以解释。[46] 其根本目的是找出各方的“共同意志”，而这一概念包括了对当事各方随后行为的考虑。[47] 由于许多需要解释的边界条约早在《维也纳条约法公约》生效前就存在了[48]，因此就产生了该公约规定的可适用性问题。国际法院的观点是，该公约在这方面至少反映了习惯国际法，因此这一问题似乎就被解决了。[49]

更为普遍的问题是，试图按照现代科学知识解释早期条约中所使用的一般概念和地理位置所产生的困难。在“博茨瓦纳/纳米比亚”案（the *Botswana/Namibia* case）中，国际法院面临根据 1890 年条约确定乔贝河“主航道”的问题，它强调可以使用“现今科学知

---

〔42〕 参见：*Eritrea/Yemen* 114 ILR, p. 48.

〔43〕 参见：*Libya/Chad*, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 37; 100 ILR, p. 1.

〔44〕 同上，以及 the *Temple* case, ICJ Reports, 1962, pp. 6, 34; 33 ILR, p. 48.

〔45〕 参见：*Libya/Chad*, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 23; 33 ILR, p. 48. 另参见：*Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, paras. 50—1.

〔46〕 *Libya/Chad*, pp. 21—2.

〔47〕 参见：the *Argentina/Chile Frontier* Award (La Palena) 38 ILR, pp. 10, 89 and the E*ritrea/Ethiopia* case, decision of 13 April 2002, p. 61. 关于默认，参见下文第 515 页。

〔48〕 参见：第 4 条规定该公约只适用于其生效（1980 年 1 月 27 日）后缔结的条约。

〔49〕 参见，例如：*Libya/Chad*, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 21—2; the *Beagle Channel* case, 52 ILR, pp. 93, 124 and the *Botswana/Namibia* case, ICJ Reports, 1999, pp. 1045, 1059—60. 但比较小田兹法官的个别意见，同上，第 1118 页。另参见：D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, 2001, 第 108 页及其以下。

识水平”阐明该条约的术语。[50] 在“厄立特里亚/埃塞俄比亚”案(the *Eritrea/Ethiopia* case)中,边界委员会提到时际法原则,亦即条约应当按照其缔结时的主要情况加以解释。特别是,对地理名称(无论地区名称还是河流名称)的确定取决于缔约时对该名称的理解。然而,为了理解该名称的含义,经常需要参照以后的实践以及条约的目的。[51] 在解释条约,特别是在试图解决模糊情势的时候,当事各方随后的实践就是相关的。即使随后的实践根据情况不能构成对条约的权威解释,它在确定有关边界的过程中也可能被视为“有用”。[52] 然而,如果相关文件清楚地指明了边界线,则法院不能在解释划界条款的过程中加以变动。[53]

像边界条约一样,边界裁决也可以构成领土法律权利的来源或渊源。[54] 国际法院或仲裁庭对某特定领土的主权的判决或划分两国间边界线的裁决构成了对主权的确立或确认,它对当事各方自身有拘束力,而且倘无坚决反对,为一切实际目的,裁决对于所有国家也有拘束力。[55] 此外,如果能够证明当事各方同意最初的决定,那些并不构成国
498 际司法或仲裁裁决的边界划分决定可能也会具有拘束力。[56]

添附[57]

添附描述了新土地形成并附属于既存土地的地理过程,例如河口中产生岛屿,或者界河流向改变从而使其先前流经的地方成为干燥的土地。如果新土地在一国领土内产生,它无疑是该国领土的一部分。例如,1986 年 1 月海底火山爆发后在太平洋上出现了一个岛屿,英国政府指出:“我们的理解是,该岛屿出现在日本硫磺岛的领海内。因此我

---

〔50〕 ICJ Reports, 1999, pp. 1045, 1060. 但是这里参见希金斯法官的声明,该声明指出,法院的任务是决定“当事各方心目中的总体想法为何,然后通过利用同时代的知识将该总体想法变为现实”,而不是“机械适用有关的表象”抽象地加以决定,同上,第 1114 页。另参见:the *Argentina/Chile Award* (*La Laguna del Desierto*) 113 ILR, pp. 1, 76. 在“喀麦隆诉尼日利亚”案中,法院在寻求确定意贝基河口的位置时,强调“本院必须努力辨明当事各方当时的意图”,ICJ Reports, 2002, pp. 303, 346.

〔51〕 2002 年 4 月 13 日的决定,130 ILR, pp. 1, 34.

〔52〕 *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 345.

〔53〕 同上,第 370 页。

〔54〕 例如参见: Brownlie, *Principles*, p. 132.

〔55〕 例如参见: the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (*El Salvador/Honduras*), ICJ Reports, 1992, pp. 351, 401; 97 ILR, p. 112.

〔56〕 参见例如“迪拜/舍尔杰”案, 91 ILR, pp. 543, 577(其中仲裁庭将此类程序称为“行政决定”,同上)以及“卡塔尔/巴林”案,ICJ Reports, 2001, paras. 110 及其以下。

〔57〕 参见,例如:C. C. Hyde, *International Law*, 2nd edn, Boston, 1947, vol. I, pp. 355—6; O'Connell, *International Law*, pp. 428—30, and *Oppenheim's International Law*, pp. 696—8.

们认为它是日本领土”。[58]

关于界河改道的问题会产生不同的情况，取决于改道是轻微和不可觉察的，还是剧烈的。在后一种情况下，一般规则是边界沿原有河床上的点保持不变。[59] 然而，如果移动是逐渐发生的，则边界应加以变动。[60] 如果河流是可航的，则边界是航道的中线，无论发生怎样轻微的变动，而如果河流是不可航的，则边界将继续为河流本身的中线。这种取得领土的方式在国际法中不那么重要，但这些规则在许多涉及美国各州之间争端的案件中得到了适用。[61]

割让[62] 499

割让涉及从一个主权者（意图转移主权）向另一个主权者和平转移领土，经常在战后和平条约的框架内发生。其实，殖民国家或管理国通过协定有序地向土著居民代表移交主权也可视为一种割让形式。

因为割让具有一片特定领土上的主权者被另一主权者代替的效果[63]，所以取得国不能在该土地上获得比其前任主权者更多的权利。这一点很重要，因此，如果第三国享有某些权利，如领土通过权，那么新的主权者就必须加以尊重。用土地法的术语说，负担随土地而非所有者转移。换句话说，领土主权者的权利来自前一个主权者，而它不能处理其权利以外的事物。

例如，这与添附不同，后者被视为原始所有权，在该土地上不存在先前的法律主

---

〔58〕 478 HL Deb., col. 1005, 1986 年 7 月 17 日的“书面答复”。1970 年一场飓风后，印度和孟加拉国间的一条界河的边界上出现了一个新岛屿，关于该岛屿的主权存在争议，参见 A. J. Day, *Border and Territorial Disputes*, 2nd edn, London, 1987, p. 277. 另参见：*Georgia* v. *South Carolina* 111 L. Ed. 2d 309; 91 ILR, p. 439.

〔59〕 参见，例如：*Georgia* v. *South Carolina* 111 L. Ed. 2d 309, 334; 91 ILR, pp. 439, 458. 另参见：the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (*El Salvador/Honduras*), ICJ Reports, 1992, pp. 351, 546.

〔60〕 ICJ Reports, 1992, pp. 351, 546.

〔61〕 例如参见：*The Anna* 5 C. Rob. 3 73 (1805); *Arkansas* v. *Tennes*；参见：246 US 158 (1918); *Louisiana* v. *Mississippi* 282 US 458 (1940); *Georgia* v. *South Carolina* 111 L. Ed. 2d 309; 91 ILR, p. 439, and the *Chamizal* arbitration, 5 AJIL, 1911, p. 782. 另参见：E. Lauterpacht, “River Boundaries: Legal Aspects of the Shatt-Al-Arab Frontier”, 9 ICLQ, 1960, pp. 208, 216; L. I. Bouchez, “The Fixing of Boundaries in International Boundary Rivers”, 12 ICLQ, 1963, p. 789; S. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, 2nd edn, Oxford, 2007, and the *Botswana/Namibia* case, ICJ Reports, 1999, p. 1045.

〔62〕 例如参见：*Oppenheim's International Law*, pp. 679—86, and O'Connell, *International Law*, pp. 436—40.

〔63〕 参见 *Christian* v. *The Queen* [2006] UKPC 47, para. 11, 130 ILR 696, 700, 711，其中枢密院指出，割让“意味着主权从一个主权者转移到另一个”。

权者。

"帕尔马斯岛"案[64]强调了这一点。该案关注的是美国和荷兰之间的争端。美国的主张基于1898年其与西班牙的条约,该条约涉及割让这一岛屿。仲裁员强调说,西班牙不能通过该条约向美国转让比其自身拥有的权利更多的权利,而当事双方也接受了这一观点。

割让的基础在于有关各方意图转移有关领土的主权。[65] 否则,割让就不可能合法
500 进行。关于有效割让是否也要求财产的实际移交则有些不确定。这取决于案件的情况。例如,奥地利1866年将威尼斯割让给法国,而后者几周内又将该领土割让给了意大利。但通过法国割让给意大利是有效的。[66] 在"伊洛伊洛"案(the *Iloilo* case)中[67],法庭认为,将菲律宾割让给美国发生于批准1898年《巴黎条约》之时,尽管美国军队早在两个月以前就占领了伊洛伊洛城。

虽然割让的情况通常出现在结束敌对状态的协定中[68],但是它也可能出现在其他情况中,例如美国1867年从俄罗斯购买阿拉斯加,或是丹麦1916年将其在西印度群岛的领土卖给美国。它还可以出现在领土交换或纯粹将领土作为礼物的情况中。[69]

征服和使用武力

基于武力取得的所有权能够在多大程度上被其他国家视为合法有效的权利,并可以在国际体系中加以执行是一个关键问题。道德考虑是有关系的,而非法行为不能产生法律权利的原则也已在国内法中牢固地确立起来,并成为有序社会的一个基本组成部分。

然而,为了考虑迫切的现实需求,国际法有时不得不改变对成功违反其规则的后果的反应。国际社会多次通过承认接受了非法侵略的后果。

---

〔64〕 2 RIAA, p. 829 (1928); 4 AD, p. 103.

〔65〕 与有关领土毗连的领海以及该领土之上空气空间的主权将随该陆地领土一起转移。参见: the *Grisbadarna* case, 11 RIAA, p. 147 (1909) and the *Beagle Channel* case, HMSO, 1977; 52 ILR, p. 93. 这意味着,割让领海或空气空间也必将包括有关的陆地领土:参见: *Oppenheim's International Law*, p. 680. 但是参见: Brownlie, *Principles*, pp. 117—18.

〔66〕 参见:*Oppenheim's International Law*, p. 681. 还应注意,1859年奥地利将伦巴第区割让给法国,而后者未曾接管就割让给了撒丁,参见: O'Connell, *International Law*, p. 438. 比较:The Fama 5 C. Rob. 106, 115 (1804).

〔67〕 4 RIAA, p. 158 (1925); 3 AD, p. 336.

〔68〕 注意,如今1969年《维也纳条约法公约》第52条规定,条约系违反《联合国宪章》所含国际法原则以威胁或使用武力而获缔结者无效。然而,先前的割让条约受时际法调整:参见下文第508页。

〔69〕 关于更多的例子,参见 *Oppenheim's International Law*, pp. 681—2.

征服，打败对手并占领其全部或部分领土的行为本身并不构成对土地的权利基础。[70] 虽然根据国际法的确给予了胜利者某些与领土有关的权利，交战中占领的权 501
利[71]，但在法律上该领土仍然由被赶走的主权者占有。[72] 此时主权并未简单地借由征服而转移给占领当局，但如果被占领土的法律地位在征服前事实上就存在争端，则可能引发复杂的局面。[73]

当然，征服可能源于合法或非法的使用武力。根据1928年《白里安—凯洛格公约》，战争被禁止作为国家政策的工具，而根据《联合国宪章》第2条第4款，所有会员国应禁止使用武力或威胁以损害任何国家的领土完整或政治独立。然而，在自卫时使用武力是合法的。[74] 无论如何，在国际法上构成有效领土取得方式的不是成功的使用暴力。根据传统规则，征服后对领土的正式兼并将导致权利转移。正式领土兼并是一个用来掩饰征服并将其转变为国际法中一种有效获取土地的方式的法律虚构。[75] 然而，战争过程中宣布兼并是否会导致领土正当权利的转移则是有疑问的。只有战争结束后才能最终确定有争议领土的法律地位。它来源于这样一个规则，即国家为兼并而对相关领土的控制必须是有效的，而且必须不存在前主权者夺回该土地的任何合理的机会。

第二次世界大战后成立的纽伦堡战争罪法庭在讨论德国1939至1940年声称的各种兼并时强调了这些观点。法庭坚定地宣布，战争结束前发生的兼并不起作用，在国际法上无效。[76] 兼并的意图是该方式的关键因素，例如，盟军1945年对德国的征服并未 502
由于实际行使立法控制而引发默示兼并（尽管能够这么做），因为盟军在一个联合宣言中已经专门排除了此种可能。[77] 然而，如今很清楚的是，单纯使用武力攫取领土在国际法上是非法的。根据《联合国宪章》第2条第4款和其他实践可以这么说。例如，安理会第242号决议强调“不允许通过战争取得领土”，而1970年联合国大会通过的《国际法原则宣言》规定：

> 国家领土不得成为他国以威胁或武力而取得之对象。使用威胁或武力取得之

---

〔70〕 同上，第699页。另参见：S. Korman, *The Right of Conquest*, Oxford, 1996.

〔71〕 参见，例如：M. S. McDougal and F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, New Haven, 1961, pp. 733—6 and 739—44, and J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, London, 1959, pp. 744—51. 另参见：E. Benveniste, *The International Law of Occupation*, Princeton, 1993.

〔72〕 一般参见 *The Arab-Israeli Conflict* (ed. J. N. Moore), Princeton, 4 vols., 1974—89.

〔73〕 但比较：Y. Blum, “The Missing Reversioner”, 同上, vol. II, p. 287.

〔74〕 参见《联合国宪章》第51条和下文第20章。

〔75〕 参见，例如：*Oppenheim's International Law*, p. 699. 另参见：O'Connell, *International Law*, pp. 431—6.

〔76〕 O'Connell, *International Law*, p. 436. 另参见：例如，*Re Goering* 13 AD, p. 203 (1946).

〔77〕 Cmd 6648 (1945). 另参见：*Oppenheim's International Law*, pp. 699—700.

领土不得承认为合法。[78]

安理会在其全体一致通过的第 662 号决议(1990)中宣布,伊拉克对科威特的兼并"无论以任何形式和任何借口都没有法律效力,因此是无效的",并号召所有国家和组织不承认这一兼并,并避免采取任何可能被解释为间接承认的行动。[79]

武装冲突后取得的领土除了国内立法兼并外,还需要具有国际性质的进一步的行动。该进一步的行动需要采取以下方式,或是前主权者的割让条约,或是国际承认。[80]

实施有效控制

503 文献中习惯将先占和时效视为两类不同的方式。然而,几个关键因素却将这两个概念联系起来,根据这些方式取得领土都是基于实施有效控制,因此最好在同一广泛的框架内进行研究。首先应界定这两种方式的传统定义。

先占是一种取得不属于任何人的领土(无主地)的方式,并且该领土在一定条件下能够被国家取得。先占必须由国家,而非个人进行,它必须是有效的,而且必须意图对该地区主张主权。不能用这种方式先占公海,因为它们是共有物,但主张国可以将闲置的土地置于其主权之下。它主要涉及无人居住的领土和岛屿,但也可以适用于某些有人居住的土地。

国际法院的"西撒哈拉"案中提到了这一问题。[81] 法院被请求回答有关领土在成为殖民地时是否为无主地。法院强调说,无主地的概念是一个与所谓以"先占"取得领土的方式相联系的法律术语。[82] 法律上将该种方式界定为与割让或继承不同的和平取得领土主权的原始方法。[83] 特别重要的是,法院全体一致认为,有关时期(即殖民时期)的

---

〔78〕 另参见 1974 年联合国大会通过的《关于侵略的定义》第 5 条第 3 款。同样,根据 1969 年《维也纳条约法公约》第 52 条,规定转让领土的条约可能由于强迫而无效。

〔79〕 参见: *The Kuwait Crisis—Basic Documents* (eds. E. Lauterpacht, C. Greenwood, M. Weller and D. Bethlehem), Cambridge, 1991, p. 90.

〔80〕 例如参见安理会第 497 号(1982)决议谴责以色列将其法律、管辖权和行政管理扩展到被占的戈兰高地。联合国还谴责以色列在被占领土上修建定居点的政策:参见例如安理会第 465 号(1980)决议。关于自决和使用武力,进一步参见下文,第 20 章。

〔81〕 ICJ Reports, 1975, p. 12; 59 ILR, p. 14. 另参见: M. N. Shaw, "The *Western Sahara* case", 49 BYIL, 1978, pp. 119, 127—34.

〔82〕 ICJ Reports, 1975, pp. 12, 39; 59 ILR, pp. 14, 56.

〔83〕 同上。

国家实践显示,具备社会和政治组织的部落或人民所定居的领土不被视为无主地。[84] 而且,国际判例法已经承认,主权可以在一段时期内暂停行使但却并不导致无主地的状态。此种不确定性可以由有关各方在一个适当时间加以解决。[85]

实际上,欧洲所控制的绝大多数领土都被认为是通过割让取得的,特别是在亚洲和 504
非洲。[86] 然而,也有通过先占取得主权的情况,例如澳大利亚以及众多人口稀疏的岛屿。

先占,无论在其通常含义还是其法律意义上,经常是由发现为其先导的,即意识到某片土地的存在。[87] 但只是意识到或看到(除 15 和 16 世纪外,而且这不是没有争议的)从未被认为足以构成对领土的主权。还需要更多的东西,而且要采取象征占领的行为方式,如升旗、庄严宣告或其他更为复杂的表达仪式。随着时间的流逝,条件发生了变化,"帕尔马斯岛"案的仲裁员认为发现的现代效果只是带来了一种初步的权利,而必须在合理期限内通过对有关地区的有效占领使其圆满。发现只是告知其他国家主张国在该领土上享有优先权,但要产生法律意义,则必须在一段期间内继以有效占领。[88]

时效[89]是在非无主地领土上确立主权的方式,该领土或是非法获得的,或是在有关情况下不能证明取得的合法性。时间的流逝和假定前主权者的默认使不确定的主权合法化,而这反映了国际体系中对稳定性的需求,因为被一国长期和无争议控制的领土不可能从该国拿走而不对国际秩序产生严重后果。它是对事实的合法化。如果没有一些

---

〔84〕 同上。这与该时期一些学者的观点相左:参见例如 M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, pp. 11—20; J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, London, 1894, pp. 141—2; Jennings, *Acquisition*, p. 20, and *Oppenheim's International Law*, p. 687, footnote 4.

〔85〕 参见: *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, pp. 1, 51. 另参见: N. S. M. Antunes, "The Eritrea-Yemen Arbitration: First Stage-The Law of Title to Territory Re-averred", 48 ICLQ, 1999, p. 362, and A. Yannis, "The Concept of Suspended Sovereignty in International Law and Its Implications in International Politics", 13 EJIL, 2002, p. 1037.

〔86〕 参见: Shaw, *Title to Territory*, chapter 1, and C. H. Alexandrowicz, *The European-African Confrontation*, Leiden, 1973.

〔87〕 参见,例如: *Oppenheim's International Law*, pp. 689—90, and F. A. F. Von der Heydte, "Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law", 29 AJIL, 1935, p. 448. 另参见: A. S. Keller, O. J. Lissitzyn and F. J. Mann, *Creation of Rights of Sovereignty Through Symbolic Acts*, 1400—1800, New York, 1938.

〔88〕 2 RIAA, pp. 829, 846 (1928); 4 AD, pp. 103, 108.

〔89〕 一般参见,例如:D. H. Johnson, "Acquisitive Prescription in International Law", 27 BYIL, 1950, p. 332, and H. Post, "International Law Between Dominium and Imperium" in *Reflections on Principles and Practice of International Law* (eds. T. D. Gill and W. P. Heere), The Hague, 2000, p. 147.

此类理论,那么许多国家对其领土的主权就会受到威胁。[90] 国际法院在"博茨瓦纳/纳
505 米比亚"案中尽管没有作出自己的决定,但却指出,当事双方一致认为国际法承认取得时效,并就建立此种所有权的条件达成了一致意见,即占有必须出于主权行为(*à titre de souverain*)、和平和不间断地,公开地作出并持续了一段时间。法院并未对此观点提出异议。[91]

时效与先占不同,因为它与已置于一国主权下的领土有关。除此之外,这两个概念十分相似,因为它们都要求一国在一段时间内有主权行为的证据。而且尽管理论上有所区别,但在实践中这些概念之间难以区分,因为对一块土地的主权或许会逐渐消逝,由此引发该土地是否已被遗弃[92]成为无主地的疑问。

其实,绝大多数情况都不属于诸如先占或时效这样清楚的理论范畴。趋势是不指明特定的取得方式与何种传统定义确切相关。国家在绝大多数情况下都会提出相对立的主张,其中双方(或可能各方)都从事了某些主权行为。如同在先占的情况下,时效也同样要求形成权利基础的占领必须是由该国当局进行的,或出于主权行为,而不能仅仅是与国家的主权主张无关的个人的努力。而且该占领必须是公开的,从而使所有相关国家都能知晓。

后一个条件也是占领应是和平的和不间断的这一要求的逻辑后果,并反映了这样一个要点,即时效依赖于前主权者对新事态的默示同意。这意味着,被赶走的主权者的抗议可能完全封杀任何时效的主张。[93]

在美国和墨西哥之间的"查米佐尔仲裁"案(the *Chamizal* arbitration)中[94],当事双方间的界河格兰特河发生改道,而美国对新旧河床之间的土地提出主张,其部分理由是
506 基于和平的和不间断的占领。鉴于墨西哥的持续抗议,并根据双方签署的一个规定他们之间存在必须解决的边界争端的公约,该主张被驳回了。墨西哥没有在此问题上诉诸战争这一事实本身并不足以使美国对该片土地的占领成为和平占领。

因此,就时效而言,无论是明示的还是有关情况所暗示的,默认是不可或缺的;但就

---

〔90〕 正如"格里斯巴丹那"案中所指出的,"国际法中的一个确定原则是,已经长期实际存在的事态应当尽量不加改变", J. B. Scott, *Hague Court Reports*, New York, 1916, vol. I, pp. 121,130.

〔91〕 ICJ Reports, 1999, pp. 1045, 1101 及其以下。

〔92〕 领土的放弃需要丢弃的事实外加放弃的意图。这十分罕见:参见例如"德拉瓜湾"案(Delagoa Bay),C. Parry, *British Digest of International Law*, Cambridge, 1965, vol. V, p. 535, 以及"边境领土"案, ICJ Reports, 1959, p. 209. 另参见: Brownlie, *Principles*, pp. 138—9.

〔93〕 参见: Johnson, "Acquisitive Prescription", pp. 343—8.

〔94〕 5 AJIL 1911, p. 782. 还参见"敏基埃岛和艾克利荷斯岛"案, ICJ Reports, 1953, pp. 47, 106—8; 20 ILR, pp. 94, 142—4.

先占而言，默认只是一个强化存在有效占领的证据点，而并不构成法律主张的核心。

抗议应采取何种形式尚无定论，但诉诸武力是不被现代国际法所接受的，特别是基于1928年《白里安—凯洛格公约》以及《联合国宪章》第2条第4款。[95] 将问题提交联合国或国际法院对于争端的存在以及抗议的真实性是决定性的，但外交抗议或许就足够了。然而，就严重的争端而言，则需要采取进一步的行动，例如断绝外交关系或提议仲裁或司法解决。[96] 下述这一点是清楚的，即任何不够持续和可信的抗议很可能会危及领土被夺走一方的权利。

占领的“合理期间”的要求同样是不确定的，而且也不可能提出任何确定的时间期限。[97] 和其他条件一样，这也取决于案件的所有情况，包括领土的性质以及有无其他相竞争的主张。

在法国和英国之间关于英吉利海峡中的一群小岛和岩礁的主权争端的“敏基埃岛和艾克利荷斯岛”案（the *Minquiers and Ecrehos* case）中[98]，国际法院彻查了该地区自1066年以来的历史。然而，其决定主要基于较近的与行使管辖权和当地管理权有关的行为，以及与该领土相关立法的性质。并基于这些理由确立了英国的主权。英国与这些小岛 507
有关的主权行为远远超过了法国当局的类似行为，因此后者的主张被驳回。

和其他案件一样，判决不是在明确界定属于先占或时效的基础上作出的，而是根据对相竞争的国家行为所作的权衡。

德·维歇为了使理论划分更符合实际的现实，引入了历史性合并这一概念。[99] 该思想基于获得证实的长期实践，反映了因取得领土（包括部分海洋）而造成的复杂利益关系。法院在做决定时认为该利益和关系的聚集比单纯的时间流逝更为重要，而历史性合并不仅可以适用于无主地，而且也可以适用于已经被占领的领土。这样，它可以与时效相区别。它与先占的差别在于，这一概念不仅与陆地的取得有关，而且涉及海洋。还有，它不仅可以由默认和同意产生，而且有关国家在合理期限内没有抗议也可导致其产生。[100]

---

〔95〕 参见上文，第500页和下文第20章。

〔96〕 参见，例如：Johnson，“Acquisitive Prescription”，pp. 353—4，and I. MacGibbon，“Some Observations on the Part of Protest in International Law”，30 BYIL，1953，p. 293. 比较：Brownlie，*Principles*，p. 149，他指出：“如果默认是问题的症结所在（而且人们相信如此），但却无法指出其应有的内容”。

〔97〕 在“英属圭亚那/委内瑞拉”案中，当事各方同意采用一个50年的反向控制规则，89 BFSP，1896，p. 57.

〔98〕 ICJ Reports，1953，p. 47；20 ILR，p. 94.

〔99〕 *Theory and Reality in Public International Law*，1968，p. 209. 参见下文，第520页。

〔100〕 同上。

然而,德·维歇以"英挪渔业"案为基础的讨论[101]却没有指出按照国际法规则取得领土与作为对一般接受的法律原则的许可性例外而取得领土两者之间的重要区别。所依据的"英挪渔业"案中的部分[102]其实与对一片海域的普遍默认有关,但有人批评说[103],德·维歇过于强调"利益和关系的综合体这一方面,认为其本身具有为一国增加领土或广阔海洋的效果"。[104] 因此,恰当的术语应该是有效性,而非合并。先占和时效都主要依靠有效占领和控制。这里时间也是一个相关因素,因为它影响控制的有效性。

508 时际法[105]

与特定国际法原则有关的条件发生变化就会产生确定有关法律权利和义务的相关时间段的问题。这会产生很多困难,因为一项领土权利可能按照16世纪的法律理论是有效的,但根据19世纪的发展可能就是无效的了。此种情况下的一般规则是,一项争端中的有关主张或情势(或相关条约)[106]应当根据提出该主张或产生该情势当时存在的情况和规则,而不是根据后来的情况和规则进行审查。例如,在"帕尔马斯岛"案中[107],这就意味着,西班牙凭借发现而主张的,以及美国宣称加以继承的权利应当按照发现时的16世纪的国际法原则进行检验。该原则的这一方面被认为是基于对稳定性的推测和需求。[108]

但该案还指出,虽然某一权利的创造依赖于当时的国际法,但此项权利的存续却取决于它符合发展的法律体系的不断演化的条件。然而,如果在有关领土上已经"有确立

---

[101] ICJ Reports, 1951, pp. 116, 138; 18 ILR, pp. 86, 100.

[102] 同上。

[103] 参见:Jennings, *Acquisition*, pp. 25—6. 另参见: D. H. Johnson, "Consolidation as a Root of Title in International Law", *Cambridge Law Journal*, 1955, pp. 215, 223.

[104] De Visscher, *Theory and Reality*, p. 209,重点后加。进一步参见下文,第515页。

[105] 参见,例如"西撒哈拉"案, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 38—9; 59 ILR, pp. 14, 55. 另参见: Shaw, "Western Sahara Case", pp. 152—3; Jennings, *Acquisition*, pp. 28—31; T O. Elias, "The Doctrine of Intertemporal Law", 74 AJIL, 1980, p. 285; Brownlie, *Principles*, pp. 124—5; *Oppenheim's International Law*, pp. 1281—2; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 1986, vol. I, p. 135, and H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960—1989 (Part One)", 60 BYIL, 1989, pp. 4, 128. 另参见: R. Higgins, "Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem", 46 ICLQ, 1997, p. 501, and Greig, *Intertemporality*.

[106] 参见例如"通过权"案,ICJ Reports, 1960, pp. 6, 37; 31 ILR, pp. 23,50.

[107] 2 RIAA, pp. 829, 845 (1928); 4 AD, p. 103.

[108] 参见例如"厄立特里亚/也门"案,114 ILR, pp. 1, 46 and 115; "厄立特里亚/埃塞俄比亚"案, 2002, 130 ILR, pp. 1, 34,以及"喀麦隆诉尼日利亚"案,ICJ Reports, 2002, pp. 303, 404—5.

的事物秩序”,则不会使用这一严格的检验。[109] 该但书在与领土取得有关的所有相关规则的背景中被谨慎和灵活地加以解释,包括承认和默认。[110] 然而,国际法院在“爱琴海 509
大陆架”案(the *Aegean Sea Continental Shelf* case)[111]中宣布,希腊对1928年《白里安—凯洛格公约》所作保留中的“与希腊领土地位有关的争端”这一表述应当“按照现今的国际法规则,而不是1931年的国际法规则”进行解释。因此,应当考虑国际法关于大陆架的演进,由此希腊的领土地位应当被视为包括大陆架,尽管这一概念在20世纪20年代根本不为人所知。关于国际法原则在这方面的扩张范围存在重大争议。更好的观点是将其视为与决定有效控制相关的各种因素中的一个,但却是一个必须谨慎加以适用的因素。[112]

关键日期

在某些情况下可能存在一个决定性的时刻,此时可以推知各方的权利已经明确,因此该日期以后的行为就不能够改变法律立场。[113] 此类时刻可能是某一条约规定发生争执的日期[114],也可能是占领领土的日期。[115] 认为在所有领土争端中都会或都应存在这样一个关键日期是不正确的,但如果存在话,则不应考虑该日期以后所从事的行为,除非此类行为是先前行为的正常延续,且作出此行为的目的不是为了加强依赖该行为一方的

---

[109] 2 RIAA, pp. 839—45. 参见: P. Jessup, “The Palmas Island Arbitration”, 22 AJIL, 1928, p. 735. 另参见: M. Sørensen, “Le Problème Dit du Droit Intertemporal dans l'Ordre International”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Basle, 1973, pp. 4 及其以下;以及随后的讨论,同上,第50页及其以下,以及国际法学会通过的决议, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, pp. 536 及其以下。

[110] 注意,1970年《国际法原则宣言》规定,不使用武力取得领土的概念不影响在《宪章》之前订立的而在国际法上有效的任何国际协定等。

[111] ICJ Reports, 1978, pp. 3, 33—4; 60 ILR, pp. 562, 592. 参见: Elias, “Intertemporal Law”, pp. 296 及其以下。还参见印度关于葡萄牙对果阿的主权无效的主张, SCOR, S/PV-987, 11, 18 December 1961.

[112] 关于时间和条约的解释,参见上文,第496页。

[113] L. F. E. Goldie, “The Critical Date”, 12 ICLQ, 1963, p. 1251. 另参见: G. Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951—4: Points of Substance, Part II, 32 BYIL, 1955—6, p. 20; Y. Blum, *Historic Titles in International Law*, The Hague, 1965, pp. 208—22, and Brownlie, *Principles*, p. 125. 另参见: M. N. Shaw, “The Heritage of States: The Principle of *Uti Possidetis Juris* Today”, 67 BYIL, 1996, pp. 75, 130 and Shaw, “Title, Control and Closure? The Experience of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission”, 56 ICLQ, 2007, pp. 755, 760 及其以下。

[114] 例如参见“帕尔马斯岛”案,2 RIAA, p. 845.

[115] 例如参见“东格陵兰”案, PCIJ, Series A/B, No. 53, p. 45.

法律立场。[116]

关键日期的概念与保持占有原则(*uti possidetis*)理论尤为相关,保持占有理论假定新
510 国家拥有其被继承国的边界。新国家独立的那一时刻就是不可改变的关键日期。[117] 这不排除有关领土的局势或权利在一个更早的时间就已明确了的可能性,即已经确定而后来不再发生变化。[118] 如果涉及一个以上的国家,则后来的独立日期[119],或各国分别的独立日期[120],可能根据情况被采纳为关键日期。[121] 而且,对于不同的情况可能存在不同的关键日期(例如,同一案件中的陆地和海洋争端)。[122] 然而,独立的日期可能只是标记着继承边界的日期,而边界早已由先前的文件有效地确立了。[123]

出于几种可能的原因,独立的时刻也许就这些目的而言不是"关键的"。当事各方可能就独立的日期还是前主权者出于行政管理目的最后行使管辖权的日期更适合作为关键日期发生争执[124],保持占有的界线可能在某些情况下只能根据独立日期以后出现的资料才能确定[125],或者后来的条约[126]或法律裁决[127]还可能将"关键日期"从独立之日向后推迟。这样,关键日期这一概念的重要性是相对的而且完全依赖于案件的

---

〔116〕 参见"马来西亚/印度尼西亚"案, ICJ Reports, 2002, para. 135. 同时参见"阿根廷/智利"案, 38 ILR, pp. 10, 79—80 和"尼加拉瓜/洪都拉斯"案, ICJ Reports, 2007, para. 117. 还可参见"马来西亚/新加坡"案, ICJ Reports, 2008, paras. 32—6.

〔117〕 "布基纳法索/马里"案, ICJ Reports, 1986, p. 568; 80 ILR, p. 440. 特别协定本身的用语可能进一步强化这一点。例如,在"厄立特里亚/埃塞俄比亚"案中,当事双方特别提到尊重独立之时边界的原则,130 ILR, pp. 1, 43 以及进一步参见下文第 525 页。

〔118〕 "厄立特里亚/埃塞俄比亚"案,130 ILR, pp. 1, 102—3.

〔119〕 同上,第 43 页。

〔120〕 参见"贝宁/尼日尔"案,ICJ Reports, 2005, pp. 90, 120. 还参见关于南斯拉夫的仲裁委员会会议在第 11 号意见中有关各个前南斯拉夫继承国的不同继承(和独立)日期的观点:参见 96 ILR, pp. 719, 722.

〔121〕 关于判定这一概念没有或几乎没有实际价值的例子,参见 the *Burkino Faso/Mali* case, ICJ Reports, 1986, p. 570; 80 ILR, p. 440, and the *Dubai/Sharjah* case, 91 ILR, pp. 590—4.

〔122〕 例如参见"尼加拉瓜诉洪都拉斯"案, *ICJ Reports*, 2007, *para.* 123.

〔123〕 如"利比亚/乍得"案, ICJ Reports, 1994, p. 6; 100 ILR, p. 1.

〔124〕 参见"布基纳法索/马里"案, ICJ Reports, 1986, p. 570; 80 ILR, p. 440.

〔125〕 参见"萨尔瓦多/洪都拉斯"案, ICJ Reports, 1992, pp. 56 及其以下; 97 ILR, p. 112.

〔126〕 参见"比格尔海峡"案, 21 RIAA, pp. 55, 82—3; 52 ILR, p. 93.

〔127〕 "萨尔瓦多/洪都拉斯"案, ICJ Reports, 1992, p. 401; 97 ILR, p. 112. 同时参见"布基纳法索/马里"案, ICJ Reports, 1986, p. 570; 80 ILR, p. 440, 以及阿吉布拉法官在"利比亚/乍得"案中的个别意见, ICJ Reports, 1994, p. 91; 100 ILR, p. 1.

情况。[128]

主权活动(*effectivités*) 511

因此,实施有效权威是关键因素。正如胡伯所主张的,"实际持续和平的展现国家职能是争端情况下领土主权的正当和自然的标准"。[129]

然而,尽管需要有效控制,但并不一定要求占有所主张的全部领土并在上面定居。在每一案件中究竟需要何种主权行为才能确立权利取决于该案的所有有关情况,包括所涉领土的性质、主张国的此类行为所引发的反对的数量(如果有的话),以及国际反映。

其实,国际法上的许多权利都被视为相对的,而非绝对的。战胜其他国家的主张而成功地在无主地上确立起主权的国家,在绝大多数情况下所证明的并非一个绝对的权利,而只是一个在考虑到诸如地理和国际反映等因素的情况下,与其竞争国相比相对较好的权利而已。[130] 国际法院在"东格陵兰"案(the *Eastern Greenland* case)中指出:"如果不注意到下面的情况就无法读懂领土主权案件的判决,即只要另一国家不能提出更优越的主张,法庭在许多案件中都满足于十分有限的主权权利的实际行使。在对人烟稀少或无人定居的地区主张主权的情况下就更是如此。"[131] 然而,仲裁庭在"厄立特里亚/也门"案(*Eritrea/Yemen*)中强调不能只讨论相对性,因为对取得领土主权而言"肯定存在一些绝对的最低要求"。[132]

在"帕尔马斯岛"仲裁案中[133],争端涉及太平洋上一个岛屿的主权。美国声称根据 512
1898 年条约西班牙已经将其在该地区享有的所有权利割让给了美国,其中包括西班牙所发现的这个岛屿,因此美国享有正当的权利。另一方面,荷兰基于自 17 世纪以来在该领土上行使的各种主权权利而主张其主权。仲裁员胡伯在其裁决中讨论了领土主权的

---

[128] 参见例如"布基纳法索/马里"案, ICJ Reports, 1986, p. 570; 80 ILR, p. 440, 这一概念被认为几乎没有或根本没有实际价值。"迪拜/舍尔杰"案中采取了类似的观点,91 ILR, pp. 590—4,以及"厄立特里亚/也门仲裁"案,114 ILR, pp. 1, 32.

[129] 2 RIAA, pp. 829, 840 (1928). "厄立特里亚/也门"案的仲裁庭指出,"现代领土取得(或归属)的国际法一般要求存在:在一个连续与和平的基础上,通过行使管辖权和国家职能在国际上显示对该领土的权力和权威", 114 ILR, pp. 1, 69.

[130] 参见"帕尔马斯岛"案, 2 RIAA, pp. 829, 840 (1928); 4 AD, p. 103. 同时参见"东格陵兰"案,PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, p. 46; 6 AD, p. 95; "克利珀顿岛"案, 26 AJIL, 1932, p. 390; 6 AD, p. 105, 以及"敏基埃岛和艾克利荷斯岛"案, ICJ Reports, 1953, p. 47; 20 ILR, p. 94.

[131] PCIJ, Series A/B, No. 53, pp. 45—6. 同时参见"卡塔尔诉巴林"案, ICJ Reports, 2001, para. 98, 以及"马来西亚/印度尼西亚"案, ICJ Reports, 2002, pp. 625, 682. 还注意"马来西亚/新加坡"案, ICJ Reports, 2008, paras. 62—7.

[132] 114 ILR, pp. 1, 118. 此类情况中的其他明显因素包括考虑地理位置,同上,第 119 页。

[133] 2 RIAA, P. 829 (1928).

全部性质,并驳回了美国源自西班牙发现的主张,认为其不足以确立主权。[134] 胡伯宣称,荷兰几个世纪以来从事的各种管理活动,使其基于"实际持续和平的展现国家职能"而享有主权。[135] 他还强调,根据时间和地点条件不同,展现领土主权可以采取不同的方式。其实,"根据所涉领土上是否有人定居,维持权利过程中的间歇和不连续自然也不相同。"此外,地理因素也是相关的。[136]

"克利珀顿岛仲裁"案(the *Clipperton Island* arbitration)[137] 涉及法国和墨西哥对一个无人居住岛屿的争端。仲裁员强调,实际的而非象征性的占领是先占的必要条件,但指出,此类占领可根据有关领土的性质而采取不同方式。本案中,法国海军军官对主权的宣告以及后来在火奴鲁鲁公诸于众被视为足以产生有效的主权。与此决定相关的是,墨西哥对该富产鸟粪岛屿的主张不足,以及该领土无人居住和荒凉的性质。

这两个案件,连同"东格陵兰"案[138] 说明,先占的有效性其实是相对的,在一些罕有情况下甚至只是象征性的。在常设国际法院的"东格陵兰"案中,挪威和丹麦都主张东
513 格陵兰的主权。丹麦在格陵兰的其他部分有殖民地,并在无人居住的东部颁发了特许权。此外,它宣布所有涉及格陵兰的条约和立法都覆盖整个领土,例如其所确立的领海宽度,而且它寻求其他国家对其关于整个领土主权的承认。法院认为这些行为足以确立正当的权利,而且优于挪威的各种行为,如冬季考察和在东格陵兰建立无线电站——丹麦曾对这些提出抗议。还应注意的是,挪威直到 1931 年才真正对该领土提出主张。

此类确立领土主张的行为必须由国家在行使其主权权力时进行(*à titre de souverain*)[139],或者由其行为随后被国家批准的个人进行[140],或者由国家允许从事此类活动的

---

〔134〕 同上,第 846 页。

〔135〕 同上,第 867—71 页。

〔136〕 同上,第 840 页。在此背景下还应注意美国对太平洋上的豪兰岛、贝克岛和贾维斯岛的主张,美国认为将这些岛屿作为美国野生动植物庇护体系的一部分加以管理构成了充分的占领, DUSPIL, 1975, pp. 92—4.

〔137〕 26 AJIL, 1932, p. 390; 6 AD, p. 105.

〔138〕 PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, p. 46; 6 AD, p. 95.

〔139〕 也就是说,那些是作为"公开的权利主张或主权声明……以及立法行为","厄立特里亚/也门"案,114 ILR, pp. 1, 69. 同时参见"敏基埃岛和艾克利荷斯岛"案, ICJ Reports, 1953, pp. 47, 65 以及 69; 20 ILR, p. 94. 此类行为需要与有关领土明确相关,"马来西亚/印度尼西亚"案, ICJ Reports, 2002, pp. 625, 682—3.

〔140〕 法院曾强调:"私人行为如果不是基于官方规章或是在政府机关控制下进行的,则不能视为主权活动。""马来西亚/印度尼西亚"案,ICJ Reports, 2002, pp. 625, 683.

法人或公司代表主权者进行。[141] 否则,所从事的任何行为将不具有法律后果。[142]

另一个相关因素是要求国家在从事各种行为时具有在其主权能力范围内维护其主张的意图,尽管这一要求的重要性并不确定。换句话说,那些事实是按照国家取得主权的意图造成的。"东格陵兰"案[143]强调了这一点,但"帕尔马斯岛"案[144]和"敏基埃岛和艾克利荷斯岛"案[145]似乎并未将其作为首要因素加以考虑,而是注重了争端各国所从事的实际活动的性质和范围。无论这一主观要素的确切作用如何,所从事的活动和对主权的主张这两者之间是需要存在某些联系的。

还需要考虑行使有关主权的性质,如"刻赤荒地"仲裁案中所指出的:

> 根据法律和习惯而为主权所固有的并作为其特征的权利和义务在不同情况下, 514
> 根据时间和地点,以及在不同政治体制环境中表现得千差万别。[146]

同样的,虽然国际法院在"西撒哈拉"案中愿意在展现主权权威的背景中考虑摩洛哥王国在有关时间内的特殊性质[147],但主权的行使才是关键因素。虽然国际法似乎的确承认某一区域的地理或自然统一体的观念,而借助对某一区域行使主权则会产生对包括在该主张的统一体内的偏远部分的领土拥有主权的假设[148],但重要的是不要夸大这一点。它的作用是产生假设,仅此而已,而且是在展现有效主权这一更宽泛的概念中,有效主权这一概念不需要平等地适用于领土的所有部分。[149] 无论地理的统一性还是毗连性都不是有关区域所包括的所有部分的权利来源,而岛屿与大陆的靠近对于法律权利问题也不是决定性的。[150] "厄立特里亚/也门"案的仲裁庭认为能够分别考虑此类自然统一体中的各个部分的法律局势[151],而"厄立特里亚/埃塞俄比亚"案的边界委员会也采取

---

[141] *Botswana/Namibia*, ICJ Reports, 1999, pp. 1045, 1105.

[142] 参见: Judge McNair, the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, pp. 116, 184; 18 ILR, pp. 86, 113 and McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, 1956, vol. I, p. 21. 另参见: O'Connell, International Law, pp. 417—19.

[143] PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, p. 46; 6 AD, p. 95.

[144] 2 RIAA, p. 829 (1928); 4 AD, p. 103.

[145] ICJ Reports, 1953, p. 47; 20 ILR, p. 94.

[146] Annex I, 7 ILM, 1968, pp. 633, 674; 50 ILR, p. 2.

[147] ICJ Reports, 1975, pp. 12, 43—4; 59 ILR, pp. 14, 60. 还参见"迪拜/舍尔杰边界仲裁"案, 91 ILR, pp. 543, 585—90.

[148] *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, pp. 1, 120 及其以下,以及参见: Fitzmaurice, *Law and Procedure*, vol. I, 第 312 页及其以下。

[149] "帕尔马斯岛"案, 2 RIAA, p. 840.

[150] See *Nicaragua* v. *Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 161.

[151] 114 ILR, 第 1,120 页及其以下。

了这一做法。[152] 然而,国家行为或主权活动在法律中的作用将取决于对领土的法律权利是否存在。如果存在有效的法律权利,则它将具有优先地位,而主权活动只是确认性的。然而,如果没有且主权活动与权利相冲突,则后者优先。如果缺乏任何法律权利,则肯定必须考虑主权活动,如果法律权利不能准确界定有关领土的界限,则主权活动将发
515 挥至关重要的作用,用以说明如何在实践中解释该权利。[153] 因此,国家实践的例证可以确认或完成(例如)由边界条约所确立的法律权利,但不能与之相冲突。[154] 如果对某区域缺乏明确的法律权利,则国家实践自身就将成为一种立法机制。但其重要性始终取决于领土的性质以及相竞争的国家主张的性质。[155]

随后行为的作用:承认、默认和禁止反言

随后行为在许多方面都是相关的:首先,就当事各方的意图而言,它是一种决定有关边界文件真实解释的方法[156];其次,它是一种解决不确定的处分或局势的方法,例如,出于确定保持占有界限的目的,决定某一特定区域是否属于有关的殖民地领土范围[157];第三,它是一种修改此类文件或先前安排的方法。“厄立特里亚/埃塞俄比亚”案的边界委员会是这样解释该一般原则的:“对于看上去是某一条约主题的问题而言,随后行为的效力可能是如此的清晰,以至于其他有关条约规定的适用可能发生了变化,甚至不再控制局势,而不论其最初的含义如何。”[158]有关各方随后行为的各种表现方式有一个共同基础,即它们都或多或少地依赖同意这一概念。[159] 它们明示或默示地反映出一国被推测的意愿,而这反过来在一些情况下对于取得领土主权又具有极其重要的作用。然而,这三个概念(承认、默认和禁止反言)在理论上有重大区别,尽管实践中这条界限经常是模糊的。无论如何,它们在某种程度上都来自善意和公平这些基本原则。

516 承认是一国接受某一特定局势的积极行为,虽然它可以从所有有关情况中推断出

---

〔152〕 *Eritrea/Ethiopia*, 130 ILR, pp. 1, 84 及其以下。

〔153〕 “布基纳法索/马里”案, ICJ Reports, 1986, pp. 554, 586—7; 80 ILR, p. 440, 和“萨尔瓦多/洪都拉斯”案, 其中分庭还指出,这些原则同样适用于殖民时期和后殖民时期的主权活动, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 398; 97 ILR, p. 266. See also *Benin/Niger*, ICJ Reports, 2005, pp. 120, 127 and 149.

〔154〕 同时参见“喀麦隆诉尼日利亚”案, ICJ Reports, 2002, pp. 353—5.

〔155〕 同时参见“厄立特里亚/埃塞俄比亚”案中有关原则的一般论述,130 ILR, pp. 1, 42。关于公平在领土争端中的作用,参见上文第 3 章,第 108 页。

〔156〕 参见 1969 年《维也纳条约法公约》第 31 条(3)。同时参见“阿根廷/智利”案,38 ILR, pp. 10, 89.

〔157〕 参见“萨尔瓦多/洪都拉斯”案, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 401, 558 及其以下。

〔158〕 “厄立特里亚/埃塞俄比亚”案, 130 ILR, p. 35. 另见 Shaw, “Title, Control and Closure?”, 第 776 页及其以下。

〔159〕 当然,同意是割让的基础:参见上文,第 499 页。

来，但它仍然是对一特定事实状态或形势的认可[160]，即使该被接受的局势与条约的规定不符。[161] 另一方面，默认是指在情况要求作出抗议时却没有抗议[162]，或没有在此情况下及时抗议。[163] 换句话说，产生了似乎要求作出不同意反应的局势，而由于没有作出这样的反应，因此该未提出反对的国家就被理解为已经接受该新局势。[164] 禁止反言的观点一般是，如果一方作出了某种表示或对其表示同意，且另一方在随后行为中依赖该表示行事从而导致其受损或他方获利，那么作出该表示的一方就不能再改变其立场。[165] 这同样基于阻止的概念。[166]

割让国对割让的同意是最重要的，而其他国家的态度则完全无关紧要，不会影响割让的合法性。同样，在取得无主地权利的情况下，其他国家的默认也非绝对相关，虽然具有有用的证据效力。[167] 然而，如果两个或更多的国家提出相竞争的主张，则第三方同意的作用就大大提高了。在“东格陵兰”案[168]中，国际法院指出，丹麦有权依靠那些与（除挪威外）其他国家缔结的条约，只要它们是丹麦对整个格陵兰的主权获得承认的证据。 517

承认和默认在违背前主权者意愿取得控制的情况下也很重要。如果占领领土伴随着前主权者的强烈抗议，则不可能通过时效产生主权，因为此种主权是建立在被驱逐的国家默认的基础之上的，而此种情况下第三国的同意也于事无补。然而，经过一段时间，

---

〔160〕 参见，例如：the *Eastern Greenland* case, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, pp. 46, 51—2; 6 AD, pp. 95, 100, and the *Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 49—57; 59 ILR, pp. 14, 66. 另参见：G. Schwarzenberger, “Title to Territory: Response to a Challenge”, 51 AJIL, 1957, p. 308.

〔161〕 参见，例如：the *Taba* case, 80 ILR, pp. 224, 297—8 and 306.

〔162〕 参见：Brownlie, *Principles*, p. 151, and I. MacGibbon, “The Scope of Acquiescence in International Law”, 31 BYIL, 1954, p. 143.

〔163〕 参见：the *Land, Island and Maritime Frontier* (*El Salvador/Honduras*) case, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 577; 97 ILR, pp. 266, 493, and *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, pp. 1, 84.

〔164〕 参见例如“利比亚/乍得”案，ICJ Reports, 1994, pp. 6, 35; 100 ILR, pp. 1, 34，法院指出：“如果一个严重的边界争端自 1955 年条约缔结以来真的存在了 11 年，那么人们将认为它已经在 1966 年条约中得到了反映”。See also the *Malaysia/Singapore* case, ICJ Reports, 2008, paras. 231 及其以下。

〔165〕 参见：the *Temple* case, ICJ Reports, 1962, pp. 6, 29 及其以下; 33 ILR, p. 48; the *Cameroon* v. *Nigeria* (Preliminary Objections) case, ICJ Reports, 1998, pp. 275, 303 and the *Eritrea/Ethiopia* case, 130 ILR, pp. 68 及其以下。

〔166〕 例如参见“缅因湾”案，ICJ Reports, 1984, p. 305; 71 ILR, p. 74. 法院在“马来西亚/新加坡”案中强调，依赖禁止反言的一方必须证明“它已经依赖另一方的表述采取了明确的行动”，ICJ Reports, 2008, para. 228.

〔167〕 注意，“厄立特里亚/也门”案的仲裁庭强调：“大众观点也是权利整合中的一个重要因素”，114 ILR, pp. 1, 136.

〔168〕 PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, pp. 46, 51—2; 6 AD, pp. 95, 100.

承认或许会最终使有瑕疵的主权有效，虽然这主要取决于各种情况，包括前主权者的态度。如果所涉领土是公海（即共有物）的一部分，各国的一般默认会影响将其任何部分置于另一国的主权之下，特别是借口禁止反言。[169]

如果时效取得的权利是基于所谓的史前占有，即某一局势的起源疑云重重，合法与非法皆有可能，但根据国际社会的一般默认或是一有关他国的特殊默认，该起源被视为合法，此种情况下默认和承认[170]同样是相关的。因此，默认可能构成证据以强化基于有效占领和控制的权利，并使其得以确立。[171]

禁止反言是一种法律技巧，指国家一旦被认为同意了某一事态，以后就不能改变立
518 场。[172] 虽然其本身不能确立权利，但它具有证据效力并经常具有实际的重要性。禁止反言可以通过先前的承认或默认产生，但同意国的利益的性质是关键。例如，如果两个国家提出了相冲突的领土主张，则一方对另一方立场的接受将阻止其重新提出相矛盾的主张。“东格陵兰”案[173]说明了这一点，国际法院在该案中认为挪威接受与丹麦缔结的条约使其不能质疑丹麦对该地区的主权，原因是这些条约含有丹麦主张整个格陵兰的条款。

有关禁止反言的典型案例是“隆端寺”案[174]，该案涉及柬埔寨和泰国间的边界争端。1904 年泰国和（作为包括柬埔寨在内的法属印度支那的主权者的）法国间关于边界的条约规定成立划界委员会。边界得以正常地勘测，但关于隆端寺区域的位置却模糊不清。泰国从法国当局那里要了一张地图，该地图将这一区域标在柬埔寨境内。泰国政府接受

---

〔169〕 参见：the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86.

〔170〕 还应注意承认在新国家和领土环境中的作用，上文第 445 页。

〔171〕 参见：the *Land, Island and Maritime Frontier* (*El Salvador/Honduras*) case, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 579; 97 ILR, pp. 266, 495. 例如，法院在“马来西亚/印度尼西亚”案中觉得它“不能不顾”印度尼西亚和其被继承国荷兰对在被主张为印度尼西亚的领土上建造灯塔和从事其他管理行为没有提出抗议的事实，并指出：“此类行为是不寻常的”，ICJ Reports, 2002, pp. 625, 685.

〔172〕 参见，例如：D. W. Bowett, “Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence”, 33 BYIL, 1957, p. 176; Thirlway, “Law and Procedure”, p. 29; A. Martin, *L'Estoppel en Droit International Public*, Paris, 1979; C. Dominicé, “A Propos du Principe de l'Estoppel en Droit des Gens” in *Receuil d'Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, Geneva, 1968, p. 327, and I. Sinclair, “Estoppel and Acquiescence” in *Fifty Years of the International Court of Justice* (eds. A. V. Lowe and M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, p. 104.

〔173〕 PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, pp. 46, 68; 6 AD, pp. 95, 102.

〔174〕 ICJ Reports, 1962, p. 6; 33 ILR, p. 48. 参见：D. H. Johnson, “The Case Concerning the Temple of Preah Vihear”, 11 ICLQ, 1962, p. 1183, and I. P. Cot, “Cour Internationale de Justice: Affaire du Temple de Préah Vihéar” AFDI, 1962 p. 217.

了该地图并要了更多份。[175] 此外还发生了许多其他事情，包括泰国王子访问这一地区并被正式接待，但那里却清楚地悬挂着法国国旗，这使得国际法院相信泰国已经默示接受了法国对争端区域的主权。[176] 换句话说，泰国的行为使其不能主张它不同意隆端寺地区的边界。然而，应当指出，禁止反言在该案中只是包括时效和条约解释在内的有关原则复合体中的一个因素。该案似乎还说明，在不确定和含混不清的情况下，默认和禁止反言理论将发挥作用[177]，但将禁止反言作为一个实体法规则似乎是不正确的。[178] 何种程度的沉默能够产生禁止反言并不清楚，主要取决于周围的情况，特别是局势的影响、在此种影响中保持沉默的时间以及国际社会视为合理的维护法律利益的行为种类。[179] 519
然而，不应轻易假定存在禁止反言。[180]

随后的行为本身在实质意义上包括行使主权行为的例证，各种外交和类似的交往和记录，以及地图。就地图的地位而言，这将取决于它们作为一项证据产生时的事实。“布基纳法索/马里”案指出：“地图只是外部证据，有时可信，有时不可信，可以和其他间接证据一起使用以确立或重构真实情况。”[181] 在此情况下，法院经常表现出一定程度的谨慎，例如，认为一些地图或许是为政治服务的，而制作地图时的地形学知识或许是不可靠的。[182] 然而，附属于条约的地图说明了所划边界，应被认为是权威性的。[183] 如果文件

---

[175] ICJ Reports, 1962, pp. 6, 23; 33 ILR, pp. 48, 62.

[176] ICJ Reports, 1962, pp. 30—2; 33 ILR, p. 68.

[177] 同时参见“西班牙国王裁决”案, ICJ Reports, 1960, p. 192; 30 ILR, p. 457.

[178] 参见，例如：Jennings, *Acquisition*, pp. 47—51.

[179] 参见，例如：the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, pp. 116, 139; 18 ILR, pp. 86, 101, the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 26; 41 ILR, pp. 29, 55, the *Gulf of Maine* case, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 308; 71 ILR, pp. 74, 135, and the *ELSI* case, ICJ Reports, 1989, pp. 15, 44; 84 ILR, pp. 311, 350. 另参见：M. Koskenniemi, “L'Affaire du Passage par le Great Belt”, AFDI, 1992, p. 905.

[180] 在“喀麦隆诉尼日利亚”案（初步反对主张）中，法院强调：“只有当喀麦隆通过其行为或宣言，一直十分清楚地表明它同意只通过双边途径将边界争端提交本法院，才产生禁止反言的问题。而这进一步需要，由于依赖此种态度，尼日利亚已经朝不利于己的方向改变了立场，或已经遭受某些不利”, ICJ Reports, 1998, pp. 275, 303.

[181] ICJ Reports, 1986, pp. 554, 582; 80 ILR, p. 440. 注意法院在“马来西亚/新加坡”案中指出，地图可能是有关各方官方立场的好的指示，特别是不利一方对它的接受，ICJ Reports, 2008, paras. 267—72.

[182] 参见“厄立特里亚/埃塞俄比亚”案, p. 26. 同时参见“厄立特里亚/也门”案，114 ILR, pp. 1, 94 及其以下。

[183] 114 ILR, pp. 1, 94 及其以下，以及“厄立特里亚/埃塞俄比亚”案，130 ILR, pp. 39 and 45 ff. 注意，条约约文可能会在附属的地图上规定一个明显错误的地理特征作为边界线的一部分，参见“喀麦隆诉尼日利亚”案，ICJ Reports, 2002, p. 372.

的文本和所附地图之间出现冲突，则应考虑所有有关情况以便达成对相关划界文件作者的意图的正确理解。[184] 此外，如果文本自身含混不清，则为起草划界文件而准备的制图学资料本身可能有助于确定各方的意图，但在其他情况下一幅地图更为一般的作用将根
520 据许多因素而发生变化，从它的出处和制图的质量，到它与其他地图的符合程度以及当事各方对它的使用。[185]

一种主张认为，倘无抗议，则和平占领配以管理行为可以根据“历史性整合”确立权利的基础。[186] 然而，国际法院已经强调该理论存在“很大争论，不能代替国际法中确立的权利取得方式”。还应指出的是，从事此类行为约 20 年“太短了，即使按照其所依靠的理论也是如此”。[187]

结论

从上述可以清楚地看出，除了那些纯粹依赖国家同意和主权作用的取得方式（割让或添附）外，取得额外领土的方式是通过主权者实施有效控制。先占和时效都主要基于有效占领，尽管时间是时效的一个因素，但它其实与控制的有效性密切相关。

有效控制原则在不同情况下有不同的适用方式，但其核心是“像所有权那样……持续和平地展示领土主权”。[188] 此种控制必须是有意识的主权行为，但如何才能构成有效性则是相对的，取决于有关地区的地理性质、是否存在相竞争的主张等，以及其他相关因素，例如国际反应。[189] 此种控制不需要在整个地区内都同等有效。[190] 有效性理论已经代替了那些关于发现和象征性兼并本身就能产生权利的较早理论。[191] 有效性同样具有
521 时际法理论所强调的时间和空间维度，但很清楚，控制的公开或开放特性是必不可少的。直接相关方的默认同样是十分重要的因素，它提供了控制有效性的证据。如果被驱逐的主权者质疑新主权者实施的控制，则几乎不可能确立权利。有效性与作为整体的国际体系相关，因此单纯通过武力加以占领不是权利的唯一决定因素。这一因素同样强调和证

---

〔184〕 ICJ Reports, 2002, pp. 383—4. 另参见第 385 页。

〔185〕 同上，第 366 页及其以下。同时参见“厄立特里亚/埃塞俄比亚”案，130 ILR, pp. 39 及其以下。

〔186〕 参见，例如：the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, pp. 1 16, 138, and De Visscher, *Theory and Reality*, p. 209.

〔187〕 *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, p. 352. 参见上文第 507 页。

〔188〕 Judge Huber, *Island of Palmas* case, 2 RIAA, pp. 829, 839 (1928); 4 AD, p. 103.

〔189〕 进一步参见上文，第 511 页。

〔190〕 参见上文，第 512 页。

〔191〕 这种情况下参见 1885 年《柏林会议总文件》，其中各方承认有义务“确保他们在非洲大陆海岸占领的区域内建立权威”。

明了承认所起的作用。

双边承认作为有效控制的证据十分重要,并应被视为该原则的一部分。然而,国际承认不仅可以凭借各国的实践和同意成为一种创造国际法规则的手段,而且可以使起源有疑问的局势合法化。一系列承认能够使非法的领土取得合法化,同样也可以阻止有效控制强化为权利。[192] 联合国承认的重要性不言自明,因此联合国安理会自身可以通过一个有拘束力的决议,确定有关边界以结束一个领土争端。[193]

主权领土不仅可以取得,而且可以通过与取得方式基本相同的途径丧失。可以通过明示宣告或诸如割让条约或接受分离等行为丧失领土;也可以由于侵蚀或自然地理活动,或者默认时效而丧失领土。而且,领土可以被放弃,但这不仅要有放弃的实际行动,而且需要放弃主权的意图。[194]

领土完整、自决和各种主张 522

有许多其他概念或许也与领土局势有一定的关系,包括自决以及历史和地理主张。这些也许不是真正的法律原则,而纯粹是政治或道德表述。虽然它们在国际政治秩序中绝对有说服力,但却不一定具有法律有效性。国际体系的一个核心原则是需要在边界问题上保持稳定性和确定性,许多规则即来源于此。[195] 判例法长期坚持这一原则。[196] 领土完整原则就是这一概念的反映。

---

[192] 参见,例如安理会关于罗得西亚的第 216 号(1965)决议;关于南非班图斯坦的大会第 31/6A 号决议和安理会 1979 年 9 月 21 日 和 1981 年 12 月 15 日声明;安理会关于"北塞浦路斯土耳其共和国"的第 541 号(1983)决议以及安理会关于伊拉克吞并科威特的第 662 号(1990)决议。

[193] 特别参见安理会第 687 号(1991)决议,其中双方在 1963 年"备忘录"中议定的界线被视为科威特和伊拉克间的国际边界。然后安理会在该决议 A 节第 4 段中正式保障了这一边界。参见,例如:M. H. Mendelson and S. C. Hulton, "The Iraq-Kuwait Boundary", 64 BYIL, 1993, p. 135. 同时参见安理会第 833 号(1993)决议和 S/26006。

[194] 参见,例如: Brownlie, *Principles*, p. 138; *Oppenheim's International Law*, pp. 716—18, and G. Marston, "The British Acquisition of the Nicobar Islands, 1869", 69 BYIL, 1998, p. 245. 另参见,例如:the *Eastern Greenland* case, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, p. 47; 6 AD, p. 95 and the *Malaysia/Singapore* case, ICJ Reports, 2008, paras. 117, 196, 223, 230 and 275.

[195] 参见: K. H. Kaikobad, "Some Observations on the Doctrine of the Continuity and Finality of Boundaries", 54 BYIL, 1983, p. 119, and Shaw, "Heritage of States", pp. 75, 81.

[196] 参见例如"隆端寺"案, ICJ Reports, 1962, pp. 6, 34; 33 ILR, p. 48; "利比亚/乍得"案, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 37; 100 ILR, p. 1; "比格尔海峡"案, 21 RIAA, pp. 55, 88; 52 ILR, p. 93, 以及"迪拜/舍尔杰"案, 91 ILR, pp. 543, 578.

国家领土完整是一个牢固确立的原则，受到一系列随之而来的规则的保护，如《联合国宪章》第2条第7款禁止干涉国家内政以及《联合国宪章》第2条第4款禁止使用威胁或武力以损害国家领土完整和政治独立。该原则特别受到第三世界国家和其他地区的强调。[197]

然而，它并不适用于有关不确定边界划分的领土争端。此外，该原则就其表面看来似乎与国际法的另一原则，即人民自决原则相冲突。[198]

《联合国宪章》提到了这一原则，1960年《殖民地宣言》、1966年两个国际人权公约和1970年《国际法原则宣言》强调了这一原则，根据联合国宣言和决议的数量和性质，以及国家在非殖民化过程中真实的实践等，可以将该原则视为一项国际法规则。然而，它

523　被解释为仅指非独立领土的居民而言。[199] 实践并不支持将其作为一项原则赋予已独立国家内部的特定群体分离的权利。[200] 加拿大最高法院在“关于魁北克分离的判决”案中宣称：“国际法希望自决权由人民在既存主权国家的框架内行使，并始终维护这些国家的领土完整”[201]，而单方面分离的权利“只有在极端的情况下才会发生，而且即使如此也应符合谨慎确定的条件”。[202] 关于外部自决仅适用于殖民地情况（可能还有占领的情况）这一规则唯一可断言的例外或许是有关群体遭受到“极端的和不间断的迫害”，且“对于合理的质疑缺乏任何合理的希望”[203]，但即使这一点也是有争议的，而不仅是定义方面

---

[197] 一般参见：Shaw, *Title to Territory*, chapter 5. 但是，关于欧洲参见《赫尔辛基最后文件》原则三，14 ILM, 1975, p. 1292 以及欧洲共同体及其成员国1991年12月16日通过的《关于承认东欧和苏联地区新国家的纲领》，92 ILR, p. 173.

[198] 参见“布基纳法索/马里”案，ICJ Reports, 1986, pp. 554, 565; 80 ILR, p. 469.

[199] 关于适用于直布罗陀的原则，参见 UKMIL, 70 BYIL, 1999, p. 443.

[200] 参见：J. Crawford, “State Practice and International Law in Relation to Secession”, 69 BYIL, 1998, p. 85; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 525, and *Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned* (ed. A. Bayefsky), The Hague, 2000. 同时参见上文第5章，第256页。自决不能在一个独立国家的领土框架内根据人权的状况持续适用（即内部自决），同上。

[201] (1998) 161 DLR (4th) 385, 436; 115 ILR, p. 536.

[202] (1998) 161 DLR (4th) 385, 438.

[203] A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995, p. 120. 另参见：T. Musgrave, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997, pp. 188 及其以下。J. Castellino, *International Law and Self-Determination*, The Hague, 2000, and K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, 2002, pp. 65 及其以下。另参见：怀尔德哈伯法官在“洛伊齐多诉土耳其”案中的共同意见（赖瑟多尔法官参与），1996年12月18日判决，108 ILR, pp. 443, 470—3. 另见 *Secession: International Law Perspectives* (ed. M. G. Kohen), Cambridge, 2006.

的各种困难。[204] 国际法中分离的情况可能最好放在主张——有效控制——国际承认这一过程的框架内处理。

相应的,一般接受的自决原则是与领土完整这一概念相协调的[205],按理说,除极端情况外,一旦殖民地或托管领土获得主权而独立,那么就不能再适用该原则了。能够说明自决与独立后的局势两者之间关系的典型例子可能就是索马里对由索马里部落居住 524
的那部分埃塞俄比亚和肯尼亚领土提出的主张了,但是该国几乎没有获得多少支持。[206]

不能利用自决提出更大的领土主张,而不顾及国际承认的主权国家的边界,但自决在那些基于当地居民的意愿解决边界的争端中或许有某些作用。此外,如果边界的确定造成了对该线的移动——至少当事一方如此认为,就可能需要考虑当地居民的利益。[207]

有史以来总有地理上的主张提出来。[208] 法国长期主张其东部的天然边界是莱茵河西岸,而欧洲列强在确立它们在非洲海岸地区的存在时经常主张广阔的内陆领土。毗连的理论也被大量地利用,以主张那些与通过先占而获得的领土构成地理连续性的领土。然而,尽管此类主张与先占的有效性和界限的讨论有关,但它们自身不能确立权利,而是否考虑此类主张则完全取决于领土的性质和相对立的主张力度。[209] 一个十分独特的情况是靠近大陆海岸的岛屿。"厄立特里亚/也门"案的仲裁庭说:"有一个强有力的假定,即位于海岸带 12 海里内的岛屿属于该沿海国",而只有优先权利的证据才能推翻它。[210]

---

[204] 法院在"魁北克"案中引用了卡塞塞的《自决》一书,并建议说外部自决的权利(即分离)可以适用于外国占领的情况,但如果人民内部自决的权利(即公众参与权)受阻,也可以作为最后的手段来适用,*ibid*, pp. 438 及其以下。

[205] 该分析受到"布基纳法索诉马里"案的支持,ICJ Reports, 1986, p. 554; 80 ILR, p. 459.

[206] Shaw, *Title to Territory*, chapter 5. 另参见:"摩洛哥方法"(Moroccan approach),同上。

[207] 关于保存既得权利问题,参见"萨尔瓦多/洪都拉斯"案, ICJ Reports, 1992, pp. 351,400; 97 ILR, p. 112. 同时参见"喀麦隆诉尼日利亚"案,ICJ Reports, 2002, pp. 370 and 373—4. 特别是,法院在谈及有尼日利亚居民的巴克斯半岛和乍得湖地区时说:"执行本判决将为双方提供一个为有关居民的利益而进行合作的大好时机,特别是为了使其能够继续享受到与目前相匹配的教育和卫生服务", 同上,第 452 页。法院还提到喀麦隆代理人在口头程序期间所做的保护在被承认为属于喀麦隆的地区内的尼日利亚居民的承诺,同上,第 452 页以及实施部分第 V 段(C)。

[208] Shaw, *Title to Territory*, p. 195; Jennings, *Acquisition*, p. 74, and Hill, *Claims to Territory*, pp. 77—80.

[209] 参见"东格陵兰"案, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, p. 46; 6 AD, p. 95, 以及"西撒哈拉"案, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 42—3; 59 ILR, pp. 14, 59. 一般参见:B. Feinstein, "Boundaries and Security in International Law and Practice", 3 Finnish YIL, 1992, p. 135.

[210] 114 ILR, pp. 1,124 and 125. 但是参见"尼加拉瓜诉洪都拉斯"案,ICJ Reports, 2007, para, 161, 法院指出,仅仅[与大陆]毗邻这一点不足以确认岛屿的法律权利。

525 基于历史性理由的主张具有某些相似性。[211] 这是伊拉克试图证明其1990年8月入侵和兼并其邻国科威特的理由之一[212],但联合国的反应表明此类主张对于国际社会整体而言是不可接受的。[213] 摩洛哥也对毛里塔尼亚、西撒哈拉和部分阿尔及利亚提出过分主张,因为这些领土历史上属于古摩洛哥帝国。[214] 但是此类主张基本上是政治性的,几乎不具有法律相关性。1975年国际法院在"西撒哈拉"案[215]中承认该地区的部落和摩洛哥及毛里塔尼亚之间存在历史上的法律联系,但宣称它们不具有否定殖民地居民自决权和独立权的性质。[216]

保持占有原则[217]

526 领土完整原则的影响可以见诸于拉丁美洲的保持占有思想,即西班牙王国在南美洲的行政区划应构成新独立继承国的边界,这样理论上就排除了任何的主权空隙,否则可能导致敌对和鼓励外来干涉。[218] 它更加准确地反映在非洲国家的实践中,非洲统一组

---

[211] 参见,例如: Shaw, *Title to Territory*, pp. 193—4; Jennings, *Acquisition*, pp. 76—8, and Hill, *Claims to Territory*, pp. 81—91.

[212] 参见: *Keesing's Record of World Events*, p. 37635, 1990. 注意伊拉克在1960年代早期提出了一个与科威特相似的主张,但没有即刻采取军事行动:参见: Jennings, *Acquisition*, p. 77, note 2.

[213] 参见例如安理会第662号(1990)决议;Lauterpacht *et al.*, *The Kuwait Crisis: Basic Documents*, p. 90.

[214] Shaw, *Title to Territory*, pp. 193—4. 还应注意印度尼西亚对西伊里安岛提出的主张,同上,第22页。

[215] ICJ Reports, 1975, p. 12; 59 ILR, p. 14.

[216] 同时参见"厄立特里亚/也门"案,1 14 ILR, pp. 1, 37及其以下,仲裁庭同样不支持恢复权利的想法,同上,第40和115页。

[217] 例如参见:H. Ghebrewebet, *Identifying Units of Statehood and Determining International Boundaries*, Frankfurt am Main, 2006; A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester, 1967, p. 114; P. De La Pradelle, *La Frontière*, Paris, 1928, pp. 86—7; D. Bardonnet, "Les Frontières Terrestres et la Relativité de leur Tracé", 153 HR, 1976 V, p. 9; Shaw, "Heritage of States", p. 75; M. Kohen, *Possession Contestée et Souveraineté Territoriale*, Geneva, 1997, chapter 6, 以及 同上, "Uti Possidetis, Prescription et Pratique Subséquent à un Traité dans l'Affaire de l'*Ile de Kasikili/Sedudu* devant la Cour Internationale de Justice", 43 German YIL, 2000, p. 253; G. Nesi, *L'Uti Possidetis Iuris nel Diritto Internazionale*, Padua, 1996; Luis Sfinchez Rodriguez, "L" Uti Possidetis et les Effectivités dans les Contentieux Territoriaux et Frontaliers', 263 HR, 1997, p. 149; J. M. Sorel and R. Mehdi, "L" Uti Possidetis Entre la Consécration Juridique et la Pratique: Essai de Réactualisation', AFDI, p. 11; *Oppenhelm's International Law*, pp. 669—70, T. Bartoš, 1994, "Uti Possidetis. Quo Vadis?", 18 Australian YIL, 1997, p. 37; "L" Applicabilité de 1'Uti Possidetis Juris dans les Situations de Sécession ou de Dissolution d'Etats', Colloque, RBDI, 1998, p. 5, and *Démembrements d'ētats et Délimitations Territoriales* (ed. O. Corten), Brussels, 1999.

[218] 参见:the *Colombia-Venezuela* arbitral award, 1 RIAA, pp. 223, 228 (1922); 1 AD, p. 84; the *Beagle Channel* case, HMSO, 1977; 52 ILR, p. 93 and *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), ICJ Reports, 1992, pp. 351,544; 97 ILR, pp. 266, 299—300.

织 1964 年在一个决议中明确宣布，存在于独立日期的殖民地边界构成有形的现实，所有成员国保证尊重此类边界。[219]

非洲的实践强化了注重殖民地期间所确定的领土完整性的主张，见证了对于试图制造国家分离的广泛反对，无论是在前比（利时）属刚果、尼日利亚还是苏丹。阻止将南非控制下的纳米比亚领土分割成单独的几个班图斯坦（这可能是瓦解该领土完整的前奏）的努力，则进一步说明了这一点。[220]

国际法院分庭在“布基纳法索诉马里共和国”案[221]中讨论了保持占有原则问题，当事双方在将案件提交给法院的协定（或特别协定）中规定，应当在尊重“不触动从殖民地时代继承的边界”原则的基础上解决争端。[222] 然而，分庭指出，该原则事实上已经发展成为现代习惯国际法的一个一般概念，而且不受民族自决权出现的影响。[223] 在非洲，该原则的宗旨显然是要“防止新国家的独立和稳定受到由于管理当局撤退后质疑边界而引 527
发的自相残杀的威胁”。[224] 该原则的适用具有冻结独立之时的领土主权的功效，分庭将其描述为关键日期的“领土照片”。[225] 然而，分庭进一步强调该原则不仅适用于非洲。它宣称该原则具有一般的适用性，逻辑上与任何地方发生的独立现象都有关系，以保护新国家的独立和稳定。[226] 保持占有原则被界定为：

> 该原则的核心在于其主要目的是要确保对获得独立时的领土边界的尊重。该领土边界就是属于同一主权者的不同行政区划或殖民地之间的划界。在此情况下，

---

[219] AHG/Res. 16(1). 参见安理会第 1234 号(1999)决议，它直接提到非统组织第 16(1)号决议，还参见 2002 年《关于建立非洲联盟和平与安全理事会的议定书》第 4 条(i)，以及南部非洲发展共同体 2001 年通过的《政治、防卫和安全合作议定书》的序言：进一步参见下文第 18 章，第 1026 页。参见：Shaw, *Title to Territory*, pp. 185—7. 另参见阿吉布拉法官在“利比亚/乍得”案中的个别意见，ICJ Reports, pp. 6, 83 及其以下；100. ILR, pp. 1, 81 及其以下。

[220] Shaw, *Title to Territory*, chapter 5. 这一原则在亚洲实践中同样显著：参见例如“隆端寺”案，ICJ Reports, 1962, p. 6; 33 ILR, p. 48, 以及“刻赤荒地”案，7 ILM, 1968, p. 633; 50 ILR, p. 2.

[221] ICJ Reports, 1986, p. 554; 80 ILR, p. 459.

[222] ICJ Reports, 1986, p. 557; 80 ILR, p. 462.

[223] ICJ Reports, 1986, p. 565; 80 ILR, p. 469.

[224] 同上。

[225] ICJ Reports, 1986, p. 568; 80 ILR, p. 473. 关于关键日期的概念，参见上文，第 509 页。

[226] ICJ Reports, 1986, p. 565; 80 ILR, p. 470.

保持占有原则的适用导致将行政边界转变为名副其实的国际边界。[227]

在纯粹的殖民地情况以外强调适用该原则的当属前苏联[228]和前南斯拉夫。在后一种情况下,由欧洲共同体建立的并被前南国家所接受的南斯拉夫仲裁委员会作出了一些相关的评论。在第2号意见中,仲裁委员会宣称"无论情况如何,除非有关各国达成其他
528 协议,自决权绝不能涉及对独立时既存边界的改变(保持占有原则)"。[229] 在第3号意见中,仲裁委员会强调,除非达成其他协议,先前的边界[230]变成受国际法保护的边界。据说这一结论来自尊重领土现状原则以及保持占有原则。[231] 因此可以说,至少存在这样一个假定,即倘无相反证据,前主权国家内部确定的单位只能在该确定的领土单位的空间范围内获得独立。[232]

---

[227] ICJ Reports, 1986, p.566; 80 ILR, p.459. 法院在"陆地、岛屿和海洋边界争端(萨尔瓦多/洪都拉斯)"案中重申了这一点,ICJ Reports, 1992, pp.351,386—7; 97 ILR, pp.266, 299—300. 法院在后来案件中继续指出:"保持占有原则本质上是一个有溯及力的原则,将最初完全用于其他目的的行政界限用做国际边界",同上,第388页; 79 ILR, p.301. 参见: M. N. Shaw, "Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute", 42 ICLQ, 1993, p.929. 另参见"尼加拉瓜诉洪都拉斯"案, ICJ Reports, 2007, paras. 151 及其以下。

[228] 参见,例如:R. Yakemtchouk, "Les Conflits de Territoires and de Frontières dans les Etats de l'Ex-URSS", AFDI, 1993, p.401. 有关保持占有原则对捷克和斯洛伐克联邦共和国解体的适用,参见J. Malenovsky, "Problèmes Juridiques Liés à la Partition de la Tchécoslovaquie", 同上,第328页。

[229] 92 ILR, p.168. 另参见: A. Pellet, "Note sur la Commission d'Arbitrage de la Conférence Européenne pour la Paix en Yugoslavie", AFDI, 1991, p.329, and Pellet, "Activité de la Commission d'Arbitrage de la Conférence Européenne pour la Paix en Yugoslavie", AFDI, 1992, p.220.

[230] 这里仲裁委员会专门处理塞尔维亚和克罗地亚、以及塞尔维亚和波斯尼亚—黑塞哥维那之间的内部边界。

[231] 92 ILR, p.171. 仲裁委员会这里专门引用了国际法院在"布基纳法索诉马里"案中的观点:参见上文第447页。还应注意,副外交大臣1992年1月日说:"克罗地亚的边界将成为独立后的克罗地亚的边界,因此在这一特殊问题上没有任何疑问。而且12个国家间已经达成一致,这将是我们对待这些边界的态度。它们将只是从共和国的边界转变为国际边界", UKMIL, 63 BYIL, 1992, p.719.

[232] 参见,例如:M. N. Shaw, "Peoples, Territorialism and Boundaries", 3 EJIL, 1997, pp.477, 504, 但比较: S. Ratner, "Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States", 90 AJIL, 1996, pp.590, 613 及其以下,以及 M. Craven, "The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia", 65 BYIL, 1995, pp.333,385 及其以下。

保持占有原则之外的原则

保持占有原则不能解决所有领土或边界问题。[233] 如果存在一个可以适用的相关条约,则将完全由它来处置这一问题。[234] 其实,一旦条约加以确定,一条国际边界就获得 529
了永久性,即使该条约本身不再有效,边界的继续存在也不受影响,而只有直接相关各国的同意才能加以改变。[235] 另一方面,如果根据该原则正在被转变为国际边界的那条线不能根据权威资料最终确定的话,那么保持占有原则就必须允许适用其他原则和规则。而这些其他原则主要关注的是主权活动或有效控制的概念。

国际法院在"布基纳法索/马里"案[236]以及后来的"陆地、岛屿和海洋边境争端(萨尔瓦多/洪都拉斯;尼加拉瓜参加)"案(*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua Intervening)*)[237]中详细分析了这一问题。法院指出可能相关的因素包括殖民时期的主权活动、后殖民初期的主权活动以及更近时期的主权活动。其中每一个都可能与确定独立前的保持占有原则界线相关。就殖民时期的主权活动而言,即殖民者在殖民期间作为在该地区有效行使领域管辖权证据的行为,法院在前一个案件中区分了几种情况。如果有关行为与包括在占有权在内的所有权相符,则主权活动只是确认了对源于合法所有权的权利的行使。如果该行为不符合法律的要求,即争端领土被拥有合法所有权以外的国家有效管理,则权利的持有者享有优先权。换句话说,如果存在一条清楚的保持占有原则界线,则它优于与其不符的实践。然而,如果没有清楚的合法所有权,则主权活动"在显示如何在实践中体现所有权中发挥至关重要的作用"。[238]

---

[233] 一般参见 K. H. Kaikobad, *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge, 2007; M. Kohen, "La Relation Titres/Effectivités dans le Contentieux Territorial à la Lumière de laJurisprudence Récente", 108 RGDIP, 2004, p. 561; M. Mendelson, "The Cameroon-Nigeria Case in the International Court of Justice: Some Territorial Sovereignty and Boundary Delimitation Issues", 75 BYIL, 2004, p. 223; B. H. Oxman, "The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea", 100 AJIL, 2006, p. 830, and S. R. Ratner, "Land Feuds and Their Solutions: Finding International Law Beyond the Tribunal Chamber", 100 AJIL, 2006, p. 808. 注意,国际法院曾强调,保持占有原则不仅适用于领土问题,而且适用于边界问题:参见"陆地、岛屿和海洋边界争端"案(萨尔瓦多/洪都拉斯), ICJ Reports, 1992, pp. 351,387; 97 ILR, pp. 266, 300.

[234] 参见"利比亚/乍得"案,ICJ Reports, 1994, pp. 6, 38—40; 100 ILR, pp. 1, 37—9. 另参见:*Oppenheim's International Law*, p. 663. 注意,根据 1978 年《关于国家在条约方面继承的公约》第 11 条,国家继承不影响条约确定的边界或条约规定的同边界制度有关的义务和权利。1969 年《维也纳条约法公约》第 62 条规定,情势变更理论不适用于边界条约:参见下文第 16 章,第 950 页。

[235] ICJ Reports, 1994, p. 37; 100 ILR, p. 36.

[236] ICJ Reports, 1986, p. 554; 80 ILR, p. 440.

[237] ICJ Reports, 1992, p. 351; 97 ILR, p. 266. 另参见:Shaw, "Land, Island and Maritime Frontier Dispute".

[238] ICJ Reports, 1986, pp. 554, 586—7; 80 ILR, pp. 440, 490—1.

530 如此它将变成一个由法院考虑所引证的每一个实践并加以评估的问题。“陆地、岛屿和海洋边境争端”案中有关授予某些土地给个人或印度社团或此类授予记录的部分重申了该方法。[239] 如果殖民时期的主权活动不足以确立相关管辖线的位置,则保持占有原则就无法运作。[240] 法院在“陆地、岛屿和海洋边境争端”案中还指出,如果独立后的主权活动和有关边界的确定之间存在关系,那么它在某些情况下也可以考虑这些主权活动的书面证据,当它认为这些证据提供了有关保持占有界线的指引。[241] 此类独立后的实践不仅与辨别保持占有界线有关,而且与确定能否证明默认——该线在哪里以及是否发生过变动——有关。[242] 独立后的实践甚至可以距离现在很近,而且可以与独立初期的实践不相符。

如果保持占有界线既不能由适当机构在适当时间通过权威性决定加以确定,也不能由关于某一区域的随后实践确定,则可能需要诉诸公平[243],而其内容将取决于各种情况。在“布基纳法索/马里”案中,它意味着当事双方平分一个特定的边界池塘[244],在“陆地、岛屿和海洋边境争端”案中,它意味着可以利用一个 1869 年未获批准的划界。[245] 法院还指出,地形特征在提供一条可识别的和便利的边界中的适宜性是一个重要方面。[246]

531 **国际界河**[247]

国际法中已经产生了关于界河的专门规则。一般而言,如果有航道的话,则边界将

---

[239] ICJ Reports, 1992, pp. 351, 389; 97 ILR, pp. 266, 302.

[240] 例如参见“尼加拉瓜诉洪都拉斯”案,ICJ Reports, 2007, para. 167.

[241] ICJ Reports, 1992, p. 399; 97 ILR, p. 266.

[242] 例如参见: ICJ Reports, 1992, pp. 408, 485, 514, 525, 563 and 565; 97 ILR, pp. 321, 401, 430, 441, 479 and 481. 另参见“尼加拉瓜诉洪都拉斯”案,ICJ Reports, 2007, paras. 168 ff. 这些独立后的主权活动能够显示是否当事一方已经为确立法律权利展示了充分的主权权威的证据,同上。

[243] 即法律之内的或在现存法律原则范围内的公平。

[244] ICJ Reports, 1986, pp. 554, 633; 80 ILR, pp. 440, 535.

[245] ICJ Reports, 1992, pp. 351, 514—15; 97 ILR, pp. 266, 430—1.

[246] ICJ Reports, 1992, p. 396; 97 ILR, p. 309.

[247] 例如参见: *Oppenheim's International Law*, pp. 664—6; S. W. Boggs, *International Boundaries*, New York, 1940; L. I. Bouchez, “International Boundary Rivers”, 12 ICLQ, 1963, p. 789; A. Patry, “Le Régime des Cours d'Eau Internationaux”, 1 Canadian YIL, 1963, p. 172; R. Baxter, *The Law of International Waterways*, Harvard, 1964; Verzijl, *International Law*, vol. III, pp. 537 及其以下; H. Dipla, “Les Règles de Droit International en Matière de Délimitation Fluviale: Remise en Question?”, 89 RGDIP, 1985, p. 589, H. Ruiz Fabri, “Règles Coutumières Générales et Droit International Fluvial”, AFDI, 1990, p. 818; F. Schroeter, “Les Systèmes de Delimitation dans les Fleuves Internationaux”, AFDI, 1992, p 948, and L. Caflisch, “Règles Générales du Droit des Cours d'Eaux Internationaux”, 219 HR, 1989, p. 75.

沿着航道的中线(主航道中心线原则)。[248] 如果没有这样的水道,则边界线一般将是河流本身或其主要支流的中线。[249] 如果由于一侧逐渐添附或另一侧解体而导致河流本身改道,则这些边界线将继续保持为各自的中间线(因此也相应移动)。然而,如果河流突然改道离开了它原来的河床而成为一个新的水道,则国际边界将继续为废河床的中线。[250] 如果明示同意的话,则边界有可能沿河岸行进,从而将整个河流置于相关一国境内,但这种情况很少见。[251]

福克兰群岛[252] 532

英国和阿根廷之间关于福克兰群岛(或马尔维纳斯群岛)的长期争端极好地说明了解决领土主权问题所涉及到的复杂因素。该岛似乎是1592年由一个英国船长发现的,但直到1764年才出现相竞争的主权行为。该年法国人在东福克兰群岛建立了定居点,而1765年英国人在西福克兰群岛建立了一个定居点。1767年法国人将他们的定居点

---

[248] 参见,例如:the *Botswana/Namibia* case, ICJ Reports, 1999, p. 1062 and the *Benin/Niger* case, ICJ Reports, 2005, p. 149. 还参见 *State of New Jersey* v. *State of Delaware* 291 US 361 (1934) and the *Laguna* (*Argentina/Chile*) case, 113 ILR, pp. 1, 209. 关于将主航道中心线原则用于干涸河床,参见 Mendelson and Hutton, "Iraq-Kuwait Boundary", pp. 160 及其以下。

[249] 参见例如"阿根廷/智利边界"案, 38 ILR, pp. 10, 93. 还参见1994年《以色列约旦和平条约》附件 I(a)第2条 A(1)。

[250] 参见,例如: the *Chamizal* case, 11 RIAA, p. 320.

[251] 参见例如1937年和1975年《伊朗和伊拉克协定》。参见: E. Lauterpacht, "River Boundaries: Legal Aspects of the Shatt-al-Arab Frontier", 9 ICLQ, 1960, p. 208; K. H. Kaikobad, The *Shatt-al-Arab Boundary Question*, Oxford, 1980, and Kaikobad, "The Shatt-al-Arab River Boundary: A Legal Reappraisal", 56 BYIL, 1985, p. 49. 关于公平分享国际水道问题,参见 S. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, Oxford, 2001; Brownlie, Principles, p. 267; "加布奇科沃—大毛罗斯工程"案, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 54; 116 ILR, p. 1; 1997年《国际水道非航行使用法公约》,and the Separate Opinion of Judge Kooijmans, *Botswana/Namibia*, ICJ Reports, 1999, pp. 1045, 1148 及其以下。另参见: P. Wouters, "The Legal Response to International Water Conflicts: The UN Watercourses Convention and Beyond", 42 German YIL, 1999, P. 293. 注意,2003年3月宣布成立"水合作机制"以便在国家间分享单一河流资源的争端中居间调停,参见 http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/2872427.stm.

[252] 参见,例如:J. Goebel, *The Struggle for the Falklands*, New Haven, 1927; F. L. Hoffmann and O. M. Hoffmann, *Sovereignty in Dispute*, Boulder, CO, 1984; The Falkland Islands Review, Cmnd 8787 (1983); Chatham House, *The Falkland Islands Dispute-International Dimensions*, London, 1982; W. M. Reisman, "The Struggle for the Falklands", 93 *Yale Law Journal*, 1983, p. 287, and M. Hassan, "The Sovereignty Dispute over the Falkland Islands", 23 Va. JIL, 1982, p. 53. 另参见: House of Commons Foreign Affairs Committee, Session 1983/4, 5th Report, 2681, and Cmnd 9447 (1985),和 Foreign and Commonwealth Office statement to the House of Commons Foreign Affairs Committee on 5 June 2006, UKMIL, 77 BYIL, 2006, pp. 760 及其以下。

卖给了西班牙。1770 年西班牙居民占领了英国的定居点,但第二年就归还了。1774 年,英国人出于经济原因放弃了该定居点,但却留下了主张主权的牌匾。西班牙居民 1811 年离开了。1816 年,拉普拉塔联合省(阿根廷)宣布从西班牙独立,四年后正式占领该岛。1829 年,英国提出抗议,两年后由于当地阿根廷总督对美国反叛者采取行动,美国军舰驱逐了岛上阿根廷定居者。1833 年,英国取得该岛并保持到今日。这样,就产生了英国权利基础的问题。最初主张的权利基础是发现和先占的结合,但根据具体情况这是有问题的。[253] 似乎依赖征服和随后的兼并会更有利,因为在 19 世纪 30 年代,这绝对是合法的取得领土的方法。[254] 但出于政治原因没有这样主张。到 20 世纪 30 年代,英国已经转而将时效作为其权利基础[255],但是鉴于阿根廷自 1833 年以来断断续续的抗议,这当然也是有问题的。

533 英国政府近来在很大程度上依赖自决原则,该原则适用于得到承认的英国非自治领土。[256] 尽管可能不是决定性的,但该领土上十分稀少的人口(约 1800 人)产生了一点问题。

无论英国是否适用其他原则,似乎征服形成了权利的原始基础。这样,尽管不是没有争议,但随着包括联合国在内的国际社会广泛承认该领土作为英国殖民地的地位,似乎已经解决了这些法律问题。

"人类共同继承财产"

宣告某些区域为人类共同继承财产提出了下述问题,即是否已经或正在创造一种新型领土制度。[257] 1970 年联合国大会通过了《海床和洋底原则宣言》,指出有关区域及其资源是人类共同继承财产。1982 年《海洋法公约》第 136 条和第 137 条对此加以重申,规定(按照《公约》回收矿物的情况除外)任何关于"区域"的主权或其他权利都应不予承

---

[253] 参见:A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, 1956, vol. I, pp. 299—300.

[254] 参见,例如: Lindley, *Acquisition*, pp. 160—5,以及上文第 500 页。

[255] 参见,例如:P. Beck, *Guardian*, 26 July 1982, p. 7.

[256] 参见,例如:the Prime Minister, HC Deb., col. 946, 13 May 1982.

[257] 参见,例如:K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague, 1998; Brownlie, *Principles*, chapter 13; A. Cassese, *International Law*, Oxford, 2001, p. 61; B. Larschan and B. C. Brennan, "The Common Heritage of Mankind Principle in International Law" 21 *Columbia Journal of International Law*, 1983, p. 305; R. Wolfrum, "The Principle of the Common Heritage of Mankind", 43 ZaöRV, 1983, p. 312; S. Gorove, "The Concept of 'Common Heritage of Mankind'"; 9 *San Diego Law Review*, 1972, p. 390, and C. Joyner, "Legal Implications of the Common Heritage of Mankind" 35 ICLQ, 1986, p. 190.

认,而开发只能按照《公约》确立的规则和方式进行。[258] 1979 年《月球协定》第 11 条强调月球及其自然资源是人类共同继承财产,因此不能由国家据为己有,而置于一种特殊的开发制度之下。[259] 正如下一节将要指出的,共同继承财产制度在南极的建立正在努力之中。关于这一概念有一些共同特征。像共有物一样,有关区域不能由国家据为己 534
有。主权原则不能适用,有关区域不能被"拥有",而且在适当的共同继承财产制度机构安排外不存在任何管辖的权利。然而,共有物制度允许自由接近、勘探和开发,但上述例证所设计的共同继承财产制度却严格规范勘探和开发,建立了管理机制,并在分配此类活动的收益时适用公平的标准。

对这一概念的成败加以预测为时尚早。1982 年《海洋法公约》1994 年生效,《月球协定》只有最低限度的批准国,而且其有关开发的规定还尚未运作。作为有关专门条约框架内的一个法律概念,它提供了一个有趣的传统共有权规则的对照物,尽管该制度运作所需的管理架构的范围可能会带来很大麻烦。[260]

两极地区[261]

北极地区具有某些战略意义,因为它包括一大片位于北美和俄罗斯之间的荒凉领

---

[258] 进一步参见下文第 11 章,第 628 页。

[259] 进一步参见下文,第 548 页。

[260] 在有关全球气候是否能被视为人类共同继承财产的问题上存在分歧。然而,国际环境条约并未使用这一术语,而是使用了更弱和更模糊的"人类的共同关切事项"这一用语:参见例如 1992 年《生物多样性公约》。参见: A. Boyle, "International Law and the Protection of the Global Atmosphere" in *International Law and Global Climate Change* (eds. D. Freestone and R. Churchill), London, 1991, chapter 1, and P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd edn, Oxford, 2002, p. 143. 还参见下文第 15 章。

[261] 参见,例如:D. R. Rothwell, *The Polar Regions and the Development of International Law*, Cambridge, 1996; O'Connell, *International Law*, pp. 448—50; T. W. Balch, "The Arctic and Antarctic Regions and the Law of Nations", 4 AJIL, 1910, p. 265; G. Triggs, *International Law and Australian Sovereignty in Antarctica*, Sydney, 1986; R. D. Hayton, "Polar Problems and International Law", 52 AJIL, 1958, p. 746, and M. Whiteman, Digest of International Law, Washington, 1962, vol. II, pp. 1051—61. 另参见:W. Lakhtine, "Rights over the Arctic", 24 AJIL, 1930, p. 703; Mouton, "The International Regime of the Polar Regions", 101 HR, 1960, p. 169; F. Auburn, *Antarctic Law and Politics*, Bloomington, 1982; *International Law for Antarctica* (eds. F. Francioni and T Scovazzi), 2nd edn, The Hague, 1997; A. D. Watts, *International Law and the Antarctic Treaty System*, Cambridge, 1992; E. J. Sahurie, *The International Law of Antarctica*, 1992; C. Joyner, *Antarctica and the Law of the Sea*, The Hague, 1992; *The Antarctic Legal Regime* (eds. C. Joyner and S. Chopra), Dordrecht, 1988; *The Antarctic Environment and International Law* (eds. P. Sands, J. Verhoeven and M. Bruce), London, 1992, and E. Franckx, *Maritime Claims in the Arctic*, The Hague, 1993.

535 土。它在很大程度上是由冰盖构成的,而潜水艇则可以在下面活动。

丹麦占有格陵兰以及位于该区域内的附属岛屿[262],而挪威则主张对斯匹次卑尔根和其他岛屿的主权权利。挪威的所有权是基于先占以及对矿产资源的长期开发,其主权在 1920 年获得 9 个国家的承认,但苏联提出抗议。[263]

更具争议的是分别由加拿大[264]和前苏联[265]提出的主张。他们采用所谓的扇形原则方式,利用毗连的概念来主张与那些已被占领的区域构成同一地理单元的区域。它以经线为基础,因为它们在北极点相交并被置于特定国家的海岸线上,这样就产生了一系列三角扇形,而北极国家的海岸就是它们的底线。

其他北极国家,如挪威、芬兰、丹麦和美国没有提出此类主张。因此,很可能扇形原则只是一个政治提议而已。[266] 部分问题是,该区域的很大一部分是由移动的浮冰构成的。前苏联曾主张将一些相对稳定的冰结构置于其国家主权之下[267],但一般观点仍然是将这些视为公海的一部分而对所有国家开放。[268]

根据"东格陵兰"案的判决[269]以及所涉领土的性质,国家可以通过相对较少的行为实现对北极地区陆地的先占。

536 七个国家(阿根廷、澳大利亚、智利、法国、新西兰、挪威和英国)对南极地区提出了主张,这是一块被冰雪覆盖的岛屿形状的大陆。[270] 这些主张基于各种理由,从简单的发现到南美国家所使用的扇形原则,而其中大部分都是相当令人怀疑的。重要的是,美国完全拒绝承认对南极的任何主张,虽然美国海军上将伯德发现并为其国家主张玛丽·伯

---

[262] 参见:G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, DC, 1940, vol. I.

[263] 同上,第 465 页及其以下。另参见:O'Connell, *International Law*, p. 499.

[264] Hackworth, Digest, vol. I, p. 463. 但是注意,加拿大政府声明否认扇形原则适用于冰层:参见,例如:9 ILM, 1970, pp. 607, 613. 另参见:I. Head, "Canadian Claims to Territorial Sovereignty in the Arctic Regions", 9 McGill Law Journal, 1962—3, p. 200.

[265] Hackworth, Digest, vol. I, p. 461. 俄罗斯一直坚持这些主张,例如参见 http://news.nationalgeographic.com/news/2007/09/070921-arctic-russia.html,和下文第 11 章,第 588 页。

[266] 参见,例如:*Oppenheim's International Law*, p. 693.

[267] 参见,例如:Lakhtlne, "Rights over the Arctic," p. 461.

[268] 参见,例如:Balch, "Arctic and Antarctic Regions", pp. 265—6.

[269] PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, p. 46; 6 AD, p. 95.

[270] 参见,例如:O'Connell, *International Law*, pp. 450—3; Mouton, "International Regime", 以及 G. Triggs, "Australian Sovereignty in Antarctica-Part I", 13 *Melbourne University Law Review*, 1981, p. 123, and Triggs, *International Law and Australian Sovereignty in Antarctica*. 另参见:UKMIL, 54 BYIL, 1983, pp. 488 及其以下。

德地,但美国拒绝采纳该主张。[271] 几个国家已经相互承认了它们在这一地区的领土愿望,但应该看到,英国、智利和阿根廷的主张是相互重叠的。[272]

然而,1959 年所有关注这一地区领土主张或科学探索的国家签署了《南极条约》。[273] 除将南极非军事化外,该条约的主要作用是在其有效期内冻结,尽管不是消除领土主张。第 4 条第 2 款宣布:

> 在本条约有效期间内所发生的一切行为或活动,不得构成主张、支持或否定对南极领土主权要求的基础,也不得创立在南极的任何主权权利。在本条约有效期间,对在南极的领土主权不得提出新的要求或扩大现有的要求。

由于该条约没有终止的规定,因此就创建了一个持续存在的制度,鉴于该制度包括了所有相关国家,因此,一个对所有国家都有拘束力的国际制度似乎已经确立。[274] 缔约国在以后的会议上又提出了许多建议,包括保护该地区动植物种群,以及其他环境保护 537
措施。[275]

在目前 43 个条约缔约国中,有 28 个拥有协商地位。全面参与缔约国协商会议工作的机会保留给了条约的创始缔约国以及那些在该地区从事实质性科学研究活动的缔约国。南极条约协商会议每年举行一次。[276]

各协商缔约国自 1979 年开始讨论矿产资源制度,并为此举行了一系列专门会议[277],最终于 1988 年 6 月 1 日签署了《南极矿物资源活动管理公约》。[278] 该公约规定了采矿活动的三个阶段,分别被界定为探矿、勘探和开发。一旦条约生效(要求 16 份批准书或加入书,包括美国、前苏联和各主张国),将建立 4 个机构。委员会由协商国、任何

---

[271] 参见:Hackworth, Digest, vol. I, p. 457. 另参见:DUSPIL, 1975, pp. 107—11, and Whiteman, Digest, vol. II, pp. 250—4, 1254—6 and 1262.

[272] 参见,例如:Cmd 5900.

[273] 参见:*Handbook of the Antarctic Treaty System*, US Department of State, 9th edn, 2002, 还载于 www.state.gov/g/oes/rls/rpts/ant/.

[274] 注意德国联邦财政法院在"南极法律地位"案中说,南极不是任何国家主权领土的一部分, 108 ILR, p. 654. 关于英国认为其南极领土是对该大陆的一部分最早提出的领土主张(但其中绝大部分遭到智利或阿根廷的反请求)的观点,参见 UKMIL, 71 BYIL, 2000, p. 603. 然而,英国承认《南极条约》的效果搁置了领土主权的争端,同上。

[275] 参见,例如 1980 年《南极海洋生物资源保护公约》。另参见:M. Howard, "The Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources: A Five Year Review", 38 ICLQ, 1989, p. 104.

[276] 最近的是 2007 年新德里会议和 2008 年基辅会议,参见:http://www.scar.org/Treaty/ATCM%20meeting%20list.

[277] 参见,例如:Keesing's Contemporary Archives, p. 32834 and 21(9) UN Chronicle, 1984, p. 45.

[278] 参见,例如:C. Joyner, "The Antarctic Minerals Negotiating Process", 81 AJIL, 1987, p. 888.

其他在该区域从事实质性相关研究的公约缔约国，以及其他赞助矿产资源活动的缔约国组成。要建立一个包括所有公约缔约国的科学、技术和环境咨询小组委员会，以及一个规范小组委员会以调整在指定地区的勘探和开发活动。这些小组委员会由委员会的10名委员组成，包括最多4个相关主张国和额外主张国，美国、前苏联以及发展中国家的代表。此外还规定了由全体公约缔约国组成的缔约国特别会议机制。一些国家签署了该公约。[279] 然而，反对该公约的声音开始扩大。1988年关于矿产资源活动公约的签署刺激了反对派阵营，联合国大会在该年通过的第43/83号决议中“深表遗憾”，认为尽管有
538 先前号召暂停关于在南极创建采矿制度进行谈判的决议也应该签署该公约。法国和澳大利亚在1989年10月举行的南极条约签字国会议上建议在这一地区禁止所有采矿行为，而将其定为一个全球“自然保留区”。[280]

1991年4月举行的南极条约协商国会议通过了《关于环境保护的南极条约议定书》，其第7条禁止任何非科学研究的与矿产资源开发有关的活动。这一禁令将一直持续下去，除非就南极的矿产资源活动建立起有拘束力的有效法律制度，包括一种一致同意的方法，以此来决定此类活动是否可以接受以及如果可以接受以什么为条件。该议定书生效50年后，如有需要，可就其运作举行一次审查会议。[281] 此外还建立了一个环境保护委员会。[282] 这实际上标志着曾导致签署《南极矿物资源活动管理公约》的有限度采矿方法的终结。该议定书于1998年生效，可以看成是为这一区域建立了一个全面和完整的环境制度。[283]

---

[279] 参见，例如1989年《南极矿产法》，它对在南极的勘探和开发活动规定了英国的许可证制度。

[280] 参见：*Keesing's Record of World Events*, p. 36989, 1989.

[281] 第25条。

[282] *Guardian*, 30 April 1991, p. 20. 另参见：C. Redgwell, “Environmental Protection in Antarctica: The 1991 Protocol”, 43 ICLQ, 1994, p. 599.

[283] 参见，例如：D. R. Rothwell, “Polar Environmental Protection and International Law: The 1991 Antarctic Protocol”, 11 EJIL, 2000, p. 591. 议定书的四个附件（环境影响评估、动植物养护、废物处理和海洋污染）于1998年生效，第五个附件（南极保护区制度）2002年生效。马来西亚在联合国提出的关于考虑将南极变成“人类共同继承财产”的提议似乎已经失败。参见，例如：Redgwell, “Environmental Protection”, and General Assembly resolutions 38/77 and 39/152, and A/39/583.

租借和地役[284]

国家可以对他国领土行使各种法律权利，当然不是绝对的主权。此类权利附属于土地，因此，即使受到此权利限制的特定领土的所有权已经转移给其他主权者，仍可行使此权利。它们在法律术语中称为对物的权利（rights *in rem*）。

作为一种取得对惯常战略要地的控制而不必实际兼并有关领土的手段，租借土地在 539
19 世纪开始盛行。租借在远东被广泛使用，例如，英国对新界（已合并于香港）的权利[285]，主权在租借期间被视为让渡给租借者，租借期满后归还给作出这一让渡的原有主权者。

国际法上的租借通常受一个确定期限的限制，但发生的一个例外与巴拿马运河有关，1903 年用以建造该运河的那块狭长土地“永远”租借给美国。然而，根据 1977 年《巴拿马运河条约》，运河区的主权移交给巴拿马。美国享有某些经营和防务的权利，直到该条约于 1999 年终止。[286]

如果一国领土为了他国领土的利益而受到某种特殊限制，地役就存在了。此种限制作为对物的权利与土地相连，并由此限制有关国家的主权，即使对有关领土的控制（例如由于与另一国家合并或由于非殖民化而）发生了变化，也是如此。[287]

地役的例子包括使用受限制领土的港口或河流的权利、过境的权利，或是不在该领土内的特定城镇或地区设防的义务。[288]

地役可以为国际社会或众多国家的福祉而存在。例如，在 1920 年的“阿兰群岛”案中，国联行政院所任命的法学家委员会宣称，芬兰自其 1918 年独立时起就继承了俄罗斯根据 1856 年条约不在该群岛设防的义务。由于该群岛靠近斯德哥尔摩，因此瑞典是一

---

〔284〕 例如参见：*Oppenheim's International Law*，第 670 页及其以下；H. Reid，*International Servitudes*，Chicago，1932，and F. A. Vali，*Servitudes in International Law*，2nd edn，London，1958. 另参见：Parry，Digest，vol. IIB，1967，pp. 373 及其以下，and article 12，Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties，1978.

〔285〕 参见：50 BFSP，1860，p. 10 and 90 BFSP，1898，p. 17. 英国/中国关于香港的协定，现参见 23 ILM，1984，pp. 1366 及其以下。另见 Cmnd 9543（1985）和 1985 年《香港法》，它规定自 1997 年 7 月 1 日起终止英国在该领土上的主权和管辖权。

〔286〕 例如参见：72 AJIL，1978，p. 225. 这取代了有关该运河的 1901 年、1903 年、1936 年和 1955 年条约。另参见：A. Rubin，“The Panama Canal Treaties”，YBWA，1981，p. 181.

〔287〕 参见“通过权”案，ICJ Reports，1960，p. 6；31 ILR，p. 23.

〔288〕 例如参见 J. B. Brierly，*The Law of Nations*，6th edn，Oxford，1963，p. 191.

个利益相关国，这样，即使瑞典不是1856年条约的当事方，也能够要求芬兰履行这一义
540 务。这是因为该条约的规定已经确立了一种特殊的国际制度，所有利益相关国都可以要求执行这些义务，而任何领有该群岛的国家都受这些义务的拘束。[289] 而且，仲裁庭在“厄立特里亚/也门”案中指出，红海南部传统的开放捕鱼制度连同两岸居民对该地区岛屿的共同使用能够以国际地役的形式为争端两国创设历史性权利。[290] 该案的裁决强调，对红海各个岛屿主权的认定使得“该地区传统的捕鱼制度得以永久化”。[291]

由条约创制出对所有国家都有拘束力而不只是约束条约当事方的国际地位的情况十分复杂，而且它何时具有此种效果也并不总是很清楚。然而，就苏伊士运河和巴拿马运河而言，为了国际社会的福祉创造出了附属于领土的权利。1888年《君士坦丁堡公约》第1条[292]宣称：“苏伊士运河在战时和平时不加歧视地对一切国家的商船和军舰永远自由开放”，而且这一国际地位不受埃及1956年将运河公司国有化的任何影响。埃及1957年强调它愿意尊重和施行公约的规定，但实际上一直拒绝以色列船舶、前往以色列的船舶，以及运送以色列货物的船舶使用该运河。[293] 随着与以色列脱离接触协定的签署，运河在事隔8年后重新开放。[294] 根据1979年《以色列和埃及和平条约》第5条，以色列船舶以及前往或来自以色列的船舶和货物享有“在适用于所有国家的1888年《君士坦丁堡公约》的基础上自由通过苏伊士运河的权利”。

在“温布尔登”案（the *Wimbledon* case）中[295]，常设国际法院宣称，1919年《凡尔赛和约》第380条关于基尔运河对一切与德国处于和平状态的国家的船舶开放的效果是将该运河从国内水道转变为一条国际水道，“以便出于世界各国的福祉为更加容易地进入波罗的海提供条约保障”。

541 因为“北大西洋渔业仲裁”案（the *North Atlantic Fisheries* arbitration）[296]，一些与地役的存在相关的问题出现了。该案源于1818年英国和美国签署的一个条约——它授予美国居民在纽芬兰海岸外“永远捕捞各种鱼类的自由”。双方就英国根据该条约是否有能力发布拘束美国国民的渔业规章发生争论。仲裁庭决定，条约的相关规定没有创设国际

---

[289] LNOJ, Sp. Supp. no. 3, 1920, pp. 3, 16—19.

[290] 114 ILR, pp. 1, 40—1.

[291] 同上，第137页。

[292] 例如参见：O'Connell, *International Law*, pp. 582—7.

[293] 参见：Security Council Doc. S/3818, 51 AJIL, 1957, p. 673.

[294] 参见：DUSPIL, 1974, pp. 352—4 and 760.

[295] PCIJ, Series A, No. 1, 1923, p. 24; 2 AD, p. 99. 一般性参见：Baxter, *Law of International Waterways*.

[296] 11 RIAA, p. 167 (1910).

地役,部分是因为此概念在当时(即1818年)还不为美国和英国的政治家们所知。然而,裁决的措辞的确没有排除地役存在的可能性,特别是,仲裁庭对经济权利(如本案的情况)和等同于国际法中地役的主权权利的授予两者所做的区分。[297]

外层空间法[298]

第一次世界大战前,关于国家和领水之上的空气空间的地位有多种理论[299],但"一战"的爆发使得空气空间对安全的意义获得承认,从而改变了这种状况,而那时占绝对优势的理论是将国家主权向上扩展至空气空间。无论从防御的角度,还是从逐渐发展的对国家领土上空的飞行加以管制的国家实践来看,这一理论都是可以接受的。[300] 1919年《巴黎空中航行管理公约》反映了这一理论,承认国家对其陆地和领海上空享有完全的主权。[301] 因此,保护国家主权的国际法规则如同适用于陆地一样也适用于其上的空气 542

---

[297] 关于内陆国,参见下文第11章,第607页。

[298] 例如参见:C. Q. Christol, *The Modern International Law of Outer Space*, New York, 1982, and Christol, *Space Law*, Deventer, 1991; *Space Law* (ed. P. S. Dempsey), Oxford, 2004; F. Lyall and P. B. Larsen, *Space Law*, Aldershot, 2007; J. E. S. Fawcett, *Outer Space*, Oxford, 1984; S. Gorove, "International Space Law in Perspective", 181 HR, 1983, p. 349, and Gorove, *Developments in Space Law*, Dordrecht, 1991; M. Marcoff, *Traité de Droit International Public de l'Espace*, Fribourg, 1973, and Marcoff, "Sources du Droit International de l'Espace", 168 HR, p. 9; N. Matte, *Aerospace Law*, Montreal, 1969; *Le Droit de l'Espace* (ed. J. Dutheil de la Rochère), Paris, 1988; P. M. Martin, *Droit International des Activités Spatiales*, Masson, 1992; B. Cheng, "The 1967 Space Treaty", *Journal de Droit International*, 1968, p. 532, Cheng, "The Moon Treaty", 33 *Current Legal Problems*, 1980, p. 213, Cheng, "The Legal Status of Outer Space", *Journal of Space Law*, 1983, p. 89, Cheng, "The UN and the Development of International Law Relating to Outer Space", 16 *Thesaurus Acroasium*, Thessaloniki, 1990, p. 49, and Cheng, *Studies in International Space Law*, Oxford, 1997. See also *Oppenheim's International Law*, chapter 7; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 1254; R. G. Steinhardt, "Outer Space" in *United Nations Legal Order* (eds. O. Schachter and C. C. Joyner), Cambridge, 1995, vol. II, p. 753; *Manual on Space Law* (eds. N. Jasentulajana and R. Lee), New York, 4 vols., 1979; *Space Law-Basic Documents* (eds. K. H. Böckstiegel and M. Berkö), Dordrecht, 1991; *Outlook on Space Law* (eds. S. G. Lafferanderie and D. Crowther), The Hague, 1997; G. H. Reynolds and R. P. Merges, *Outer Space*, 2nd edn, Boulder, CO, 1997.

[299] 例如参见,*Oppenheim's International Law*, pp. 650—1, and N. Matte, *Treatise on Air-Aeronautical Law*, Montreal, 1981, chapters 4 and 5.

[300] Matte, *Treatise*, pp. 91—6.

[301] 第1条。每一缔约国同时承允,只要本公约或其机关制订的规则得到遵守,在和平时期给予其他缔约国私人航空器无害通过的自由。第5—10条还规定,航空器的国籍基于登记,而该登记应在航空器所有者的国籍国进行。还建立了国际空中航行委员会。同时参见1928年《美洲商务航空公约》。

空间。正如国际法院在“尼加拉瓜”案中指出的,“属于另一国政府或受其控制的航空器未经授权飞越一国领土也直接破坏了尊重领土主权原则”。[302] 法院在“贝宁/尼日尔”案中指出:“边界代表了国家主权区域的分割线,不仅在地球表面,而且在底土以及上覆空域。”[303]

不存在通过国家空域的无害通过权。[304] 航空器只有获得一国的同意才能飞越该国的空气空间,否则就涉嫌非法入侵,而地面国将有权加以拦截,尽管(除极为例外的情况)不能进行实际攻击。[305] 然而,地面国的完全主权原则不仅受到各种多边和双边条约
543 的限制——这些条约允许民航班机在所承认的条件下按照所接受的规则飞越并降停缔约国领土,而且还受到外空法发展的限制。

自从苏联 1957 年发射了第一颗地球卫星以来,空间探索就不断地加速发展着。[306] 卫星如今控制了通讯和观测网络,登陆月球也已经实现,而寻求信息的空间探测器也被派去观察金星和土星等行星。所获得的各种研究资料,诸如地球资源、电离层活动、太阳辐射、宇宙射线,以及空间和行星形成的一般结构,刺激了人们作出更大努力去了解宇宙空间的性质。[307] 可获得的信息的巨大增长同样导致了外层空间法的发展,并形成了一般接受的规则以调整各有关国家的利益,同时也考虑到了作为一个整体的国际社会的关注。

外层空间的定义和划界

当空间探索被关注后不久,规定国家的领空主权扩展到无限高度的规则很快就变得不可行了。为在地面以上 100 多英里处运行的卫星和其他运载工具的通过而逐个征得各国的同意将是极其困难的,而各国在实践中都已对此类通过表示默认。这意味着各国对其空气空间的主权在高度上是受到限制的,最高到达空气空间和外层空间交界处。具体而言,虽然这一边界的位置难以确定而将取决于技术和其他因素,但介于 50 和 100 英

---

[302] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 128; 76 ILR, p. 1.

[303] ICJ Reports, 2005, p. 142.

[304] 参见,例如: *Oppenheim's International Law*, p. 652. 然而,应当注意,1982 年《海洋法公约》第 38 和 39 条在连接公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分的用于国际航行的海峡中为飞机和船舶规定了过境通行权。此外,根据该公约第 53 条,飞机有沿指定的空中航道飞越群岛水域的权利。

[305] 关于对公海上空行使主权,还参见“泛美航空公司诉女王”案(1981),2 SCR 565; 90 ILR, p. 213.

[306] 注意联合国和平利用外层空间委员会的作用,它于 1958 年成立,现由 65 个国家组成。委员会有一个法律小组委员会和一个科学技术委员会,特别参见 Christol, *Modern International Law*, pp. 13—20, and www. unoosa. org/oosa/COPUOS/copuos. html.

[307] 例如参见: Fawcett, Outer Space, chapter 7.

里之间的数值已经被提出来。[308]

随着传统航空器发展得可以到达更高的高度，国家将希望看到他们的主权也扩展到那些高度，加之固有的不确定性，以及担心交出将来可能被证明有价值的主权权利，这些 544
因素都阻止了在划分这一特殊边界方面达成任何协议。[309]

外层空间制度

除了空气空间和外层空间划分这一点外，各国已经同意适用共有物这一国际法原则，因此外层空间的任何部分都不能由单个国家主权予以瓜分。这在 20 世纪 50 年代后期开始的卫星时代以来的众多联大决议中表现得很清楚。例如，联合国大会 1963 年通过的题为《关于各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》的第 1962(XVIII)号决议规定了一系列可适用的法律原则，包括各国在平等基础上根据国际法自由探索和利用外层空间和天体，外层空间和天体不能通过任何方法为一国据为己有。[310] 此外，1996 年通过的《探索和利用外层空间的国际合作宣言》的第 51/126 号决议号召进一步的国际合作，特别应注意发展中国家和空间方案刚起步的国家在与空间能力较先进的国家开展国际合作时所产生的福利和利益。[311] 这些决议在许多案件和各种情况下构成国家实践和法律确信的表现，因此是习惯法的一部分。[312]

1967 年《关于各国探索和利用外层空间包括月球与其他天体活动所应遵守原则的 545
条约》的签署澄清了外空法律制度。它重申外层空间，包括月球与其他天体不能通过任何方法由国家据为己有，强调探索和利用外层空间必须为了所有国家的福利。该条约没

---

〔308〕 例如，英国指出："出于实践的目的，该(空气空间和外层空间的)限度应是航空器最大的飞行高度"，70 BYIL，1999，p. 520.

〔309〕 一般参见 Christol，*Modern International Law*，chapter 10，并另参见，例如：UKMIL，64 BYIL，1993，p. 689. 关于划界方法已经提出了各种建议，从大气特性到人造卫星可能的最低轨道。它们似乎分别属于空间或功能的范畴，参见：同上以及 1997 年 1 月 21 日 UN Doc. A/AC. 105/C. 2/7/Add. 1。有些国家已经主张 110 公里的边界，例如参见苏联，21(4) *UN Chronicle*，1984，p. 37；其他国家觉得确立一个固定的边界为时尚早，例如美国和英国，同上。另参见：216 HL Deb.，col. 975，1958—9，and D. Goedhuis，"The Problems of the Frontiers of Outer Space and Airspace"，174 HR，1982，p. 367.

〔310〕 另见大会第 1721 (XVI)和 1884 (XVIII)号决议。

〔311〕 另见："The Space Millennium：The Vienna Declaration on Space and Human Development"，联合国探索和和平利用外层空间第三次大会于 1999 年在维也纳通过(UNISPACE III)，参见：http://www. oosa. unvienna. org/unisp-3/.

〔312〕 参见上文第 3 章，和 B. Cheng，United Nations Resolutions on Outer Space：Instant International Customary Law? 5 IJIL，1965，p. 23.

有为空气空间和外层空间确立一条明确的边界,但却建立了国际外层空间法的框架。[313] 第4条规定本条约各缔约国承诺:

> 不在环绕地球的轨道上放置任何载有核武器或任何其他种类大规模毁灭性武器的物体,不在天体上放置这种武器,也不以任何其他方式在外层空间放置这种武器。

然而,对这一规定的含义却有着不同看法。[314] 虽然该条仅禁止在外层空间、天体和环绕地球的轨道上放置核武器和大规模毁灭性武器,但第1条强调探索和利用外层空间"应为所有国家谋福利和利益",因此有人主张该条应被解释为在外空进行任何军事活动都是违反条约的。[315]

根据第4条,只有月球和其他天体必须专为和平目的而使用,但不禁止为科学和其他和平目的而使用军事人员。关于如何理解这些规定,最低纲领派和最高纲领派各有解释。例如,前者主张只有侵略的军事行为才是被禁止的,而后者则主张禁止所有军事活
546 动。[316] 第6条规定各国应对本国在外层空间,包括月球和其他天体在内的活动负国际责任,无论此类活动是由政府机构或是由非政府团体进行的,并应负国际责任确保本国的活动符合本条约的规定。非政府团体在外层空间,包括月球与其他天体在内的活动,应经本条约有关缔约国批准并受其不断的监督。一个国际组织在外层空间,包括月球与其他天体在内进行活动时,遵守本条约的责任应由该国际组织和参加该国际组织的本条约各缔约国共同承担。[317]

根据第8条,各国对其发射入外层空间的人员和运载工具保有管辖权和控制权,而根据第7条,它们应对其空间物体给本条约其他缔约国造成的损害承担责任。[318]

1972年《空间物体造成损害的国际责任公约》进一步发展了空间法这个方面的内容,其第12条规定对于空间物体造成的任何损害应按照国际法、公正合理的原则确定赔

---

〔313〕 例如参见:Christol, *Modern International Law*, chapter 2. 另参见:*Oppenheim's International Law*, p. 828.

〔314〕 鉴于美国的"战略防卫倡议"("星球大战")计划,该问题变得特别有争议,该计划的目的是在空间发展出一套反卫星和反导弹武器。联合国和平利用外层空间委员会考虑了这一问题,美国由于反对委员会考虑该问题而没有参与,例如参见:21 (6) *UN Chronicle*, 1984, p. 18.

〔315〕 参见,例如:Marcoff, *Traité*, pp. 361 及其以下。

〔316〕 参见,例如:Christol, *Modern International Law*, pp. 25—6. 另参见:Goedhuis, "Legal Issues Involved in the Potential Military Uses of Space Stations" in *Liber Amicorum for Rt Hon Richard Wilberforce* (eds. M. Bos and I. Brownlie), Oxford, 1987, p. 23, and Gorove, Developments, part VI.

〔317〕 参见,例如:B. Cheng, "Article VI of the 1967 Treaty Revisited", 1 *Journal of Space Law*, 1998, p. 7.

〔318〕 进一步参见:Cheng, *Studies in Space Law*, chapters 17 and 18.

偿额。第2条规定对空间物体在地球表面或给飞行中的飞机造成的损害应负绝对赔偿责任,而第3条规定对在其他地方,或对空间物体上所载人员或财产造成的损害应负过失责任。[319] 加拿大在1979年遭受了据称由苏联"宇宙954号"造成的损害后引用了该公约。[320] 而1975年签署,并于1976年生效的《关于登记射入外层空间物体的公约》则进一步加强了这一不断进步的国家责任体制。该公约规定了一系列需要向联合国秘书长登记的空间物体情报,例如,它们的目的、位置和参数等。[321] 联合国大会1992年通过了《关于在外层空间使用核动力源的原则》[322] 根据这些原则,发射国应在发射前确保进行彻底和全面的安全评估并加以公布。当一空间物体发生故障而产生放射性物质重返地球的危险时,发射国应通知有关国家和联合国秘书长,并对其他国家索取进一步资料或协商的要求予以迅速答复。原则八规定,各国应为本国在外层空间涉及使用核动力源的活动承担国际责任,不论这些活动是由政府机构或非政府实体进行的。原则九规定,发射或促使发射空间物体的每一国家,以及从其领土设施上发射空间物体的每一个国家对此种空间物体或其构成部分所造成的损害应承担国际赔偿责任。

1968年签署的《营救宇航员、送回宇航员和归还发射到外层空间物体的协定》为给宇航员提供紧急帮助规定了法律框架。它规定应立即通知发射当局,或在不能立即通知的情况下将宇航员遇险的情况公开通报,并立即提供帮助。它还对寻找和营救行动,以

---

〔319〕 例如,参见英国和中国政府间关于按照1967年和1972年等公约对1990年亚洲卫星有限公司的卫星在发射阶段所造成损害的责任的换文,UKMIL, 64 BYIL, 1993, p. 689.

〔320〕 要求赔偿6,401,174.70美元。参见:18 ILM, 1979, pp. 899及其以下。另参见:Christol, *Modern International Law*, pp. 59及其以下,以及Christol, "International Liability for Damage Caused by Space Objects", 74 AJIL, 1980, p. 346. 郑斌提醒人们注意这里损害的概念由于包括了环境损害而带来的困难:参见:International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 2000, p. 581. 还应注意,根据1967年条约第3条,本条约的所有缔约国同意在进行活动时"遵守国际法",而这清楚地包括了与国家责任有关的规则。另参见:Gorove, *Developments*, part V, and B. Hurwitz, *State Liability for Outer Space Activities in Accordance with the 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, Dordrecht, 1992.

〔321〕 国际法协会1994年通过了"关于防止空间碎片对环境造成损害的布宜诺斯艾利斯国际文件"。它规定,发射或促使发射空间物体的该文件的每个当事国或国际组织当事方对由任何此类物体所产生的碎片对本文件的另一当事国、个人或物体,或是另一国际组织当事方造成的损害承担国际责任,参见:Report of the 66th Conference at Buenos Aires, London, 1994, p. 7.

〔322〕 Resolution 47/68.

及确保迅速交还做了规定。此外,该协定还规定了空间物体的归还问题。[323]

548 1979 年制订了《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》。[324] 该协定规定了月球和其他天体的非军事化,但可以为和平目的使用军事人员,并重申了 1967 年《外空条约》所确立的原则。根据第 4 条,探索和利用月球是全人类的事情并应为一切国家谋福利。第 11 条强调月球及其资源是人类共同继承财产,不能通过任何方法由国家据为己有。该重要条款强调不能建立对月球或其任何部分或其中的自然资源的私有权利,所有缔约国都有权探索和利用月球。根据第 11 条第 5 和第 7 款,缔约国同意一旦月球自然资源的开发成为可行时,就建立规范此种开发的国际制度。[325] 即将建立的国际制度的主要宗旨包括:

a. 有秩序地和安全地开发月球的自然资源;

b. 合理的管理这些资源;

c. 扩大使用这些资源的机会;以及

d. 所有缔约国应公平分享这些资源所带来的惠益,而且应当对发展中国家的利益

549 和需要,以及各个直接或间接对探索月球作出贡献的国家所做的努力,给予特别照顾。

有几点需要注意:第一,只有当开发成为可行时,才需要设立所建议的国际制度。第二,只有建立了这一制度,才能进行开发,但"探索和利用"不受这一限制,第 11 条第 4 款和第 6 条第 2 款承认了这一点。这将允许为科学目的在月球上采集并移走标本。第三,应当指出,本协定不允许私人对其中的矿产或自然资源享有所有权。[326]

---

[323] 例如,英国 1986 年"外层空间法"通过为外层空间活动设立许可制度,以及为第三方或在其他地方所遭受的损害建立补偿制度,从而为私人空间企业提供了一个框架。该法还为发射空间物体建立了一个法定的登记簿。还应注意,美国已经和其他国家签署了许多关于为航天飞机在境外紧急着陆的情况下提供帮助的协定。这些协定同时规定,美国应按照 1972 年条约为紧急着陆所造成的损害和损失承担赔偿责任,参见:Cumulative DUSPIL 1981—8, vol. II, p. 2269. 1988 年美国、欧洲空间局的成员国政府、日本和加拿大签署了一份《空间站协定》。该协定除其他外规定,为了将飞行组件登记为 1975 年《登记公约》项下的空间物体,各国对其所登记的要素以及空间站内或空间站上属于其国民的人员保留管辖权。还有一个有趣的规定(第 22 条)允许美国对有人控制基地及其所附的非美国环境内或上的非美国国民从事的危及该有人控制基地或其中工作人员安全的非法行为行使刑事管辖权。在开始进行此类审判程序之前,美国应当与该被指控的罪犯的国籍伙伴国进行协商,并应或者收到该伙伴国对审判的同意,或没有收到该伙伴国有意进行审判的保证。

[324] 1984 年 7 月生效,参见:C. Q. Christol, "The Moon Treaty Enters into Force", 79 AJIL, 1985, p. 163.

[325] 参见,例如:Cheng, "Moon Treaty", pp. 231—2, and Christol, *Modern International Law*, chapters 7 and 8.

[326] 关于 1982 年《海洋法公约》为深海底设计的"共同继承财产"制度,参见下文第 11 章,第 628 页。

电信[327]

我们有理由认为对空间探索技术最有用的利用是创立了电信网络。这带来了通讯革命,并有着巨大的教育和娱乐潜力。[328]

将空间应用到电信领域中的法律框架是由各种国际通信卫星(INTELSAT)协定构建的,它们使得国际电信联盟的成员国能够帮助发展和建立这一体系,尽管许多工作实际上是由美国公司,特别是通讯卫星公司(COMSAT)从事的。1971 年共产主义国家建立了它们自己的电信卫星网络,称为国际人造地球卫星(INTER-SPUTNIK)。开发轨道/频谱资源的国际制度[329]已经根据 1967 年条约、1973 年《电信公约和议定书》以及各种《国际电信联盟无线电规则》建立起来。无线电频谱由"世界管理无线电大会"和国际电信联盟的主要机构加以规制。

然而,还存在着一些与这些事业相关的问题,从无线电波频率的分配到通过卫星对 550
愿意和不愿意的国家进行直接广播所固有的危险。关于控制由此类卫星进行的广播节目(material broadcast)以及保护少数者的文化免遭"覆没"的问题至今尚无答案,但正在各种联合国机关,如联合国教科文组织和"和平利用外空委员会"中进行讨论。[330]

与此相关的两项原则是:信息自由,这是一项体现在许多国际文件中的权利[331],以及国家主权。人们为调和两者已经进行了许多尝试。

1972 年联合国教科文组织通过了《利用卫星广播的指导原则宣言》,规定所有国家有权决定对其各自人民进行教育节目广播的内容,同时第 9 条宣布对广播国以外其他国家人民进行直接卫星广播需要事先协议。联合国系统明显支持同意原则,但此外也号召一个适当的管理制度。[332]

---

[327] 参见,例如:A. Matteesco-Matté, *Les Télécommunications par Satellites*, Paris, 1982; M. L. Smith, *International Regulation of Satellite Communications*, Dordrecht, 1990, and J. M. Smits, *Legal Aspects of Implementing International Telecommunications Links*, Dordrecht, 1992.

[328] 例如,参见印度利用美国的卫星为成千上万的用其他方法难以到达的偏远居民传送教育性的电视节目, DUSPIL, 1976, pp. 427—8.

[329] 参见: Christol, *Space Law*, chapter 11.

[330] 参见: Christol, *Modern International Law*, chapter 12, and N. Matte, "Aerospace Law: Telecommunications Satellites", 166 HR, 1980, p. 119. 同时参见 1982 年会议所要求的研究,A/AC. 107/341, 和 1988 年《欧洲越境电视公约》,以及欧洲经济共同体《关于寻求电视广播行为》的第 89/552 号指令。另参见: Gorove, *Development*, part II, chapter 5.

[331] 例如,参见 1966 年《公民权利和政治权利国际公约》第 19 条;1948 年《世界人权宣言》第 10 条,以及 1950 年《欧洲人权公约》第 10 条。

[332] 参见,例如: *Space Activties and Emerging International Law*, p. 438. 另参见: A/8771(1972).

1983 年联合国大会通过了题为《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》的第 37/92 号决议。决议规定拟议设立或授权设立国际直接电视广播卫星服务的国家应首先通知可能的收视国，然后与他们进行协商。只有满足了这一条件，才能根据国际电信联盟有关文书规定的协议和（或）安排建立服务。然而，鉴于事实上几乎所有西方国家都投票反对这一决议，因此这些原则的价值被大大削弱了。[333]

国际电信联盟的规则号召发射国和接收国在利用卫星进行任何直接广播前能够就
551 频率和轨道位置进行技术协调，从而不影响对广播活动行为本身的管理，尽管这两方面明显是相互联系的。[334]

多年来，包括“联合国和平利用外空委员会”在内的几个机构也考虑了遥感问题。遥感是指通过飞机和航天器所携带的探测器探测和分析地球资源，包括气象探测、海洋观察、军事测量和陆地观察等。很明显，它有着巨大的潜力，但在如何利用所获信息的问题上却存在着高度争议。[335] 1986 年联合国大会通过了 15 项有关遥感的原则。[336] 从规定此类活动应为所有国家谋福利和利益，并应特别考虑发展中国家的需要，到进行遥感活动的国家应促进国际合作和对地球环境的保护。然而，虽然号召协商以促进参与，但却没有被感国事先同意的要求。[337] 一个关键问题是如何控制卫星所收集到的信息的散播。一些国家号召建立一个分享信息的公平制度[338]，例如，苏联和法国联合提出各国有处理其自然资源和与这些资源相关的信息的不可分割的权利的概念[339]，而美国则特别指出了这将造成的实际困难以及对信息自由可能的妨害。“联合国和平利用外空委员
552 会”已经考虑了这个问题多年但仍不能达成一致意见。[340] 《遥感原则》规定被感国应当在不受歧视的基础上依照合理费用获得原始数据和处理过的数据。进行此类遥感活动

---

[333] 这些国家包括法国、联邦德国、英国、美国和日本。

[334] 参见 Matte, *Space Activities and EmergingInternational Law*, pp. 453 及其以下。See also J. Chapman and G. I. Warren, “Direct Broadcasting Satellites: The ITU, UN and the Real World”, 4 *Annals ofAir and Space Law*, 1979, p. 413.

[335] 例如参见：Christol, *Modern International Law*, chapter 13, and 21 (4) UN Chronicle, 1984, p. 32. 另参见：the Study on Remote Sensing, A/AC. 105/339 and Add. 1, 1985, and Gorove, *Developments*, part VII.

[336] 联大第 41/65 号决议。

[337] 注意，虽然以对自然资源的永久主权和对空气空间的排他性主权等为基础的主张已经提出来了，但 1967 年《外层空间条约》仍规定了探索和利用的自由，例如参见：A/AC. lO5/171, Annex IV (1976) and A/AC. 105/C. 2/SR. 220 (1984).

[338] 参见，例如：Gotlieb, “The Impact of Technology on the Development of Contemporary International Law”, 170 HR, p. 115.

[339] A/AC. 105/C. 2/L. 99 (1974).

[340] 参见，例如：A/AC. 105/320, Annex IV (1983).

的国家应当为其行为负国际责任。

为上述所有目的而增加使用卫星已经给地球静止轨道带来了压力。这一轨道位于赤道上方22300英里高空,卫星在那里以和地球自转相同的速度运行。它是唯一能够借助单颗卫星而与地面站保持持续联系的轨道。因此该轨道是有限的资源。[341] 然而,1976年巴西、哥伦比亚、刚果、厄瓜多尔、印度尼西亚、肯尼亚、乌干达和扎伊尔签署了《波哥大宣言》,认为"地球静止同步轨道各段是领土的组成部分,赤道国家对其行使主权"。[342]

其他国家对此强烈反对,因此这只能被视为是一种主张,并且是可以讨价还价的事情。[343] 然而,不断增长的卫星发射以及地球静止轨道能力的有限性要求采取紧急行动制订出规范其使用的一系列可接受的原则。[344]

进一步阅读推荐书目

A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995

B. Cheng, *Studies in International Space Law*, Oxford, 1997

J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2006

J. Crawford, "State Practice and International Lawin Relation to Secession", 69 BYIL, 1998, p. 85

R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963

F. Lyall and P. B. Larsen, *Space Law*, Aldershot, 2007

M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986

---

[341] 例如参见1973年《国际电信公约》第33条,和 Christol, *Modern International Law*, pp. 451 及其以下。另参见:the Study on the Feasibility of Closer Spacing of Satellites in the Geostationary Orbit, A/AC. 105/340 (1985) and A/AC105/404 (1988). 另参见: Gorove, Developments, part II, chapters 3 and 4.

[342] Gorove, Developments, pp. 891—95. 另参见: ITU Doc. WARC-155 (1977) 81-E.

[343] 例如参见: DUSPIL, 1979, pp. 1187—8.

[344] 同时参见2001年《移动设备国际利益公约》和与空间财产特别相关的议定书草案。

11
海　洋　法

海洋在历史上承担着两项重要功能：一是作为交流的媒介，二是作为巨大的生物和非生物资源宝库。这两项功能促进了法律规则的发展。[1] 调整海洋法的根本原则是“陆地统治海洋”，由此，陆地领土的情况构成决定一个沿海国海洋权利的起点。[2]

海洋在一个时期曾被认为是国家主权征服的对象。特别是，葡萄牙在17世纪曾宣称广阔的公海为其领土的组成部分，但这些主张受到格老秀斯的反对。格老秀斯详细阐
554 述了公海的理论，认为海洋是所有国家的“共有物”（*res communis*），不能被分割。[3] 该观点之所以获得胜利，部分原因是它符合北欧国家的利益，这些国家出于开拓和扩展与

---

〔1〕 参见，例如：*UN Convention on the Law of the Sea 1982* (eds. M. Nordquist *et al.*), The Hague, 6 vols., 1985—2003; D. Anderson, *Modern Law of the Sea: Selected Essays*, The Hague, 2007; *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (eds. T. M. Ndiaye and R. Wolfrum), The Hague, 2007; *Law of the Sea: Progress and Prospects* (eds. D. Freestone, R. Barnes and D. Ong), Oxford, 2006; L. B. Sohn and J. E. Noyes, *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Ardsley, 2004; E. D. Brown, *The International Law of the Sea*, Aldershot, 2 vols., 1994; *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, chapter 6; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 1139; T. Treves, “Codification du Droit International et Pratique des États dans le Droit de la Mer”, 223 HR, 1990 IV, p. 9; R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edn, Manchester, 1999; R. J. Dupuy and D. Vignes, *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Brussels, 1985; *Le Nouveau Droit International de la Mer* (eds. D. Bardonnet and M. Virally), Paris, 1983; D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Oxford, 2 vols., 1982—4; *New Directions in the Law of the Sea*, Dobbs Ferry, vols. I—VI (eds. R. Churchill, M. Nordquist and S. H. Lay), 1973—7; *ibid.*, VII—XI (eds. M. Nordquist and K. Simmons), 1980—1, and S. Oda, *The Law of the Sea in Our Time*, Leiden, 2 vols., 1977. 还参见美国国务院地理专家出版的 *Limits in the Seas* 系列。

〔2〕 参见，例如：*Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 97; *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 51 and *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, paras. 113 and 126.

〔3〕 *Mare Liberum*, 1609. 另参见：*O'Connell*, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 9 及其以下。例如，I. 塞尔登 1635 年在《闭海论》（*Mare Clausum*）中提出封闭海洋的主张。

东方商业交往的目的而主张海洋自由。

公海自由迅速成为国际法的一项根本原则,但并非全部海洋都取得了这样的性质。沿海国被允许将其海岸线以外的一带水域作为领水或领海加以占有,并将其视为领土不可分割的一部分。海洋法历史的很大一部分与领海的范围,或领海和公海以及其他被承认的海域之间的分界线的确切位置有关。有关领海宽度的最初限制是沿海国从海岸利用军事手段控制其领海的能力。但现在国家不断努力扩大该海域以便将更大的海洋部分置于其专属管辖之下。

除领海外,其他一些管辖海域也发展起来。沿海国如今可以在毗连区内行使特定的管辖职能,而国际法正朝着沿海国可以在更大的海域中享有某些专属权利的方向迅速发展,如渔区、大陆架,以及更近时期的专属经济区。然而,在每一种情况下,一国是否有权享有领海、大陆架或专属经济区的问题需要由海洋法来决定。[4]

海洋法逐渐趋向扩大领海范围(相对于 40 多年前的 3 海里,如今可以接受的宽度是 12 海里),加之不断对从前被视为公海部分的海域主张管辖权,反映出国家对海洋态度的根本转变。

在领海以外的海水和海床中发现了资源之后,公海自由概念占主导地位的局面被改变。然而,在对公海提出更大要求的趋势不断发展的同时,还出现了主张在公海海底施 555
行"人类共同继承财产"制度的举动。这样,由于相互冲突原则的出现,有关海洋的法律几十年间便始终处在一种不断变化的状态中。

一系列会议的召开导致了 1958 年的 4 个海洋法公约以及后来的 1982 年《海洋法公约》。[5] 1958 年《公海公约》在其序言中说它是"国际法既定原则的通常宣布",而 1958 年的其他 3 个文件则一般被认为既包括对现存规则的表述,也包括新规则。

导致 1973 年至 1982 年海洋法会议的原因包括各种经济、政治和战略因素,众多国家和国际组织参加了这次会议。许多第三世界国家希望发展专属经济区的概念以便对领海以外 200 海里的区域享有专属权利,并同时希望在深海海底建立国际控制以阻止技术先进的国家不受任何政治限制自由地从这一重要而富饶的地区攫取资源。西方国家则热衷于保护它们的航线,特别是反对任何削弱国际海峡通行自由的举动,同时希望通过对公海和深海海底资源的自由开发来维护他们的经济利益。其他国家和国家集团则

---

〔4〕 *El Salvador/Honduras* (*Nicaragua Intervening*), ICJ Reports, 1990, pp. 92, 126; 97 ILR, p. 214.

〔5〕 1958 年《领海及毗连区公约》1964 年生效;1958 年《公海公约》1962 年生效;1958 年《捕鱼和养护生物资源公约》1966 年生效;1958 年《大陆架公约》1964 年生效。

寻求保护其特殊的利益。[6] 例如内陆国和地理不利国,群岛国和沿海国。这些利益千差万别,导致最终的草案是一个“一揽子安排”。例如,按照这一方案,第三世界接受了海峡通行制度以及将大陆架的权利扩展到距离海岸 200 海里以外,以换取深海采矿的国际共管。[7]

1982 年公约包括 320 条和 9 个附件。它以 130 票赞成、4 票反对和 17 票弃权的表
556 决结果获得通过。在获得了所要求的 60 份批准书 12 个月后,公约于 1994 年 11 月 16 日开始生效。为了满足西方国家对国际海底区域(公约第十一部分)的关切,1994 年 7 月 29 日制订了《关于执行 1982 年公约第十一部分的协定》。[8]

1982 年公约的许多条款重申了先前文件中的原则,还有一些早已形成的习惯规则,但也提出了许多新规则。这样,基于习惯规则和条约规则,不同国家间在这一领域内便存在着一系列复杂的关系。[9] 所有国家表面上都受所接受的习惯规则的拘束,而只有那 5 个条约的当事国才受其中所规定的新规则的拘束。由于一些国家没有参加 1982 年公约,因此 1958 年的规则将继续发挥重要作用。[10] 在从公约签署至其生效的这 12 年期间,其规定十分明显地影响了国家实践创制法律的过程。[11]

领海

内水[12]

内水被视为这样一部分海域,它既非公海或其相关海域,也非领海,因此被看作附属于沿海国的陆地领土。内水,无论是港口、湖泊还是河流,都是从测算领海和其他海域宽

---

〔6〕 参见: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, 第 15 页及其以下。

〔7〕 参见,例如:H. Caminos and M. R. Molitor, “Progressive Development of International Law and the Package Deal”, 79 AJIL, 1985, p. 871.

〔8〕 参见下文,第 632 页。

〔9〕 参见: the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 39; 41 ILR, pp. 29, 68; the *Fisheries Jurisdiction (UK v. Iceland)* case, ICJ Reports, 1974, p. 1; 55 ILR, p. 238 and the *Anglo-French Continental Shelf* case, Cmnd 7438, 1978; 54 ILR, p. 6. 另参见: 上文, 第 3 章, 第 77 页。

〔10〕 注意根据 1982 年公约第 311 条(1),在各缔约国间,本公约应优于 1958 年公约。

〔11〕 参见,例如:J. R. Stevenson and B. H. Oxman, “The Future of the UN Convention on the Law of the Sea”, 88 AJIL, 1994, p. 488.

〔12〕 例如参见: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 5; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 9; V. D. Degan, “Internal Waters”, Netherlands YIL, 1986, p. 1 and Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 3.

度的基线朝向陆地一侧的水域[13],并等同于国家的领土。内水与领海的主要区别在于, 557
其他国家的船舶在此不享有任何无害通过的权利。但在那些原来是领水而后来被直线基线包围成内水的海域中,该规则并不适用。[14]

一般而言,沿海国可以对其内水中的外国船舶行使管辖权以执行其法律,尽管船旗国(即特定船舶悬挂其旗帜的国家)的司法机构也可以对发生在船上的犯罪采取行动。这种并行管辖体现在下述两个案件中。

在1868年"英王政府诉安德森"案(*R* v. *Anderson*)中[15],英国刑事上诉法庭宣称,一个在法国内水中的英国船只上犯有过失杀人罪的美国人受英国法院的管辖,尽管他同样处于法国的司法(以及由其国籍而带来的美国司法)主权之下,因此可以按照英国法律恰当地被判有罪。美国最高法院在"怀尔顿赫斯"案(*Wildenhus'* case)[16]中认为,对处于一艘停靠在纽约泽西城港口的比利时船舶上的水手谋杀另一比利时公民的案件,美国法院拥有管辖权。[17]

位于外国港口或外国内水中的商船自动处于当地管辖之下(除非有相反的明示协议),但是与船员有关而不涉及维持沿海国领土和平的纯粹纪律问题会基于礼让而留给船旗国处理。[18] 虽然有些学者曾指出普通法和法国做法之间的理论差异,但实践中所适用的基本观点相同。[19]

然而,如果有关船舶是一艘军舰,则情况就完全不同了。在这种情况下,沿海国在对 558
该船舶或其船员行使管辖权之前应当获得船长或船旗国的授权。这是因为军舰具有代

---

〔13〕 1958年《领海公约》第5条第1款和1982年公约第8条第1款。注意后者有关群岛国的规定,下文第565页。另参见:*Regina v. Farnquist* (1981) 54 CCC (2d) 417; 94 ILR, p.238.

〔14〕 1958年《领海公约》第5条(2)和1982年公约第8条(2)。参见下文,第559页。

〔15〕 1 Cox's Criminal Cases 198.

〔16〕 120 US 1 (1887). 另参见:*Armament Dieppe SA v. US* 399 F. 2d 794 (1968).

〔17〕 参见马德里事件,其间美国官员声称有权询问在一艘位于新奥尔良的苏联船舶上的潜在背叛者,80 AJIL, 1986, p.622.

〔18〕 参见,例如,"NNB诉海洋贸易公司"案,87 ILR, p.96, 其中海牙上诉法院裁定沿海国对位于其领土内的外国船舶有管辖权,如果一个纠纷不仅影响到船舶的内部秩序,而且影响到有关沿海国的法律秩序的话。该纠纷是由于根据国际运输工人联盟的建议在船上举行罢工而引发的。

〔19〕 参见,例如:Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp.65及其以下。另参见:1. L. Lenoir, "Criminal Iurisdiction over Foreign Merchant Ships", 10 *Tulane Law Review*, 1935, p.13. 关于进入港口和其他内水的权利,参见A. V. Lowe, "The Right of Entry into Maritime Ports in International Law", 14 *San Diego Law Review*, 1977, p.597, and O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. II, chapter 22. 另参见:the Dangerous Vessels Act 1985.

表其船旗国主权的地位。[20]

基线[21]

领海的宽度从围绕国家海岸的低潮标开始测算。这是习惯国际法中的传统原则，在1958年《领海及毗连区公约》第3条和1982年《海洋法公约》第5条中得到重申，而沿海岸的低潮线指的是“沿海国官方承认的大比例尺海图所标明的”[22]那条低潮线。

在大多数情况下，确定作为测算领海宽度的基线的低潮线的位置并不十分困难。[23]根据1958年《领海公约》和1982年《海洋法公约》，如果低潮高地全部或部分与大陆或
559 岛屿的距离不超过领海的宽度，则该高地的低潮线可作为测算领海宽度的基线。[24] 然而，完全位于领海之外的低潮高地将没有自己的领海。[25] 如果一个低潮高地位于两个国家领海的重叠区域，原则上两国都有权用它作为测算各自领海的相关低潮线的一部分。[26] 然而，国际法院认为，低潮高地不能被视为有关国家领土的组成部分，因此不能

---

〔20〕 参见：The *Schooner Exchange v. McFaddon* 7 Cranch 116 (1812). 另参见：930 HC Deb., col. 450, 1977年4月29日的《书面答复》。

〔21〕 参见，例如：W. M. Reisman and G. S. Westerman, *Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation*, New York, 1992; I. A. Roach and R. W. Smith, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, 2nd edn, The Hague, 1996, and L. Sohn, "Baseline Considerations" in *International Maritime Boundaries* (eds. J. I. Charney and L. M. Alexander), Dordrecht, 1993, vol. I, p. 153.

〔22〕 参见：Qatar v. Bahrain, ICJ Reports, 2001, para. 184 and Eritrea/Yemen (Phase Two: Maritime Delimitation), 119 ILR, pp. 417, 458. 另参见：Churchill and Lowe, Law of the Sea, chapter 2; O'Connell, *International Law of the Sea*. vol. I, chapter 5; *Oppenheim's International Law*, p. 607, and M. Mendelson, "The Curious Case of *Qatar v. Bahrain* in the International Court of Justice" 72 BYIL, 2001, p. 183.

〔23〕 参见：the *Dubai/Sharjah Border Award* 91 ILR, pp. 543, 660—3，其中仲裁庭考虑到，为了划定基线的目的，将最外缘的港口工程作为两国海岸的组成部分。

〔24〕 参见：1958年《领海公约》第11条(1)和1982年《海洋法公约》第13条第1款。低潮高地是在低潮时四面环水并高于水面但在高潮时没入水中的自然形成的陆地。参见，例如：G. Marston, "Low-Tide Elevations and Straight Baselines", 46 BYIL, 1972—3, p. 405, and D. Bowett, "Islands, Rocks, Reefs and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitations" in Charney and Alexander, *International Maritime Boundaries*, vol. I, p. 131.

〔25〕 1982年《海洋法公约》第13条第2款。而且，位于另一个低潮高地12海里范围内但位于该国领海之外的低潮高低本身也不能被用来确定领海的宽度，即所谓的“蛙跳方法”，*Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 102. 另见：*Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 141, 但参见：*Eritrea/Yemen*, 114 ILR, pp. 1, 138.

〔26〕 Qatar v. Bahrain, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 101.

与岛屿完全一视同仁。[27] 其上建有灯塔或类似设施的低潮高地可以用来划直线基线。[28]

然而,有时国家的海岸地理状况会产生一些问题:例如,海岸线十分曲折,或者与海岸平行有许多岛屿,又或者存在深入海岸线的海湾。已有一些特殊规则发展出来处理这一问题,这对各沿海国非常重要,特别是在外国船舶经常靠近其领海外部界限捕鱼的情况下尤其如此。一种更为合理的划定基线的方法可能具有将更大范围的海域包围在该国内水之中的效果,同时会使领海的界限越过传统方法所设定的位置。

国际法院在"英挪渔业"案中遇到了这一问题。[29] 该案涉及挪威沿其约 1000 海里的海岸线划分其领海的法令。但是,挪威人不是从低潮线来测算领海的,而是用一系列直线将那些与挪威海岸线平行的石垒(一系列岛屿和岩礁)的最外缘部分连接起来。其结果就是将一部分按照传统方法测算一般属于公海的水域包围在其领海之中。结果,围绕着英国渔船发生了一些争端,而联合王国质疑挪威的基线方法在国际法上的合法性。 560
法院认为,与确立基线有关的是石垒的外界,而不是大陆的低潮线。这是由地理现实决定的。法院指出,划定基线的正常方法,即平行于海岸(the tracé parallèle)的方法在本案中不适用,因为鉴于极为曲折的海岸线以及沿海岸一系列岛屿的存在,它将导致复杂的几何结构。[30]

既然通常方法不能适用,并考虑到领海必须沿海岸的一般方向这一原则,那么沿外缘岩礁划直线基线的方法就可加以考虑了。[31] 法院还指出,挪威的这一制度已持续适用了许多年,并没有遭到其他国家的反对,而且英国在其被引入后的许多年里也没有加以反对。[32] 换句话说,挪威所采用的直线基线方法:

> 已经由持续的和长期的实践加以确立,而各个政府对它的态度证明了这样一个事实,即它们不认为其违反了国际法。[33]

---

[27] 同上,第 40 和 102 页,以及 *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 141.

[28] 参见:1982 年《海洋法公约》第 7 条第 4 款。关于群岛基线,还参见第 47 条第 4 款。

[29] ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86.

[30] ICJ Reports, 1951, p. 128; 18 ILR, p. 91. 还需注意,法院提到了在从沿低潮线上的点所划圆弧上使用正切曲线的方法,同上。

[31] ICJ Reports, 1951, p. 129; 18 ILR, p. 92. 其他国家已经使用了此类制度:参见,例如:H. Waldock, "The Anglo-Norwegian Fisheries Case", 28 BYIL, 1951, pp. 114, 148. 另参见: I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, pp. 176 及其以下。

[32] ICJ Reports, 1951, p. 138; 18 ILR, p. 101. 比较: Judge McNair, ICJ Reports, 1951, pp. 171—80; 18 ILR, p. 123.

[33] ICJ Reports, 1951, p. 139; 18 ILR, p. 102.

这样,尽管指出挪威的权利通过实践并配以默认而得以确立,但法院是鉴于该地区特殊的地理情况才将直线基线制度本身视为一个有效的国际法原则的。并且法院还为决定任何此类划界的可接受性规定了标准。根据领海对陆地领土的密切依赖,基线的划定不能偏离海岸的一般方向;所划定的基线应使位于其间的海域充分接近陆地领土,以
561 使其受内水制度的支配;在这一过程中可以考虑"该地区某些特殊的经济利益,如果这种利益的真实性和重要性已经由长期的惯例所证实的话"。[34]

从(英挪)"渔业"案中所产生出来的这些原则在较短时间内就被各国接受为国际法的一部分了。

1958 年《日内瓦领海公约》第 4 条宣布,在海岸极为曲折或紧接海岸有一系列岛屿的情况下可采用直线基线,但应沿着海岸的一般方向,且基线内的海域必须充分接近陆地领土,以使其受内水制度的支配。此外,需要时可以考虑有关地区长期存在的特殊经济利益。[35]

如今许多国家都采用这一制度,应当指出,这其中也包括英国苏格兰的西海岸地区。[36] 但有证据显示,也许由于所设定的标准过于宽泛,许多国家对这一制度的使用并未严格符合法律的规定。[37] 然而,国际法院在"卡塔尔诉巴林"案(*Qatar* v. *Bahrain*)中明确指出:

> 直线基线方法是确定基线的正常规则的例外,只有在满足了一系列条件的前提下才能适用它。该方法必须严格加以适用。这些条件主要是海岸线极为曲折,或者紧接海岸有一系列岛屿。[38]

562 而且,法院进一步强调说,除非有关条件得到满足,一个国家自认为它是一个多岛国

---

[34] ICJ Reports, 1951, p. 133; 18 ILR, p. 95.

[35] 另参见:1982 年公约第 7 条。注意,除在低潮高地上筑有永久高于海平面的灯塔或类似设施,直线基线的划定不应以低潮高地为起讫点:参见:1958 年《领海公约》第 4 条(3)和 1982 年《海洋法公约》第 7 条(4)。另参见: *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 100—1 and 102.

[36] Territorial Waters Order in Council, 1964, article 3, s. 1, 1965, Part III, s. 2, p 6452A. 另参见有关多佛尔海峡的 1989 年《领海(界限)法令》。关于国家实践,一般参见 Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 38—41, 其指出约有 55—65 个国家已经使用了直线基线,以及 M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, vol. IV, pp. 21—35.

[37] 参见: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 39. 还参见欧盟对伊朗和泰国沿其各自全部海岸线实际使用直线基线的反对,UKMIL, 69BYIL, 1998, pp. 540—2, 以及美国对泰国使用直线基线的反对,DUSPIL, 2000, p. 703.

[38] ICJ Reports, 2001, pp. 40, 103.

或事实上的群岛国这一事实并不能允许它偏离划定基线的正常规则。[39]

根据1958年公约第5条第2款,如果直线基线方法的效果使原来被视为领海或公海的水域被包围在内而成为内水,则在此种水域中应有无害通过权。[40]

海湾[41]

对海湾采用何种方法也存在一些问题,特别是,湾口较宽的海湾的水域应被视为邻接海岸的其他海域,从而领海基线应当从海岸沿岸的低潮标量起,还可以用直线基线方法"封闭"任何宽度的湾口,并从该线出发测算领海的外部界限。

用直封口线横越湾口的做法早已被接受,但在可允许的最大海湾宽度的问题上却存在很大争议。[42] 这一点在1958年《领海公约》第7条中得到解决。该条宣布:

> "如果海湾天然入口两端的低潮标之间的距离不超过二十四海里,则可在这两个低潮标之间划出一条封口线,该线所包围的水域应视为内水",否则就只能划一条二十四海里的直线基线。[43]

但是该规定并不适用于历史性海湾。基于普遍默认所支持的历史性权利,而非任何具体的国际法原则,此类海湾的水域被沿岸国视为内水。[44] 许多国家已经提出历史性 563
海湾的主张,例如加拿大主张哈得孙湾(但美国已表示反对)[45]以及一些美洲国家主张丰塞卡湾。[46] 有关该湾的问题在"陆地、岛屿和海洋边境争端(萨尔瓦多/洪都拉斯;尼加拉瓜参加)"案[47]中被提交给国际法院。法院指出,有关各国和评论家一致认为该湾是一个历史性海湾,但这是根据该湾特殊的历史背景,特别是它构成一个多国海湾所做的判断,对于多国海湾,不存在像单国海湾那样业已牢固确立的一致同意的并经过编纂

---

〔39〕 同上。法院拒绝了巴林有关其主岛以东的某些海洋特征构成了一系列岛屿的主张,同上。

〔40〕 另参见:1982年公约第8条第2款。

〔41〕 参见,例如: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 28; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 41及其以下,以及O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 209. 另参见: G. Westerman, *The Juridical Bay*, Oxford, 1987.

〔42〕 参见,例如: the *North Atlantic Coast Fisheries* case, 11 RIAA, p. 167 (1910) and the *Anglo Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86, 结果是没有得到一致接受的一般国际法规则。

〔43〕 另参见:1982年公约第10条。

〔44〕 参见: the *Tunisia/Libya Continental Shelf* case, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 74; 67 ILR, pp. 4, 67.

〔45〕 参见: Whiteman, *Digest*, vol. IV, pp. 250—7.

〔46〕 参见: *El Salvador v. Nicaragua* 11 AJIL, 1917, p. 674.

〔47〕 ICJ Reports, 1992, p. 351; 97 ILR, p. 266.

的一般规则。[48] 鉴于其特殊的历史背景，特别是考虑到 1917 年的决定，法院认定，在距离各沿岸国 3 海里这个已被长期接受的范围之外的海湾构成历史性水域，由三个沿岸国共有或共管。[49] 法院接着指出，其他国家的船舶在海岸带以外的水域中享有无害通过权以确保它们能够到达三个沿岸国中的任何一个。[50] 在决定了三国共管海湾后，法院的结论是，该湾的封口线由三方共同划定。[51]

美国最高法院曾经认为，如果水域位于内陆水域的法定界限以外，那么行使主权就需要建立起对历史性海湾的权利以便将所有外国船舶及其航行从所主张的区域排除出去。以此种方式连续不断地行使权威还必须获得各国的默认。这就是在有关库克湾水域的“美国诉阿拉斯加州”案（*US* v. *State of Alaska*）[52] 中所使用的方法。最高法院认为阿拉斯加没有满足这些条件，该湾从未被视为苏联、美国或是阿拉斯加主权之下的历史性海湾。因此，对库克湾表层水域享有权利的是联邦国家，而非阿拉斯加。[53]

利比亚主张苏尔特湾（锡德拉湾）为其历史性海湾并在 1973 年划了一条长约 300 海里的封口线，包括美国和欧洲共同体国家在内的几个国家立即对此提出抗议。[54] 美国 1974 年在给利比亚的一封照会中提到了“先前公开地、众所周知地和有效地行使权威，以及外国默认这一国际法标准”[55]，并数次派遣海空军进入该湾以坚持其对利比亚主张的反对立场，同时主张该湾水域属于公海。[56] 实际上，几乎没有证据支持利比亚的

---

〔48〕 ICJ Reports, 1992, p. 589; 97 ILR, p. 505. 但比较小田兹法官的反对意见，ICJ Reports, 1992, p. 745; 97 ILR, p. 661.

〔49〕 ICJ Reports, 1992, p. 601; 97 ILR, p. 517. 一般参见 C. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-appraisal*, The Hague, 2007.

〔50〕 ICJ Reports, 1992, p. 605; 97 ILR, p. 521.

〔51〕 ICJ Reports, 1992, pp. 608—9; 97 ILR, pp. 524—5. 另参见：M. N. Shaw, “Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (*El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening*), Judgment of 11 September 1992”, 42 ICLQ, 1993, p. 929, and A. Gioia, “The Law of Multinational Bays and the Case of the Gulf of Fonseca”, Netherlands YIL, 1993, p. 81.

〔52〕 422 US 184 (1975). 另参见：L. I. Bouchez, *The Regime of Bays in International Law*, Leiden, 1963, and the *Tunisia-Libya Continental Shelf* case, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 74, 67 ILR, pp. 4, 67.

〔53〕 另参见：*United States v. California* 381 US 139 (1965); *United States v. Louisiana* (*Louisiana Boundary* Case) 394 US 11 (1969); *United States v. Maine* (*Rhode Island and New York Boundary* Case) 471 US 375 and *Alabama and Mississippi Boundary* Case, *United States v. Louisiana* 470 US 93 (1985).

〔54〕 参见：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 45, and UKMIL, 57 BYIL, 1986, pp. 579—80. 另参见：F. Francioni, “The Gulf of Sidra Incident (*United States v. Libya*) and International Law”, 5 *Italian Yearbook of International Law*, 1980—1, p. 85.

〔55〕 参见：68 AJIL, 1974, p. 510. 另参见：Cumulative DUSPIL 1981—8, Washington, 1994, vol. II, p. 1810.

〔56〕 参见，例如：UKMIL, 57 BYIL, 1986, pp. 581—2.

主张。

岛屿[57]

就岛屿而言,上述有关测算领海的一般规则都可以适用。1958 年《领海公约》将岛屿定义为"四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域"[58],岛屿有各自的领海、毗连区、专属经济区和大陆架。[59] 如果一串岛屿彼此相距小于 24 海里,那么就会产 565
生出一条连续的领海带。[60] 然而,1982 年公约第 121 条第 3 款规定:"不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁,不应有专属经济区或大陆架"。[61] 第 121 条第 3 款回避了一系列问题,例如岩礁和岛屿的精确划分,以及"其本身的经济生活"的实际含义,对此许多国家已经提出了有争议的主张。[62] 除了出现在《海洋法公约》中之外,该规定是否构成一个习惯法规则尚不清楚。[63]

---

[57] 参见,例如:H. W, layewardene, *The Regime of Islands in International Law*, 1990; D. W. Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, New York, 1979; C. Symmons, *The Maritime Zone of Islands in International Law*, The Hague, 1979; I. Simonides, "The Legal Status of Islands in the New Law of the Sea", 65 *Revue de Droit International*, 1987, p. 161, and R. O'Keefe, "Palm-Fringed Benefits: Island Dependencies in the New Law of the Sea", 45 ICLQ, 1996, p. 408.

[58] 第 10 条(1)。另参见:1982 年公约第 121 条(1)。

[59] 1982 年公约第 121 条(2)。另参见:the Jan Mayen (*Denmark v. Norway*) case, ICJ Reports, 1993, pp. 37, 64—5; 99 ILR, pp. 395, 432—3. 1958 年《领海公约》第 10 条第 2 款只提到了岛屿的领海。

[60] 参见:*Eritrea/Yemen* (Phase Two: Maritime Delimitation), 119 ILR, pp. 417, 463.

[61] 参见:the *Jan Mayen* report, 20 ILM, 1981, pp. 797, 803; 62 ILR, pp. 108, 114, and the Declaration by Judge Evensen in the *Jan Mayen* (*Denmark v. Norway*) case, ICJ Reports, 1993, pp. 37, 84—5; 99 ILR, pp. 395, 452—3. 注意,关于罗科尔岛以及英国、爱尔兰、丹麦和冰岛之间相冲突的观点,Symmons, *Maritime Zone*, pp. 117—18, 126; E. D. Brown, "Rockall and the Limits of National Jurisdiction of the United Kingdom", 2 *Marine Policy*, 1978, pp. 181—211 and 275—303, and O'Keefe, "Palm-Fringed Benefits". 另参见: 878 HC Deb., col. 82, Written Answers, and *The Times*, 8 May 1985, p. 6 (Danish claims) and the *Guardian*, 1 May 1985, p. 30 (Icelandic claims). 英国 1955 年宣布对无人居住的罗科尔岛领有主权,并由 1972 年《罗科尔岛法》加以确认,UKMIL, 68 BYIL, 1997, p. 589. 英国国务大臣宣称,罗科尔岛周围的 12 海里领海符合 1982 年公约的规定,除爱尔兰共和国外,没有理由相信不会为国际社会所接受,UKMIL, 60 BYIL, 1989, p. 666. 英国 1976 年在《渔业界限法》中主张罗科尔岛周围有 200 海里渔区,但在参加 1982 年《海洋法公约》后撤回了这一主张,仍重申了 12 海里的领海。参见: UKMIL, 68 BYIL, 1997, pp. 599—600 and UKMIL, 71 BYIL, 2000, p. 601.

[62] 参见,例如: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 163—4, and J. I. Charney, "Rocks tha Cannot Sustain Human Habitation", 93 AJIL, 1999, p. 873.

[63] Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 164.

群岛国[64]

566 由于由许多岛屿构成的国家试图沿其岛屿的外部界限划定直线基线，从而将整个领土包围起来，因此引发了一些问题。特别是印度尼西亚，由于其试图用此方法将先前用作航道的大面积公海区域变成群岛国的主权范围，因此遭到许多国家的反对。[65]

关于哪些国际法原则适用于群岛国的情况存在很大的争议，而 1958 年日内瓦公约也没有明确提及这一问题。[66] 第 46 条第 1 款将群岛国定义为“全部由一个或多个群岛构成的国家，并可包括其他岛屿”；同时，第 46 条第 2 款将群岛定义为“一群岛屿，包括若干岛屿的若干部分、相连的水域和其他自然地形，彼此密切相关，以致这种岛屿、水域和其他自然地形在本质上构成一个地理、经济和政治的实体，或在历史上已被视为这种实体”。然而，那些在客观上符合该定义的国家是否可以因此而自动被视为群岛国呢？似乎符合该定义但尚未宣布自己为群岛国的国家包括英国和日本。[67] 巴林在“卡塔尔诉巴林”案中主张它构成一个“事实上的群岛国或多岛国”，可以按照 1982 年《海洋法公约》宣布自己为群岛国，从而可以利用第 47 条中的直线基线规则。然而，国际法院指出，该主张并未包括在巴林的正式诉求中，因此它不需要在此问题上发表意见。[68] 第 47 条规定群岛国可划定连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点的直线群岛基线，然后可以将其作为实现其他目的的相关基线。但是，在这样做之前，还必须满足第 47 条规定的许多条件：

567 1. 群岛国可划定连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点的直线群岛基线，但这种基线应包括主要的岛屿和一个区域，在该区域内，水域面积和包括环礁在

---

〔64〕 参见，例如：Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 8; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 6; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 6; Bowett, *Legal Regime*, chapter 4; C. F. Amerasinghe, "The Problem of Archipelagos in the International Law of the Sea", 23 ICLQ, 1974, p. 539, and D. P. O'Connell, "Mid-Ocean Archipelagos in International Law", 45 BYIL, 1971, p. 1.

〔65〕 O'Connell, "Mid-Ocean Archipelagos", pp. 23—4, 45—7 and 51, and Whiteman, *Digest*, vol. IV, p. 284. 另参见：the Indonesian Act No. 4 of 18 February 1960 Concerning Indonesian Waters, extracted in Brown, *International Law of the Sea*, vol. II, p. 98; the Philippines Act to Define the Baselines of the Territorial Sea of the Philippines, Act No. 3046 of 17 June 1961, and the Philippines Declaration with respect to the 1982 Convention, 同上，第 100—1 页（苏联和澳大利亚的反对，同上，第 101—2 页）. 关于美国对菲律宾声明的反对，参见 Cumulative DUSPIL 1981—8, vol. II, p. 1066, 对有关法罗群岛、加拉帕戈斯群岛、葡萄牙和苏丹主张的反对，Roach and Smith, *United States Responses*, pp. 112 及其以下。

〔66〕 但有关“沿岸群岛”，参见 1958 年《领海公约》第 4 条。

〔67〕 参见，例如：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 121.

〔68〕 ICJ Reports, 2001, paras. 181—3.

内的陆地面积的比例应在一比一到九比一之间。

2. 这种基线的长度不应超过一百海里。但围绕任何群岛的基线总数中至多百分之三可超过该长度,最长以一百二十五海里为限。

3. 这种基线的划定不应在任何明显的程度上偏离群岛的一般轮廓。

4. 除在低潮高地上筑有永久高于海平面的灯塔或类似设施,或者低潮高地全部或一部与最近的岛屿的距离不超过领海的宽度外,这种基线的划定不应以低潮高地为起讫点。

5. 群岛国不应采用一种基线制度,致使另一国的领海同公海或专属经济区隔断。

6. 如果群岛国的群岛水域的一部分位于一个直接相邻国家的两个部分之间,该邻国传统上在该水域内行使的现有权利和一切其他合法利益以及两国间协定所规定的一切权利,均应继续,并予以尊重。

7. 为计算第 1 款规定的水域与陆地的比例的目的,陆地面积可包括位于岛屿和环礁的岸礁以内的水域,其中包括位于陡侧海台周围的一系列灰岩岛和干礁所包围或几乎包围的海台的那一部分。

8. 按照本条划定的基线,应在足以确定这些线的位置的一种或几种比例尺的海图上标出。或者,可以用列出各点的地理坐标并注明大地基准点的表来代替。

9. 群岛国应将这种海图或地理坐标表妥为公布,并应将各该海图或坐标表的一份副本交存于联合国秘书长。

此类基线内的全部水域为群岛水域[69],群岛国对此享有主权[70],但必须尊重现有协定、传统捕鱼权利和现有海底电缆。[71] 此外,所有国家的船舶均享有通过群岛水域的 568
无害通过权[72],而所有船舶和飞机均享有在这种由群岛国指定的海道和空中航道内"继续不停和迅速通过"的群岛海道通过权。[73]

有报道说印度尼西亚 1988 年封闭了巽他海峡和龙目海峡,而作为回应,美国强调 1982 年公约有关群岛国的规定反映了习惯国际法,这些海峡应适用群岛海道通过制度。因此,任何对此类通过的干预都将违反国际法。[74]

---

〔69〕 第 50 条规定群岛国可在其群岛水域内用封闭线划定内水的界限。

〔70〕 第 49 条。

〔71〕 第 51 条。

〔72〕 第 52 条。

〔73〕 第 53 条。关于近来的国家实践,参见 Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 125 及其以下。

〔74〕 83 AJIL, 1989, pp. 559—61. 另参见: Cumulative DUSPIL 1981—8, vol. II, p. 2060.

领海的宽度[75]

关于领海可以从基线延伸多远的问题历史上存在很大争议。最初，按照“大炮射程”规则确定的宽度需要根据岸基大炮的射程而定，但在19世纪初，这转变为3海里的规则。该规则特别受到美国和英国的支持，而任何偏离都需要由历史性权利和一般默认加以证明，例如斯堪的纳维亚国家对4海里的主张。[76]

然而，由于许多沿海国主张出于特定目的而行使某些管辖权，如捕鱼、海关和移民控制，致使这一问题变得十分混乱。直到第一次世界大战后才将主张扩大领海宽度与主张特定区域清楚地区别开来。

近来3海里规则已经不再是一个一般适用的规则，而是被其他的主张所取代。由于国家之间的分歧，1958年《日内瓦领海公约》没有就此问题作出规定，而1960年日内瓦会
569 议以一票之差未能采纳美国和加拿大提出的6海里领海配以6海里专属渔区的提议。[77]

然而，1982年公约第3条指出，每一国家有权确定其领海的宽度，直至从基线量起不超过12海里的界限为止。这完全符合不断发展的国家实践。[78] 例如，英国在其1987年《领海法》中采用了12海里的界限，而美国则通过1988年12月的第5928号公告实现了这一转变。[79]

领海的法律性质[80]

领海附属于沿海国的领土主权，因此自动属于沿海国。例如，所有（有海岸）的新独

---

〔75〕 参见，例如：Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 43; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 71及其以下, and O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 4. 另参见：*Oppenheim's International Law*, p. 611.

〔76〕 参见，例如：H. S. K. Kent, “Historical Origins of the Three-Mile Limit”, 48 AJIL, 1954, p. 537, and The *Anna* (1805) 165 ER 809. 另参见：*US v. Kessler* 1 Baldwin's C C Rep. 15 (1829).

〔77〕 参见：O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 163—4.

〔78〕 皇家海军水道测量局2008年1月1日发布的通知显示，156个国家或领土主张12海里领海，16个国家或领土主张小于12海里的领海，而只有7个国家主张超过12海里的领海：参见 www. ukho. gov. uk/content/amdAttachments/2008/annual nms/12. pdf。联合国发布的各国海洋主张一览表显示，截止2007年10月24日，141个国家主张12海里或小于12海里的领海，而8个国家主张超过12海里的领海。参见：A/56/58 and www. un. org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/.

〔79〕 关于领海划界，参见下文，第591页。

〔80〕 参见：Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 6; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 3. 另参见：Brownlie, *Principles*, pp. 186及其以下, and Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 4.

立国家独立时都享有对领海的权利。[81] 关于沿海国领海的法律性质曾存在多种理论，从将领海视为共有物的一部分而沿海国在此行使某些权利，到将领海看作沿海国领土的一部分而受外国船舶无害通过权的限制。[82] 但是，考虑到有关的国际法规则，无可置疑的是，沿海国对其海水带享有主权权利并进行广泛的管辖和控制。对沿海国主权的根本限制是其他国家无害通过领海的权利，而这将领海与该国的内水区分开来：内水完全处于沿海国不受限制的管辖之下。

1958 年《领海公约》第 1 和第 2 条规定，[83] 沿海国的主权及于其领海以及领海的上 570
空、海床和底土，但受本公约和国际法规则的限制。领海构成其所邻接的陆地领土的无可置疑的一部分，因此，割让陆地将自动包括任何领水带。[84]

如果沿海国愿意，它可以不允许外国国民和船舶在其领海内捕鱼和（除非有相反的协议）从事沿岸贸易（即所谓的沿海贸易权），并将这些活动保留给本国国民。

同样的，沿海国对包括安全和海关在内的事务享有广泛的控制权。但应当指出的是，一国选择在多大程度上行使其依照国际法原则可以主张的管辖权和主权将取决于其国内法的规定，而一些国家并不希望完全行使国际法律体系所许可的权力。[85]

无害通过权

尽管沿海国享有主权，但是外国商船（不同于军舰）不受妨碍地通过某海岸领海的权利是习惯国际法中早已承认的一项原则。然而，该理论的确切范围模糊不清并被加以各种不同的解释，特别是关于通过必须是“无害”的这一要求。[86] 1982 年公约第 17 条规定了如下原则：“所有国家，不论为沿海国或内陆国，其船舶均享有无害通过领海的权利。”

1958 年《领海公约》第 14 条对这一理论做了详细规定，强调沿海国决不能妨碍无害 571
通过，并应将其所知的在其领海内对航行有危险的任何情况加以公布。通过被界定为穿

---

〔81〕 *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 234.

〔82〕 O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 60—7.

〔83〕 另参见 1982 年公约第 2 条。

〔84〕 参见：the *Grisbadarna* case, 11 RIAA, p. 147 (1909) 和 the *Beagle Channel* case, HMSO, 1977; 52 ILR, p. 93. 另参见：Judge McNair, *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, pp. 116, 160; 18 ILR, pp. 86, 113.

〔85〕 另参见：*R v. Keyn* (1876) 2 Ex. D. 63 以及随后的 1878 年《领水管辖法》。

〔86〕 参见：Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 53 及其以下；Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 82 及其以下，and O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 7. 另参见：*Oppenheim's International Law*, p. 615.

过领海但不进入内水，或驶往或驶出内水而穿越领海的航行。通过可以包括临时停船，但以通常航行所附带发生的或由于遇难或不可抗力所必要的为限。[87]

沿海国不应以此种通过为理由而征收任何费用，除非它们是作为提供特定服务的报酬[88]，而通过的船舶应遵守沿海国有关航行等的符合国际法的规章。[89]

根据1958年公约第14条第4款，如果通过“损害沿海国的和平、良好秩序和安全”，或是外国渔船不遵守沿海国为防止这些船舶在领海内捕鱼而制定和公布的法律和规章，则通过就不再是无害的了。此外，潜艇必须在海面上航行并展示其国旗。

如果通过是非无害的，那么沿海国可以在其领海内采取步骤加以防止，而如果船舶正在向内水航行，则沿海国可以采取步骤以防止违反准许此类船舶进入内水的条件。如为保护国家安全而有必要，沿海国可暂时停止外国船舶的无害通过，这种停止仅应在公布后发生效力，而且不能包括国际海峡。

1982年公约第19条第2款发展了1958年公约第14条第4款中无害通过的概念，规定了非无害通过的情况，例如武力威胁或使用武力、武器试验、间谍行为、宣传行为、违反海关、财政、移民或卫生的规章、故意和严重的污染行为、捕鱼活动、研究或测量活动、干扰沿海国通讯或其他设施的行为。此外，一个范围广泛的条款包括“与通过没有直接关系的任何其他活动”。这似乎将与无害通过有关的举证责任从沿海国转移到另一方，
572 而且确定起来也有些困难。根据1982年公约第24条，沿海国不应妨碍外国船舶的无害通过，既不应对它们强加要求，其实际后果等于否定或损害这一权利，也不应加以歧视。1958年《日内瓦领海公约》第17条规定，行使无害通过权的外国船舶应遵守沿海国制定的法律和规章，尤其是那些与运输和航行有关的法律和规章。而1982年公约第21条第1款对此进行了发展，明确规定沿海国可对下列各项制定关于无害通过领海的法律和规章：

(a) 航行安全及海上交通管理；

(b) 保护助航设备和设施以及其他设施或设备；

(c) 保护电缆和管道；

(d) 养护海洋生物资源；

(e) 防止违犯沿海国的渔业法律和规章；

---

〔87〕 参见：1982年公约第18条。通过包括为停靠内水外的碇泊处或港口设施而穿过领海：第18条第1款和参见：the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 12, 111; 76 ILR, p. 1.

〔88〕 1982年公约第26条。

〔89〕 参见1982年公约第21条第4款。

(f) 保全沿海国的环境,并防止、减少和控制该环境受污染;

(g) 海洋科学研究和水文测量;

(h) 防止违犯沿海国的海关、财政、移民或卫生的法律和规章。

违反上述法律和规章将使得违法者被追诉,但是,除非违反第 19 条[90],否则不会使通过成为非无害通过。

围绕这一问题的一个十分重要的争论是,军舰在和平时期的通过是否是无害的。[91]这一问题由于 1958 年《领海公约》中没有包含一个相关的专门条款而变得更为复杂,但一系列有关无害通过的条款的标题是"适用于一切船舶的规则"。这使得一些学者借助于推理主张包括军舰,但其他学者则坚持认为,这样重要的问题不能简单的通过忽略和推理加以解决,特别是考虑到许多国家对该公约提出了保留以拒绝无害通过原则适用于军舰,以及鉴于对 1958 年日内瓦公约各种准备材料的评论。[92] 573

历史上,主要是西方国家借助于其优势的海军力量主张军舰享有无害通过权,但却遭到共产主义和第三世界国家的反对。然而,由于海军力量的迅速增长以及冷战的结束,苏联的态度发生了变化。[93]

1989 年 9 月美国与苏联联合发布了一个《关于无害通过的国际法规则的统一解释》[94],重申 1982 年公约体现了国际法的有关规则,然后规定:

> 所有船舶,包括军舰,不论其货物、装备或推进方式如何,都按照国际法享有无害通过领海的权利,而无需事先通知或授权。

该文件指出,如果通过领海的军舰没有从事任何第 19 条第 2 款所规定的行为,那么它"就是在无害通过",因为该款的规定是详尽无遗的。如果沿海国根据 1982 年公约第 21、22、23 和 25 条制定的法律和规章不具有否定或损害无害通过权行使的实际后果,那

---

〔90〕 根据 1982 年公约第 22 条,沿海国可在其领海内指定海道和实行分道通航制。有关英国周围分道通航制的详情,参见 UKMIL, 64 BYIL, 1993, p. 688.

〔91〕 参见,例如: O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 274—97. 另参见: *Oppenheim's International Law*, p. 618.

〔92〕 O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 290—2. 另参见: Brownlie, *Principles*, pp. 188—9.

〔93〕 另参见: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 54—6. 第三次海洋法会议没有解决该问题,因此在 1982 年公约中也未出现。然而,值得注意的是,西方和共产主义国家在会议的早期阶段都建议提及军舰:参见: UNCLOS III, Official Records, vol. III, pp. 183, 203, 192 and 196. 另参见:1975 年《非正式单一协商案文》第 29 条第 2 款。美国在其四艘军舰通过苏联在克里米亚海岸外的领水事件发生后坚称军舰的无害通过权: 参见: *The Times*, 19 March 1986, p. 5.

〔94〕 参见: 84 AJIL, 1990, p. 239.

么通过中的船舶有义务遵守此种法律和规章。

该重要文件强调了如下观点,即第 19 条第 2 款所列举的行为是详尽无遗的,因此只要一艘通过领海的船舶没有从事任何这样的行为,那它就是在无害通过。它同样大大加
574 强了军舰实际上享有无害通过领海的权利而不需要事先通知或批准的观点。[95]

对外国船舶的管辖权[96]

沿海国只有在特定情形下才能在通过领海的外国船舶上行使刑事管辖权,以逮捕与在该船舶通过期间船上所犯任何罪行有关的任何人或进行与该罪行有关的任何调查。这些情形规定在 1982 年公约第 27 条第 1 款中,它重申了 1958 年《领海公约》第 19 条第 1 款:

> (a) 如果罪行的后果及于沿海国;或(b) 如果罪行属于扰乱当地安宁或领海的良好秩序的性质;或(c) 如果经船长或船旗国外交代表或领事官员请求地方当局予以协助;或(d) 如果这些措施是取缔违法贩运麻醉药品或精神调理物质所必要的。[97]

然而,对于驶离沿海国内水后通过领海的船舶,沿海国可以为逮捕或调查的目的而采取其法律所授权的任何步骤而不受第 27 条第 1 款的限制。但是,如果该船不驶入内水或未曾驶入内水,则沿海国当局不得对该船舶驶进领海前所犯的罪行采取步骤。

根据 1982 年公约第 28 条,沿海国不应为了对通过领海的外国船舶上某人行使民事管辖权的目的而停止其航行或改变其航向,也不应对船舶从事执行或加以逮捕,除非涉及该船舶本身在通过沿海国水域的航行中或为该航行的目的而承担的义务,或者除非该船是在驶离内水后通过领海的。然而,上述规则不妨害沿海国为任何民事诉讼的目的而对在领海内停泊或驶离内水后通过领海的船舶从事执行或加以逮捕的权利。[98]

军舰和其他用于非商业目的的政府船舶不受沿海国管辖,如果它们违反了有关通过

---

〔95〕 另参见: Cumulative DUSPIL 1981—8, vol. II, 第 1844 页及其以下, 以及 UKMIL, 65 BYIL, 1994, pp. 642—7. 关于一些国家主张核动力船舶以及装载核物质的船舶通过领水需要事先批准或事先同意,另参见 Cumulative DUSPIL 1981—8, vol. II, p. 1854. 关于英国对要求装载危险废物的船舶通过获得事先批准或同意的观点,另参见 UKMIL, 62 BYIL, 1991, pp. 632—3.

〔96〕 例如参见: O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapters 23 and 24. 另参见: *Oppenheim's International Law*, p. 620, and Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 62. 注意,这些规则适用于外国船舶和政府的商业船舶。

〔97〕 后半句是 1982 年公约第 27 条第 1 款增加的。

〔98〕 另参见:1958 年《领海及毗连区公约》第 20 条。

的规则,沿海国可要求其立即离开领海,而其船旗国将为沿海国由此所遭受的损失或损害负国际责任。[99]

国际海峡[100]

1958 年《领海公约》第 16 条第 4 款宣布:

> 在公海的一个部分和公海的另一部分或一外国领海之间的用于国际航行的海峡中,不得停止外国船舶的无害通过。

这一规定应当与"科孚海峡"案[101]的判决结合起来加以理解。该案中,英国军舰在通过海峡时受到阿尔巴尼亚机关枪的射击。几个月后,一支由巡洋舰和驱逐舰组成的有争议的舰队通过北科孚海峡,其中两艘军舰触雷并受到严重损害。这使得英国当局 3 周后在该海峡水域进行扫雷活动,并发现约 20 枚德制水雷。国际法院在一个被多次引用 576
的段落中强调说:

> 只要通过是无害的,各国在和平时期有权派军舰通过位于公海两部分之间的用于国际航行的海峡,而不用事先取得沿岸国的许可。[102]

它还指出,扫雷活动绝不是"无害的",实际上是对阿尔巴尼亚主权的侵犯,但英国

---

〔99〕 1982 年公约第 29—32 条。另参见:1958 年《领海及毗连区公约》第 21—3 条。

〔100〕 参见,例如: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 7; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 5; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 8; R. Lapidoth, *Les Détroits en Droit International*, Paris, 1972; T. L. Koh, *Straits in International Navigation*, London, 1982; J. N. Moore, "The Regime of Straits and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea", 74 AJIL, 1980, p. 77; W. M. Reisman, "The Regime of Straits and National Security", 同上, p. 48; H. Caminos, "Le Régime des Détroits dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le Droit de laMer", 205 HR, 1987 V, p. 9; S. N. Nandan and D. H. Anderson, "Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the UN Convention on the Law of the Sea 1982", 60 BYIL, 1989, p. 159; *Oppenheim's International Law*, p. 633; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 1168, and B. B. Jia, *The Regime of Straits in International Law*, Oxford, 1998.

〔101〕 ICJ Reports, 1949, p. 4; 16 AD, p. 155.

〔102〕 同上,第 28 页;16 AD, p. 161. 法院强调,关于"海峡"定义的决定性标准是海峡连接公海两个部分的地理位置,以及它实际用于国际航行的事实,同上。值得注意的是,第 16 条第 4 款将从公海到一国领海的无害通过的权利增加为习惯权利。这对通过蒂朗海峡到达以色列港口埃拉特的问题具有特殊重要性:进一步参见注释 115。

军舰先前的通过是合法的。[103]

1982 年公约为用于国际航行的海峡确立了新的制度,并重申了如下原则,即构成这种海峡的水域的法律地位不受有关通过制度规定的影响。[104]

在公海或专属经济区的一部分和公海或专属经济区的另一部分之间用于国际航行的海峡中,确立了新的过境通行权。[105] 它包括专为继续不停和迅速过境的目的而行使航行和飞越的自由,但并不排除为驶入或驶离海峡沿岸国的目的而通过海峡。[106] 有关的海峡沿岸国不应妨碍或停止过境通行。[107]

这一权利有三个例外:根据第 36 条,如果在海峡中有在航行方面同样方便的一条穿过公海或专属经济区的航道;根据第 38 条第 1 款,如果海峡是由海峡沿岸国的一个岛屿和该国大陆形成的,而且该岛向海一面有在航行方面同样方便的一条穿过公海或专属经
577 济区的航道;根据第 45 条,如果海峡是在公海或专属经济区的一部分和第三国领海之间。过境通行的船舶和飞机应遵守有关的国际法规则,除因不可抗力或遇难而有必要外,不得从事其继续不停和迅速过境的通常方式所附带发生的活动以外的任何活动。[108] 因此,尽管没有"无害"过境通行的正式要求,但第 38 和 39 条的效果似乎使得过境通行受到同样的限制。根据第 45 条,在按照 38 条第 1 款不适用过境通行制度的用于国际航行的海峡中,以及在公海或专属经济区的一个部分和外国领海之间的国际海峡将适用无害通过制度。在这种情况下,无害通过权不应予以停止。[109] 过境通行制度特别允许飞机通过,可能还包括水下潜艇,同时对通过中的行为也较少限制,而沿海国控制通过的权力也比无害通过小得多。[110] 过境通行不能由于安全或任何其他理由而被停止。[111]

过境通行权是否已经成为习惯法尚不清楚。实践也很模糊。[112] 一些国家已经明确规定了通过国际海峡的权利。英国 1987 年将其领海扩展为 12 海里的一个后果是,原来

---

〔103〕 同上,第 30—1、33 页;16 AD, pp. 163, 166. 注意该案件的最终解决,UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 781.

〔104〕 第 34 和 35 条。

〔105〕 第 37 条。另参见: R. P. Anand, "Transit Passage and Overflight in International Straits", 26, *Indian Journal of International Law*, 1986, p. 72, 以及 *Oppenheim's International Law*, p. 636.

〔106〕 第 38 条。

〔107〕 第 44 条。

〔108〕 第 39 条。根据第 41 和 42 条,沿海国可以为国际海峡的航行指定海道和规定分道通航制。

〔109〕 第 45 条第 2 款。

〔110〕 参见:第 38—42 条。关于领海的无害通过制、过境通行制和群岛海道通过制之间的区别,参见 Nandan and Anderson, "Straits", p. 169.

〔111〕 第 44 条。

〔112〕 参见: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 113, 但比较:O. Schachter, "International Law in Theory and Practice", 178 HR, 1982, pp. 9, 281.

位于多佛尔海峡中的公海走廊消失了。第二年,英国同法国签署了关于划分多佛尔海峡中领海边界的协定,并发表了一个联合宣言,其中两国政府承认:

> 在多佛尔海峡中,商船、国家船舶,特别是军舰,享有按其通常的航行方式不受妨害地过境通行的权利,而飞机有飞越的权利。双方认为,根据国际法规则中有关调整这一制度的原则,此类通过应当以继续不停和迅速前进的方式进行。[113]

许多海峡适用特殊制度,因此不受上述规定的影响。[114] 一个重要的例子是1936年 578
规制博斯普鲁斯和达达尼尔海峡的《蒙特勒公约》。该公约规定商船在和平时期享有完全的过境或航行自由,而某些军舰在给予土耳其事先通知的前提下享有在白天过境的自由。[115]

毗连区[116]

历史上一些国家曾主张对公海区域行使某些权利。尽管只能用于特定的目的,但由于沿海国的管辖权扩展到与领海毗连的公海区域,因此公海自由原则受到某些减损。建立或主张此类受限制的管辖区域有许多原因:例如,防止违反沿海国的海关、移民或卫生的法律,或养护特定区域的渔业资源,或使沿海国能够对所主张的区域内的资源享有专属的或是主要的权利。

它们在各种情况下都使得沿海国得以保护其视为生死攸关的或重要的利益而无需

---

[113] Cmnd 557. 另参见: 38 ICLQ, 1989, pp. 416—17 and AFDI, 1988, p. 727.

[114] 第35条(c)。

[115] 参见,例如: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, 第114页及其以下。另参见: UKMIL, 57 BYIL, 1986, p. 581, and F. A. Vali, The Turkish Straits and NATO, Stanford, 1972. 注意,有关以色列和其阿拉伯邻国间关于蒂朗海峡和亚喀巴湾的争端,和约中专门进行了规定。1979年以色列/埃及和约第5条(2)以及1994年以色列/约旦和约第14条第3款都确认,该海峡和海湾是国际水域,对所有国家开放,航行和飞越的自由不受妨害和不被停止。关于美国/苏联有关白令海峡区域的协定,参见 28 ILM, 1989, p. 1429. 关于芬兰和丹麦之间的大贝尔特争端,参见 M. Koskenniemi, "L" Affaire du Passage par le Grand-Belt', AFDI, 1992, p. 905. 有关其他特殊海峡,参见,例如 S. C. Truver, *Gibraltar and the Mediterranean*, Alphen, 1982; M. A. Morris, *The Strait of Magellan*, Dordrecht, 1989; G. Alexander, *The Baltic Straits*, Alphen, 1982, and M. Leiffer, *Malacca, Singapore and Indonesia*, Alphen, 1978.

[116] 参见: A. V. Lowe, "The Development of the Concept of the Contiguous Zone", 52 BYIL, 1981, p. 109; Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 9; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 7, and O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. II, chapter 27. 另参见: S. Oda, "The Concept of the Contiguous Zone", ICLQ, 1962, p. 131; *Oppenheim's InternationalLaw*, p. 625, and Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 1174.

579 进一步向公海扩展其领海边界。这样就在沿海国的利益和试图维持公海地位的其他海洋国家的利益之间达成妥协,在相互对立的主张之间取得了平衡。然而,在领海以外扩张权利已经不仅限于防止违反特定的国内法律,而是逐渐成为沿海国借助海洋资源维持和发展其经济利益的一种手段。毗连区(即毗连领海的区域)的思想实际上建基于1930年法国学者日德尔提出的权威和一致的理论[117],并出现在《领海公约》中。第24条宣称:

> 沿海国可在毗连其领海的公海区域内,行使为下列事项所必要的管制:
> (a) 防止在其领土或领海内违反其海关、财政、移民或卫生的规章;
> (b) 惩治在其领土或领海内违反上述规章的行为。

这样,通过指出作为公海的一部分而沿海国可以在其中行使特定的权利,此种毗连区与沿海国拥有完全主权的领海明显不同。它不像领海那样自动附属于国家的陆地领土,毗连区需要专门主张。

卫生和移民的法律是较晚才成为可以在公海的一些区域内执行的权利,而且可以认为是源于对海关规章的类推,实际上,它们是在1958年公约后才成为正当的。另一方面,海关区具有很长的历史,并为习惯国际法所认可。为了打击猖獗的走私活动,包括英国和美国在内的许多国家多年前就立法在其狭窄的3海里或4海里领水以外的某些区域执行海关规章。[118]

580 然而,毗连区从测算领海的基线量起最大不得超过12海里。因此,如果沿海国已经主张了12海里的领海,那么就不会发生毗连区的问题。

这一限制连同对海关、卫生和移民事项管辖权的限制是近年来导致毗连区问题在国际事务中温度下降的原因。但是,根据1982年公约第33条,沿海国(出于同1958年规定同样的目的)可以主张从基线量起24海里的毗连区。鉴于12海里的领海已被接受,因此为保存这一概念需要做这样的扩展。一个关键的区别是,毗连区在1958年体系下是公海的一部分,而根据1982年公约它构成专属经济区制度的一部分。[119] 显然,这将对这一区域的性质产生影响。

---

[117] A. Gidel, "La Mer Territoriale et la Zone Contigue", 48 HR, 1934, pp. 137, 241.

[118] 例如,英国18和19世纪的《游弋法》。参见:O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. II, pp. 1034—8, 以及美国的类似立法,同上,第1038页及其以下。

[119] 参见第55条,它规定专属经济区是"领海以外并邻接领海的一个区域"。皇家海军水道测量局2008年1月1日发布的通知显示,81个国家或领土主张毗连区:参见 www. ukho. gov. uk/content/amdAttachments/2008/annual nms/12. pdf.

专属经济区[120]

这一区域源于早期的试探性主张，特别是与渔区有关的主张[121]，并在1982年公约的谈判过程中发展起来。[122] 它是那些寻求200海里领海的国家与那些希望更加严格地限制沿海国权力的国家之间的妥协。

主张200海里专属经济区的一个主要原因是关于渔区的争论。1958年《日内瓦领海公约》未能就创设渔区达成一致，而公约第24条也没有在毗连区内给予专属捕鱼权。 581
然而，越来越多的国家已经主张宽度千差万别的渔区。1964年《欧洲渔业公约》（英国1964年制定了《渔业界限法》以实施该公约）规定，沿海国在从领海基线量起6海里的水域中享有专属捕鱼权和对渔业事项的专属管辖权；而在从基线量起6至12海里的水域中，公约的其他当事国有捕鱼权，条件是它们在从1953年1月至1962年12月期间经常在该水域中捕鱼。该规定试图调和沿海国和其他能够证明在相关水域有习惯性捕鱼活动的国家之间的利益。鉴于许多国家已经纷纷接受了12海里的专属渔区——或是为它们自己，或是为一些其他国家，似乎有关该问题已经产生了一条国际法规则。其实，国际法院在“渔业管辖权”案（the *Fisheries Jurisdiction* cases）[123] 中就曾指出，渔区的概念，即一国可以不依赖其领海而为此目的主张专属管辖权的区域，已经在近年，特别是自1960年日内瓦会议之后，发展成习惯法，而“从基线量起至12海里界限的渔区范围现在似乎已被普遍接受”。就12海里而言这是清楚的，但问题是国际法是否承认这一区域可以超过12海里。

出于那些对其海岸周围的渔业资源的削减将产生的长期影响的忧虑，冰岛1972年

---

[120] 参见，例如：*The Exclusive Economic Zone and the United Nations Law of the Sea Convention, 1982—2000* (eds. E. Franckx and P. Gautier), Brussels, 2003; Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapters 10 and 11; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 9; D. J. Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford, 1986; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 15; *Oppenheim's International Law*, p. 782, and Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 1175. 另见：F. Orrego Vicuña, "La Zone É conomique Exclusive", 199 HR, 1986 IV, p. 9; Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone, Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge, 1989; B. Kwiatowska, *The 200Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Dordrecht, 1989; R. W. Smith, *Exclusive Economic Zone Claims. An Analysis and Primary Documents*, Dordrecht, 1986, and F. Rigaldies, "La Zone É conomique Exclusive dans la Pratique des É tats", Canadian YIL, 1997, p. 3.

[121] O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I. chapter 14.

[122] 同上，第559页及其以下。

[123] ICJ Reports, 1974, pp. 8, 175; 55 ILR, p. 238.

单方面宣布了50海里的专属渔区。英国和联邦德国将该问题提交国际法院，并特别请求法院裁判冰岛的主张是否与国际法相背。

法院没有回答该问题，但的确认为，冰岛扩展渔区的渔业规章不能拘束英国和德国，因为它们从未默认。然而法院暗示其判决是建立在如下事实基础之上的，即没有任何国际法规则允许建立50海里的渔区。同样，似乎也没有任何规则禁止主张超过12海里的渔区，而此类主张的有效性取决于案件的一切有关事实以及其他国家认可的程度。

582 但是法院强调了优先权的概念，将其视为习惯国际法的一个原则。如果沿海国"特别依赖于沿岸渔业"的话，就会产生此项权利。[124] 但是这一概念被在联合国会议上的发展和1982年公约推翻了。1982年《公约》第55条规定，专属经济区是领海以外并邻接领海的一个区域，受本公约规定的特定法律制度的限制。

根据第56条，沿海国在专属经济区内除其他外有：

> (a) 以勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源(不论为生物[125]或非生物资源)为目的的主权权利，以及关于在该区内从事经济性开发和勘探，如利用海水、海流和风力生产能等其他活动的主权权利；(b) 对下列事项的管辖权：(1) 人工岛屿、设施和结构的建造和使用[126]；(2) 海洋科学研究[127]；(3) 海洋环境的保护和保全。[128]

第55条规定该区域从领海的外部界限开始，但根据第57条，专属经济区从测算领海宽度的基线量起不应超过200海里。因此，如果领海为12海里的话，那么该区域本身实际上将不会超过188海里；但如果沿海国的领海小于12海里，则专属经济区会变宽。如果邻国之间的有关水域小于400海里，则需要划界。[129] 岛屿有经济区，除非它们全部由不能维持人类居住的岩礁构成。[130]

第58条规定了其他国家在专属经济区内的权利和义务。它们基本上是公海的航行、飞越以及铺设海底电缆和管道的自由。该条还规定，各国在行使其权利和履行其义
583 务时应适当顾及沿海国的权利、义务和法律。在就该区域内的权利和管辖权的归属发生

---

[124] ICJ Reports, 1974, pp. 23—9; 55 ILR, p. 258.

[125] 另参见：第61—9条。

[126] 另参见：第60条。

[127] 进一步参见公约第十三部分，以及参见：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 15.

[128] 进一步参见公约第十二部分，以及参见：Churchill and Lowe, Law of the Sea, chapter 14.

[129] 参见下文，第590页。

[130] 第121条第3款。另参见：Qatar v. Bahrain, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 97 以及上文第565页。

冲突的情形下，应在公平的基础上并参照一切有关情况加以解决。[131] 第60条第2款规定，在专属经济区内，沿海国有权将海关的法律和规章适用于人工岛屿、设施和结构。国际海洋法法庭在“赛加号”案（第2号）（可接受性和实质问题）（*M/V Saiga*（*No. 2*）（*Admissibility and Merits*））中认为，沿海国无权将其海关法适用于经济区的其他部分。[132] 因此，由于将经济区包括在其海关法的适用范围内，几内亚已经违反了《海洋法公约》。[133]

各种各样的国家都已在过去的20年里主张了200海里的专属经济区。[134] 许多尚未主张的国家也已宣布了渔区。[135] 如此大量和广泛的国家主张经济区，似乎专属经济区作为一个习惯法规则的存在已经牢牢确立起来了。国际法院在“利比亚/马耳他大陆架”案[136]的评论中也强调了这一点，即“专属经济区制度……已经由国家实践显示成为了习惯法的一部分”。[137]

除了这种区域，国家也在各海域宣布了其他一些区域。例如，加拿大沿其北冰洋海岸线主张一个100海里宽的特殊区域为无污染区。[138] 一些国家也主张所谓的安全区或 584
中立区[139]，但这些主张从未被正式接受而且数量稀少。

按照1990年6月1日《美国和苏联海洋边界协定》所做的一项特殊安排，每一方都可以在海洋边界另一方的“特殊区域”内行使来自另一方专属经济区管辖权的主权权利

---

〔131〕 第59条。

〔132〕 120 ILR, pp. 143, 190.

〔133〕 同上，第192页。

〔134〕 皇家海军水道测量局2008年1月1日发布的公告显示，126个国家和领土已经宣布了200海里经济区，参见：www. ukho. gov. uk/content/amdAttachments/2008/annual nms/12. pdf. 似乎没有国家主张其他宽度的经济区。然而，美国1983年3月的专属经济区宣言中没有主张对该区域内海洋科学研究的管辖权，22 ILM, 1983, 第461页及其以下。1992年9月22日，8个北海沿岸国家和欧洲共同体通过了《协调扩张北海管辖权宣言》，一致同意尚未建立专属经济区的国家要建立该区域。UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 755.

〔135〕 皇家海军水道测量局2008年1月1日发布的公告显示，45个国家和领土已经宣布了最大为200海里的各种宽度的渔区：参见 www. ukho. gov. uk/content/amdAttachments/2008/annual nms/12. pdf.

〔136〕 ICJ Reports, 1985, p. 13; 81 ILR, p. 238.

〔137〕 ICJ Reports, 1985, p. 33; 81 ILR, p. 265. 另参见：the *Tunisia/Libya* case, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 74; 67 ILR, pp. 4, 67.

〔138〕 参见：O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. II, pp. 1022—5. 另见：1970年《加拿大北极水域污染防止法》。美国已对这一管辖权表示反对：参见，例如：*Keesing's Contemporary Archives*, pp. 23961 and 24129. 加拿大1985年9月重申了这一主张，同上，第33984页。

〔139〕 关于北朝鲜1977年宣告50海里安全区，O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 578, 注95。关于美国反对和平时期的安全区或军事区的详细实践，参见 Cumulative DUSPIL 1981—8, vol. II, 第1750页及其以下。还应注意1982年在福克兰群岛周围建立的“排他区”：参见：22 HC Deb., cols. 296—7, 28 April 1982. 参见，例如：R. P. Barston and P. W. Birnie, “The *Falkland Islands/Islas Malvinas* Conflict. A Question of Zones”, 7 Marine Policy, 1983, p. 14.

和管辖权,以确保位于每一方海岸200海里范围内的所有区域都受到一方或另一方资源管辖权的控制。这样,似乎三个位于苏联200海里经济区内的特殊区域和一个位于美国200海里经济区内的特殊区域的管辖权被交换了。[140]

大陆架[141]

大陆架是一个地质用语,指的是从大陆陆块向海扩展的水平狭长台架,其上覆水深较浅(约150—200米),但最终下沉至大洋深处(约几千米深)。这些水平的狭长台架或陆架约占海洋总面积的7%—8%,其范围在各地千差万别。例如,美国西海岸外的陆架不到5海里宽,而北海和波斯湾的整个水下区域都是由陆架构成的。

关于大陆架的最重要的事实是,它们蕴藏着丰富的石油和天然气资源,并且经常有
585 广阔的渔场。这就刺激了沿海国在第二次世界大战后的几年中对其进行瓜分,从而逐渐改变了大陆架作为公海的一部分并允许所有国家进行开发的法律地位,时至今日它已被认为专属于沿海国。

这种改变的第一步是1945的《杜鲁门公告》[142],而它又导致了一系列类似的以及更为广泛的要求。它指出了开发陆架资源的技术能力以及对这些资源建立被认可的管辖权的必要性,并宣布沿海国有许多理由行使此种管辖:首先,对大陆架海床和底土资源的利用或养护有赖于来自海岸方面的合作;其次,因为陆架本身可以被视为沿海国陆块的延伸,而其资源往往只是埋藏在领土内的矿床向海的延伸;以及最后,因为沿海国出于安全的原因有必要对其海岸外为利用陆架资源所必要的活动进行严密监控。

因此,美国政府宣布它认为"处于公海下但毗连美国海岸的大陆架的底土和海床的自然资源属于美国,受美国的管辖和控制"。但是,这绝不影响大陆架的上覆水域作为公海的地位。

该公告促成了各国对其大陆架的一系列主张,其中一些与美国的主张类似,但其他

---

[140] 84 AJIL, 1990, pp. 885—7.

[141] 参见,例如: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapters 10 and 11; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 13; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 8; Z. I. Slouka, *International Custom and the Continental Shelf*, The Hague, 1968; C. Vallée, Le Plateau Continental dans le Droit International Positi[, Paris, 1971; V. Marotta Rangel, "Le Plateau Continental dans la Convention de 1982 sur le Droit de la Mer", 194 HR, 1985 V, p. 269, and H. Lauterpacht, "Sovereignty over Submarine Areas", 27 BYIL, 1950, p. 376. 另参见: *Oppenheim's International Law*, p. 764, and Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 1183.

[142] Whiteman, *Digest*, vol. IV, p. 756.

的则远远超出了美国的主张。例如,阿根廷和萨尔瓦多不仅主张陆架,而且主张其上覆水域和水域上空。智利和秘鲁由于没有大陆架可言,因此对其海岸外 200 海里界限内的海床、底土和水域主张主权,但却遭到了许多国家的强烈反对。[143] 有关这一问题的多年讨论催生了 1958 年《日内瓦大陆架公约》。[144]

国际法院在"北海大陆架"案[145]中指出: 586

> 沿海国对构成其陆地领土向海中和海下自然延伸的大陆架区域的权利,根据其对陆地的主权以及作为其为了勘探海床和开发其自然资源的目的而行使的主权权利的延伸,是根据事实自始存在的。简言之,这是一种固有权利。

专属经济区概念的发展已经在一定程度上使该问题复杂化,因为根据 1982 年《公约》第 56 条,沿海国对其专属经济区内的所有自然资源都享有主权权利,包括海床上的资源。[146] 因此,国家对海床就有了两种权利来源[147],虽然对经济区的主张需要专门作出,而对大陆架却不需要。下面将会看到,陆架的地理范围有可能与 200 海里的经济区不同。

定义

1958 年《大陆架公约》第 1 条是根据陆架的可开发性来界定陆架的,而不是依据已被接受的地质定义,认为这一概念指的是领海以外邻接海岸的水下区域的海床和底土,直到 200 米的深度或"虽超过此限度但其上覆水域的深度容许开发该区域的自然资源"。

该规定产生了问题,因为不断发展的技术迅速地使可以开发资源的深度远远超过 200 米,而这意味着受沿海国管辖的大陆架的外部界限随之变得十分不清楚。然而,国际法院在"北海大陆架"案中认为第 1 条反映了习惯法。[148] 同样重要的是,大陆架的权利基础如今被视为地理标准,而并不依赖于诸如占领或有效控制。国际法院强调了这一 587
点,并宣称:

> 有关的海底区域实际上可以被视为该沿海国已经拥有统治权的领土的一部分,

---

[143] 同上,第 794—9 页,以及另参见: *Oppenheim's International Law*, pp. 768—9.

[144] 注意在"阿布扎比"案中,仲裁员宣称大陆架制度在 1951 年尚未成为国际法的规则,18 ILR, p. 144. (与 1949 年)相同看法的,另见: *Reference Re The Seabed and Subsoil of the Continental Shelf Offshore Newfoundland*, 5 DLR (46), p. 385 *per* Supreme Court of Canada (1984).

[145] ICJ Reports, 1969, pp. 3, 22; 41 ILR, pp. 29, 51.

[146] 参见上文,第 582 页。

[147] 注意国际法院在"利比亚/马耳他大陆架"案中说这两个概念"在现代法律中是联系在一起的", ICJ Reports, 1985, pp. 13, 33; 81 ILR, pp. 238, 265.

[148] ICJ Reports, 1969, pp. 3, 39; 41 ILR, pp. 29, 68.

也就是说,这些区域虽被海水覆盖,但却是该国领土的延伸或继续,即其在海下的扩展。[149]

然而,这一观点已经做了某种修改。1982 年公约第 76 条第 1 款将大陆架的外部界限规定为:

沿海国的大陆架包括其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸,扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土,如果从测算领海宽度的基线量起到大陆边的外缘的距离不到二百海里,则扩展到二百海里的距离。[150]

这样便规定了一个专断的、法律的,以及非地理的定义。如果大陆边的延伸实际超过了 200 海里,那么在确立该界限时就要考虑地理因素,但该界限无论如何都不应超过从基线量起 350 海里或 2500 米等深线外 100 海里。[151] 如果陆架从海岸没有延伸到 200 海里,自然延伸作为一个指导原则将由 200 海里的距离加以补充。[152] 毫不奇怪,这一复杂的公式已经造成了麻烦[153],而为了提供一个解决问题的机制,公约成立了大陆架界限
588 委员会,它由缔约国选举的 21 名专家组成。公约附件 2 第 4 条规定,拟定其 200 海里以外大陆架外部界限的沿海国应将这种界限的详情连同支持这种界限的科学和技术资料尽早提交委员会,但无论如何应于本公约对该国生效后十年内提出。沿海国在这些建议的基础上划定的大陆架界限应有确定性和拘束力。[154] 2001 年 12 月 21 日俄罗斯联邦第一个向委员会提交了申请。[155] 为了支持该主张,俄罗斯探险者 2007 年 8 月 2 日在北极的海床插上了国旗,声称极点下面的该部分水下山脉是欧亚大陆的延伸。[156] 2006 年 5

---

[149] ICJ Reports, 1969, p. 31; 41 ILR, p. 60.

[150] 关于大陆边的定义参见第 73 条第 3 款。另参见: D. N. Hutchinson, "The Seaward Limit to Contmental Shelf", 56 BYIL, 1985, p. 133, and Brown, *InternationalLaw of the Sea*, vol. I, p. 140.

[151] 第 76 条第 4、5、6、7、8 和 9 款。另见:最后文件附件二有关一国 200 米等深线出现的平均距离不超过 20 海里,而大陆边沉积岩的大部分位于陆基以外的特殊情况的规定。

[152] 参见: the *Libya/Malta Continental Shelf* case, ICJ Reports, 1985, pp. 13, 33—4; 81 ILR, pp. 2—8, 265—6. 另参见: the *Tunisia/Libya* case, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 61; 67 ILR, pp. 4 54 and the *Gulf of Maine* case, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 277; 71 ILR, pp. 57, 104.

[153] 参见,例如: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 149, and Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 1187. 例如,第 76 条第 3 和第 6 款中的"洋脊"、"海脊"和"海底高地"这些术语的含义所产生的特殊问题。

[154] 第 76 条第 8 款。另参见:www, un. org/Depts/los/clcs_new/clcs_home. htm.

[155] See UN Press Release, SEA/1729, 21 December 2001.

[156] See ASIL Insight, vol. 11, issue 27, 8 November 2007.

月19日,法国、爱尔兰、西班牙和英国就凯尔特海和比斯开湾区域提交了联合申请[157],2008年4月21日,委员会确认了澳大利亚于2004年提交的大陆架申请。[158]

除非全部由不能维持人类居住的岩礁构成,否则岛屿也拥有大陆架。[159]

沿海国的权利和义务[160]

根据1982年《公约》第77条,沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的,对大陆架行使"主权权利"。该项权利是专属性的,即:未经沿海国明示同意,其他国家均不得从事这种活动。这些主权权利(并非领土所有权,因为公约没有使用"主权"这一术语)并不取决于占领或明文公告。[161]《杜鲁门公告》中那个仅限于矿产资源的资源概念也被加以扩充以包括定居种的生物。[162] 然而,这一模糊的描述早在1960年代早期就已 589
导致法国和巴西间关于龙虾,以及美国和日本间关于阿拉斯加鲎的争端。[163] 被承认为大陆架制度一部分的主权权利专门与自然资源有关,因此位于大陆架上的沉船等就不被包括在内了。[164] 公约明确指出,沿海国的权利不影响上覆水域(作为公海)或水域上空的法律地位。[165] 下一条又接着强调说,沿海国除为了勘探和开发大陆架有权采取合理措施外,不得阻碍在大陆架上铺设或维持海底电缆或管道。此外,此种勘探和开发绝不得对航行、捕鱼或养护海洋生物资源造成不当的干扰。[166]

根据1982年公约第80条[167],沿海国出于勘探大陆架的目的,可以建造和维持必要

---

[157] See e.g. UKMIL, 77 BYIL, 2006, pp. 767—8, and H. Llewellyn, "The Commission on the Limits of the Continental Shelf: Joint Submission by France, Ireland, Spain, and the United Kingdom", 56 ICLQ, 2007, p. 677.

[158] See UN Press Release, SEA/1899, 21 April 2008.

[159] 第121条第3款。另参见:Qatar v. Bahrain, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 97, 以及上文第565页。

[160] 参见: *Oppenheim's International Law*, p. 773 and Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 151.

[161] 另见:1958年《大陆架公约》第2条。

[162] 参见1982年公约第77条第4款和1958年《大陆架公约》第2条第4款。

[163] 参见,例如: O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 501—2.

[164] 参见,例如: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 152; E. Boesten, *Archaeological and/or Historical Valuable Shipwrecks in International Waters*, The Hague, 2002, and C. Forrest, "An International Perspective on Sunken State Vessels as Underwater Cultural Heritage", 34 *Ocean Development and International Law*, 2003, p. 41、参见(保护在国际海底区域内发现的文物)的第149条以及(沉船和沿海国在毗连区内权利)的第303条。

[165] 1982年公约第78条和1958年《大陆架公约》第3条。注意,后者提到了"公海",但由于专属经济区这一新概念的出现,前者将其删除了。

[166] 1982年公约第78和79条,1958年《大陆架公约》第4和5条。

[167] 比照适用处理专属经济区人工岛屿、设施和结构建造的第60条。另见:1958年《大陆架公约》第5条。

的设施和其他结构，并有权在该设施周围建立不超过500米限度的安全区，一切国家的船舶都必须尊重这些安全区。国家可以在安全区内采取必要措施对其加以保护。但是，尽管受沿海国的管辖，这些设施不能被视为岛屿。这意味着，它们没有自己的领海，其存
590 在也不影响沿海国领海界限的划定。如果考虑到位于北海等地的石油设施的地位，这些规定当然是至关重要的。把它们看成法律意义上的岛屿将造成麻烦。[168]

1982年《公约》第82条规定，如果沿海国的大陆架超过200海里，那么它就应对200海里以外的大陆架上的非生物资源的开发缴付费用或实物。该缴付应从在某一矿址进行第一个五年生产以后开始，比率不断增加，至第十二年为止，其后比率应保持为百分之七。费用或实物应通过国际海底管理局缴纳。管理局应根据“公平分享的标准”将其分配给公约各缔约国，“同时考虑到发展中国家的利益和需要，特别是其中最不发达的国家和内陆国的利益和需要”。[169]

海洋划界[170]

虽然划界原则上是领土主权的一个方面，但当涉及其他国家时就需要协议。无论在

---

[168] 另参见：N. Papadakis, *The International Legal Regime of Artificial Islands*, Leiden, 1977.

[169] 注意，根据第83条第3款，某一发展中国家如果是有关矿物资源的纯输入者，则对该种矿物资源免缴这种费用或实物。

[170] 参见：*UN Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries*, New York, 2000; N. Antunes, *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation*, The Hague, 2003; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 10; E. D. Brown, *Sea-Bed Energy and Mineral Resources and the Law of the Sea*, London, 1984—6, vols. I and III; M. D. Evans, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford, 1989, and P. Weil, *The Law of Maritime Delimitation-Reflections*, Cambridge, 1989. See also *International Maritime Boundaries* (eds. J. I. Charney and L. M. Alexander), Washington, vols. I—III, 1993—8, and *ibid.* (eds. J. I. Charney and R. W. Smith), vol. IV, 2002 and *ibid.* (eds. D. A. Colson and R. W. Smith), vol. V, 2005, The-Hague; M. Kamga, *DélimitationMaritime sur la Côte Atlantique Africaine*, Brussels, 2006; *Maritime Delimitation* (eds. R. Lagoni and D. Vignes), Leiden, 2006; Y. Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*, Oxford, 2006; D. A. Colson, “The Delimitation of the Outer Continental Shelf between Neighbouring States”, 97 AJIL, 2003, p. 91; V. D. Degan, “Consolidation of Legal Principles on Maritime Delimitation”, 6 Chinese YIL, 2007, p. 601; L. D. M. Nelson, “The Roles of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries”, 84 AJIL, 1990, p. 837; J. I. Charney, “Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law”, 88 AJIL, 1994, p. 227, and Charney, “Central East Asian Maritime Boundaries and the Law of the Sea”, 89 AJIL, 1995, p. 724; *Oppenheim's International Law*, p. 776, and Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, pp. 1178 and 1187及其以下。

国内法中如何有效，单方面划界将不对第三国产生拘束力。[171] 国际法院在“尼加拉瓜/洪都拉斯”案中指出，永久海洋边界的建立是“一个极其重要的问题，不应轻易假定存在协议。”[172] 它还指出，保持占有原则整体上适用于海洋空间。[173] 591

就相向或相邻海岸国家间的领海划界而言[174]，1982 年公约第 15 条基本照搬了 1958 年《日内瓦领海公约》第 12 条，规定任何一国在没有协议的情形下均无权将其领海伸延至一条其每一点都同测算领海宽度的基线上最近各点距离相等的中间线以外。[175] 然而，特殊的地理情况可能导致难以确定清晰的基线，由此不可能划出等距离线。[176] 在这样的例外情况下，法院将考虑各方所划的替代界线，如夹角平分线。[177]

然而，如因历史性所有权或其他特殊情况而有必要按照不同方法划定两国领海的界限，则中间线的规定不适用。国际法院在“卡塔尔诉巴林”案中指出，第 15 条被视为具有习惯法的性质[178]，可以称其为“等距离/特殊情况”原则。法院接着宣称，“最符合逻辑和最广泛使用的方法是首先划一条临时的等距离线，然后按照存在的特殊情况考虑是否必须调整这条线”。[179] 592

“圭亚那诉苏里南”案的仲裁裁决强调了这一点，指出第 15 条“将使用中间线作为相向或相邻国家之间的领海分界线置于首要位置”。[180] 法庭注意到，国际法院不受一个穷尽的特殊情况的清单的限制，而是需要在个案的基础上，参考国际判例和国家实践进行评定。[181] 例如，航行利益可以构成这类特殊情况。[182] 法庭还认定，在领海扩展到 12

---

[171] 参见：the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, p. 132. 国际法院在“缅因湾”案中指出：“相向或相邻国家间的海洋划界不能由其中一国单方面完成。此类划界必须通过谈判以协议寻求和实现，对谈判必须有诚意并抱着取得积极成果的真诚意愿。然而，如果不能达成此类协议，则划界应通过一个拥有必要权限的第三方实现。”ICJ Reports, 1984, pp. 246, 299; 77 ILR, pp. 57, 126.

[172] ICJ Reports, 2007, para. 253.

[173] Ibid., para. 156，参见上文第 525 页。

[174] 参见：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, 第 182 页及其以下。

[175] 另参见：*Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 94. 国际法院在“尼加拉瓜/洪都拉斯”案中指出，“调整领海划界的方法与那些用来划分更加功能化的海域的方法相比，需要在国际法中更加清晰地表述出来，而且也的确如此”。ICJ Reports, 2007, para. 269.

[176] 参见：*Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, paras. 277 及其以下。法院在“卡塔尔诉巴林”案中指出，只有在已知基线的情况下，才能够划出等距离线。ICJ Reports, 2001, pp. 40, 94.

[177] *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 287.

[178] 另参见：例如，the *Dubai/Sharjah* case, 91 ILR, pp. 543, 663.

[179] ICJ Reports, 2001, pp. 40, 94. See also *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 268.

[180] Award of 17 September 2007, para. 296. 另见：UKMIL, 77 BYIL, 2006, p. 764.

[181] Award of 17 September 2007, paras. 302—3. 另见：the *Jan Mayen* case, ICJ Reports, 1993, pp. 38, 61—4.

[182] Award of 17 September 2007, para. 306.

海里的情况下,3 海里的领海分界线不能自动向外扩展,而需要找到一种原则性强的方法,从而可以将任何特殊情况考虑进来,包括历史上所作的安排。[183]

与领海划界问题不同,但又经常与之相联系的是大陆架和专属经济区划界问题。任何划分此类区域的出发点都是一国对特定海域的权利。就大陆架而言,该权利最初基于陆地领土向海自然延伸的概念[184],但是随着专属经济区的出现,一种基于从海岸量起的距离的新方法被引入。[185] 这两个概念事实上变得很接近。

1958 年《大陆架公约》第 6 条宣称,倘无协议,除因特殊情况应另定界线外,大陆架边界应"适用与测算每一国领海宽度之基线上最近各点距离相等之等距离原则"决定之,也就是说,通过引入等距离或中间线划界,而其运作将受到特定海岸线弯曲状况的影响。

593 在以德意志联邦共和国为一方,荷兰与丹麦为另一方的"北海大陆架"案[186]中考虑了上述规定。问题是,由于德国凹陷的北部海岸线位于荷兰和丹麦之间,因此适用第 6 条的等距离原则将只能给其很小一部分的北海大陆架。由于德意志联邦共和国没有批准 1958 年《大陆架公约》,因此产生了该条对其是否有拘束力的问题。

国际法院认为体现在第 6 条中的原则并不构成习惯国际法规则,因此德国不受其拘束。[187] 法院宣称,有关规则是:

> 划界应通过协议完成,按照公平原则,并考虑一切有关情况,以使每一国家尽可能得到构成其陆地领土向海中和海下自然延伸的全部大陆架部分,而不侵犯其他国家陆地领土的自然延伸。[188]

因此,法院认为划界应基于对有关情况的考虑和权衡以便产生一个公平结果。而这其中就包括着海岸线长度和大陆架面积之间的合理比例的因素。[189] 在"英法大陆架"案(the *Anglo-French Continental Shelf* case)中[190],当事双方都是 1958 年公约的缔约国,因

---

[183] 同上,第 311 段及其以下。

[184] The *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 22.

[185] See *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006, para. 224.

[186] ICJ Reports, 1969, p. 3; 41 ILR, p. 29.

[187] 参见上文,第三章,第 85 页。

[188] ICJ Reports, 1969, pp. 3, 53; 41 ILR, pp. 29, 83.

[189] ICJ Reports, 1969, pp. 3, 52; 41 ILR, pp. 29, 82.

[190] Cmnd 7438 (1978); 54 ILR, p. 6. 另参见: D. W. Bowett, "The Arbitration between the United Kingdom and France Concerning the Continental Shelf Boundary in the English Channel of South-Western Approaches", 49 BYIL, 1978, p. 1.

此适用了第6条。[191] 第6条被认为包含着一个总的规则,“一个结合的等距离/特殊情况规则”,它实际上:

> 是一项一般性规范的特殊表述,这个规范就是:在未达成协议的情形下,邻接同一大陆架的各国之间的边界要依据公平原则来决定。[192]

划界方法的选择,无论是等距离还是任何其他方法,都取决于案件的有关情况。习 594
惯法和1958年公约背后的基本规范都是,划界应当按照公平原则进行。[193] 法庭考虑了与海峡群岛有关的“特殊情况”,认为有理由不采用英国所建议的中间线划界。[194] 此外还考虑了锡利群岛,并在大西洋地区的划界中赋予其“半效力”,因为

> 公平所要求的是适当减轻联合王国一段有点狭窄的海岸远远伸向大西洋的大陆架所产生的比例失调的效果。[195]

在“突尼斯/利比亚大陆架”案中[196],鉴于当事双方均非1958年公约的缔约国,国际法院在习惯的基础上作出判决,强调“在划界过程中满足公平原则至关重要”。根据各种情况,自然延伸的概念虽然具有某些重要性,但不能与公平原则的实现相提并论。[197] 国际法院再次对盖尔甘奈群岛使用了“半效力原则”[198],并强调每个大陆架争端必须根据其自身的事实来考虑,并注意它特有的情况,同时不应企图“使与大陆架有关的原则和规则的适用过分概念化”。[199] “原则必须从属于目标”以及“所要指出的原则……必须按照它们适于取得公平结果来加以选择”,国际法院[200]上述的观点招致了批评,因为它推翻了“北海大陆架”案精心为公平所设置的限制[201],并将可预期性这一因素降至最低。 595

---

[191] 但受到法国关于格兰维尔湾保留的限制,英国对此表示反对,Cmnd 7438, p. 50; 54 ILR, p. 57.

[192] Cmnd 7438, p. 48; 54 ILR, p. 55.

[193] Cmnd 7438, pp. 59—60; 54 ILR, p. 66.

[194] Cmnd 7438, p. 94; 54 ILR, p. 101. 这源于英国岛屿靠近法国海岸,如果给予其全效力,则将大大削减法国的大陆架。从表面上看,这就是一个产生不公平的情况,同上。

[195] Cmnd 7438, pp. 116—17; 54 ILR, p. 123.

[196] ICJ Reports, 1982, p. 18; 67 ILR, p. 4. 另参见: L. L. Herman, “The Court Giveth and the Court Taketh Away”, 33 ICLQ, 1984, p. 825.

[197] ICJ Reports, 1982, p. 47; 67 ILR, p. 40. 另参见: ICJ Reports, 1982, p. 60; 67 ILR, p. 53.

[198] ICJ Reports, 1982, p. 89; 67 ILR, p. 82. 本案对此的表述比“英法大陆架”案宽松得多,Cmnd 7438, pp. 116—17; 54 ILR, p. 123. 例如,参见 Judge Gros' Dissenting Opinion, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 150; 67 ILR, p. 143.

[199] ICJ Reports, 1982, p. 92; 67 ILR, p. 85.

[200] ICJ Reports, 1982, p. 59; 67 ILR, p. 52.

[201] ICJ Reports, 1969, pp. 3, 49—50; 41 ILR, pp. 29, 79.

格罗法官在其反对意见中指出了不顾划界法律,仅靠对事实的主观评价得出公平结果的危险性。[202]

国际法院在"北海大陆架"案[203]中就在困难的情况下使用公平原则的相关性做了一般的讨论。在特殊地理情况下适用等距离规则将产生不公平。此时,为了取得一个合理的结果,就应当诉诸公平原则。

在"英法大陆架"案中[204],仲裁庭强调:

> 等距离或任何其他方法为实现公平划界目的的适宜性是每个特定案件的地理和其他有关情况的作用或反映。
>
> 在这里方法是十分重要的,因为它是基于必要的地理环境。

1982 年《公约》第 83 条只是规定划界"应在……国际法的基础上以协议划定,以便得到公平解决"。法院在"突尼斯/利比亚"案中强调了这一点,法院指出:"适用于大陆架区域划界的原则和规则是那些适于产生公平结果的原则和规则。"[205]

在"缅因湾"案中[206]——该案处理的是加拿大和美国间的大陆架和渔区划界问题[207],国际法院分庭提出了两条原则,它们反映了一般规则对所有海洋划界的要求。第一,没有单方面的划界。划界应当通过当事国之间的协议,或必要时在第三方的帮助下,予以寻求和实现。第二,它认为"划界应通过适用公平标准和使用实际方法实现,该方法
596 考虑了该地区的地理构造和其他有关情况,并能保证公平结果"。[208] 分庭将平分有关国家海岸线向海扩展所形成的会聚和重叠区域这一标准作为出发点,该标准被视为具有固有的公平性。然而,这还必须根据该区域本身的有关情况与适当的辅助标准相结合。至于实现上述标准的实际方法,和这些标准一样,也必须基于地理并适合于同时划分海床和上述水域。这样,它的结论是使用几何方法。[209] 应当指出,虽然大陆架划界和专属经

---

[202] ICJ Reports, 1982, pp. 18, 153; 67 ILR, pp. 4, 146.

[203] ICJ Reports, 1969, pp. 3, 35—6; 41 ILR, pp. 29, 64.

[204] Cmnd 7438, p. 59; 54 ILR, p. 66.

[205] ICJ Reports, 1982, pp. 18, 49.

[206] ICJ Reports, 1984, p. 246; 71 ILR, p. 74. 另参见: J. Schneider, "The Gulf of Maine Case: The Nature of an Equitable Result", 79 AJIL, 1985, p. 539.

[207] 划一条"单一海洋边界"是当事国要求的,ICJ Reports, 1984, pp. 246, 253; 71 ILR, p. 80.

[208] ICJ Reports, 1984, pp. 299—300; 71 ILR, pp. 126—7. 这被视为有关海洋划界的习惯国际法的基本规范,ICJ Reports, 1984, p. 300.

[209] ICJ Reports, 1984, pp. 328—9; 71 ILR, p. 155. 注意,分庭出于公平的理由给予海豹岛"半效力", ICJ Reports, 1984, p. 337; 71 ILR, p. 164.

济区划界的基本规则相同[210]，但并不一定导致相同的边界。[211] 分庭在“缅因湾”案中其实也着重强调了“使本案与众不同的史无前例的方面”，即当事国要求为大陆架和渔区划一条单一界线。

被视为大陆架划界的公平标准并不一定适合于双重划界。[212] 这一原则在1985年“几内亚/几内亚比绍海洋划界”案（the *Guinea/Guinea-Bissau Maritime Delimitation* case）[213]的仲裁裁决中得到了反映。法庭强调，任何划界过程的目标都是在考虑有关情况的前提下获得公平解决。[214] 在该案中，自然延伸和经济因素的概念几乎没有用处。[215] 在“利比亚/马耳他大陆架”案中[216]，由于利比亚不是1958年《大陆架公约》的当事国，因此国际法院按照习惯法作出判决，但同时强调了距离标准。之所以这样做，是因 597
为经济区概念的相关性——这一概念如今已被视为习惯法的一部分，以及如果没有类似于大陆架那样的对于海床和底土的权利经济区就不可能存在的事实。因此，大陆架划界应当考虑200海里的区域。[217] 如今法律允许国家从其海岸主张直到200海里的大陆架而不论地质特征如何的事实，还意味着在这一距离内没有理由赋予地质或地貌因素以任何作用。[218]

由于距离标准被承认为直到200海里界限的大陆架的权利基础，因此法院觉得在相向国家间划一条中间线是为了最终取得公平结果的最为审慎的处理方式。该临时步骤还必须在有关情况的背景下接受公平原则的检验。[219] 在研究比例的作用并将其视为检验任何界线公平性的试金石时，法院同样遵循了“突尼斯/利比亚”案。[220]

然而，法院在该案中将海岸长度的对称性视为获得公平边界过程的一部分，并以当

---

[210] 1982年《公约》第74条。

[211] 参见，例如：the Australia-Papua New Guinea Maritime Boundaries Treaty of 1978，引自 Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 160.

[212] ICJ Reports, 1984, pp. 246, 326; 71 ILR, p. 153.

[213] 参见：25 ILM, 1986, p. 251; 77 ILR, p. 636. 仲裁庭由主席拉格斯法官、以及穆巴耶和贝乔伊法官组成。

[214] 25 ILM, 1986, p. 289; 77 ILR, pp. 675—6.

[215] 25 ILM, 1986, pp. 300—2; 77 ILR, p. 686. 应当注意，划界是为各自国家的领水、大陆架和经济区划一条单一界线。

[216] ICJ Reports, 1985, p. 13; 81 ILR, p. 239.

[217] 法院强调，这并不意味着大陆架的概念已为专属经济区所吸收，但必须对从海岸量起的距离这种这两个概念所共有的因素赋予更重要的意义，ICJ Reports, 1985, p. 33; 81 ILR, p. 265.

[218] 同上。

[219] ICJ Reports, 1985, p. 47; 81 ILR, p. 279.

[220] 参见上文，第595页。

事国海岸长度的差异为理由调整了中间线，以便将更大的大陆架区域划归利比亚。[221] 在这一过程中同样也考虑了马耳他岛是作为半闭海中一个相对较小的特征而存在的这一总的地理背景。[222]

法院在其分析中还提及了各种著名的公平原则的例子，包括不重塑自然、一方不侵占属于另一方的区域、尊重一切有关情况，以及公平并不意味着平等和不存在公正分配
598 的概念。[223] 然而，法院拒绝了利比亚关于陆块面积较大的国家应有较大大陆架的主张，并驳斥了马耳他有关两国的相对经济地位的相关性的观点。[224]

最后，法院在其判决的执行条款部分重申，该案中应当考虑下列情况和因素：

（1）当事双方海岸的一般构造，它们的相向位置，以及它们在总的地理背景中的相互关系；

（2）当事双方有关海岸长度的差别以及它们之间的距离；

（3）在划界中需要避免归属于沿海国的大陆架区域的面积和沿海岸线一般方向测量的有关海岸长度之间任何过分的不成比例。[225]

在“圣皮埃尔和密克隆”案（the *St Pierre and Miquelon* case）中[226]，仲裁庭强调划界过程应从鉴别有关争端的地理背景开始，并指出地理特征是划界的核心。[227] 然而，在每个特定案件中对有关海岸线的鉴别将产生特殊的问题。相应的，对地理情况的描述方式或许会暗示某种解决方法，因此看似客观的地理鉴别过程或许却构成了达致任何特定司法结果的一个关键因素。在“圣皮埃尔和密克隆”案中，法庭将划界区域分割为两个区：南区和西区。在西区，岛屿超出其领海的任何向海扩张都将在某种程度上侵占和截断从位于纽芬兰南部海岸上的各点朝南的向海扩张。这里，法庭觉得将岛屿置于其领海的飞地中是不公平的，因此建议从其领海的外部界限起给予这些岛屿额外 12 海里作为其专
599 属经济区。[228] 在南区，由于这些岛屿拥有不受任何相向或相邻的加拿大海岸干扰的向海的海岸出口，因此法庭认为法国有权扩展到 200 海里的界限，但此种扩展不能侵占或

---

[221] ICJ Reports, 1985, pp. 48—50; 81 ILR, p. 280.

[222] ICJ Reports, 1985, p. 52; 81 ILR, p. 284.

[223] ICJ Reports, 1985, pp. 39—40; 81 ILR, p. 271.

[224] ICJ Reports, 1985, pp. 40—1; 81 ILR, p. 272. 法院同时指出，鉴于总的地理情势，当事双方间的公平边界应位于利比亚和西西里岛的假想中间线以南，ICJ Reports, 1985, p. 51; 81 ILR, p. 283.

[225] ICJ Reports, 1985, pp. 56—8; 81 ILR, p. 288.

[226] 31 ILM, 1992, p. 1145; 95 ILR, p. 645.

[227] 31 ILM, 1992, pp. 1160—1; 95 ILR, pp. 660—3.

[228] 31 ILM, 1992, pp. 1169—70; 95 ILR, p. 671.

截断纽芬兰南部海岸邻近部分的平行的正面扩展。为了实现这一目标,法庭强调了这些岛屿向南的海岸出口的宽度的重要性,并由此决定一个200海里长的狭窄走廊作为这些岛屿的经济区。[229] 在基于地理考虑作出决定后,法庭感觉它应当确保所建议的划界不是"根本不公平的"。[230] 这一点它是根据当事双方提交的事实完成的。法庭还考虑了比例标准,认为归属于各方的区域之间没有不成比例的情况。[231]

在"扬马延(丹麦诉挪威)"案(*Jan Mayen* (*Denmark* v. *Norway*)中[232],格陵兰岛和扬马延岛之间的大陆架划界问题适用1958年《公约》第6条,该条被认为和习惯法本质相同,都要求公平划界。[233] 国际法院指出,既然有关划界位于相向海岸之间,因此需要首先划一条临时中间线,然后再考察"特殊情况"[234]是否要求另定界线。[235] 特别是,需要考虑有关区域各自海岸长度之间的差异,本案中,由于格陵兰的海岸长度是扬马延的九倍多,因此不加限制地使用等距离将产生明显不成比例的结果。[236] 此外,还需要考虑脆 600
弱的渔业社会公平获取渔业资源的问题。该地区的主要资源是毛鳞鱼,它们集中在主张重叠区域的南部,采用中间线将意味着不能保障丹麦公平获取毛鳞鱼的机会。这是另一个需要将中间线向挪威岛屿扬马延方向调整的原因。[237] 然而,不需要考虑冰的存在,因为它没有实质影响对渔业资源的获取[238],也不需要考虑扬马延有限的人口、社会—经济因素以及安全事宜等情况。[239]

---

[229] 31 ILM, 1992, pp. 1170—1; 95 ILR, pp. 671—3.

[230] 31 ILM, 1992, p. 1173; 95 ILR, p. 675. 该表述源于"缅因湾"案,ICJ Reports, 1984, pp. 246, 342; 71 ILR, pp. 74, 169,分庭将其界定为"对有关国家人民的生计和经济福利带来灾难性的影响"。

[231] 31 ILM, 1992, p. 1176; 95 ILR, p. 678.

[232] ICJ Reports, 1993, p. 37; 99 ILR, p. 395.

[233] ICJ Reports, 1993, p. 58; 99 ILR, p. 426. 但是参见小田兹法官的个别意见,ICJ Reports, 1993, pp. 102—14; 99 ILR, pp. 470—82.

[234] 法院指出,第6条中包括的"特殊情况"的范围和在习惯国际法中发展起来的"有关情况"的范围基本相同,因为两者的目的都是要取得公平解决,ICJ Reports, 1993, p. 62; 99 ILR, p. 430. 特殊情况指的是那些"可能要求对由于不适当地运用了等距离原则而产生的结果进行改动"的情况,而有关情况则可被描述为"在划界过程中必须加以考虑的事实",同上。

[235] ICJ Reports, 1993, pp. 59—61; 99 ILR, pp. 427—9.

[236] ICJ Reports, 1993, pp. 65—9; 99 ILR, pp. 433—7.

[237] ICJ Reports, 1993, pp. 70—2; 99 ILR, pp. 438—40. 但是参见施韦贝尔法官的个别意见, ICJ Reports, 1993, pp. 118—20; 99 ILR, pp. 486—8.

[238] ICJ Reports, 1993, pp. 72—3; 99 ILR, pp. 440—1.

[239] ICJ Reports, 1993, pp. 73—5; 99 ILR, pp. 441—3. 但是参见小田兹法官的个别意见, ICJ Reports, 1993, pp. 114—17; 99 ILR, pp. 482—5. 还应注意韦拉曼特利法官在其个别意见中对此类情况下的公允原则的讨论,ICJ Reports, 1993, pp. 211 及其以下; 99 ILR, pp. 579 及其以下。

在讨论各种可适用的原则时,传统上出于划界目的区分相向和相邻国家。在前一种情况下,法院认为适用等距离方法的困难要小于后一种情况,因为在相邻国家的情况下,单个地理特征的歪曲效果更容易导致不公平的划界。因此,在公平考虑的背景下,相向国家间的大陆架划界比相邻国家间的划界更注重等距离。[240] 在相邻划界中,可适用的公平原则的范围更加宽泛,而每个特定原则的相对重要性也更加模糊。然而,1982 年公约第 83 条没有基于国家的相向或相邻关系而对划界加以区分。以国际法为基础取得公平解决的相同要求是清楚的,而最近在相向海岸的案件中趋向有利于等距离的假设或许也可以适用于相邻国家。

601 海岸线长度和大陆架面积之间的比例标准的重要性这一问题同样被一些学者所考虑,但观点却不相同。它是一个必须谨慎加以适用的因素。[241]

1982 年公约第 74 条规定海岸相向或相邻国家间专属经济区的划界应在国际法[242]的基础上以协议划定,"以便得到公平解决"。由于这一表述与大陆架划界的规定一致[243],因此出现国家为大陆架和经济区寻求单一海洋边界的案件就不足为怪了。在"缅因湾"案中[244],国际法院分庭的观点是,适合于单一划界的标准[245]是那些可同时适用于

---

〔240〕 参见"北海大陆架"案,ICJ Reports, 1969, pp. 3, 36—7; 41 ILR, pp. 29, 65;"英法大陆架"案,Cmnd 7438, pp. 58—9; 54 ILR, p. 65;"突尼斯/利比亚大陆架"案,ICJ Reports, 1982, pp. 18, 88; 67 ILR, pp. 4, 81;"缅因湾"案, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 325; 71 ILR, p. 74, 以及"扬马延"案,ICJ Reports, 1993, p. 37; 99 ILR, p. 395. 参见 1958 年《大陆架公约》第 6 条。

〔241〕 法院在"北海大陆架"案中讨论这一问题时提出了一个合理程度的比例, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 52; 41 ILR, pp. 29, 82, 而仲裁庭在"英法大陆架"案中强调与公平相关的是不成比例,而不是成比例, Cmnd 7438, pp. 60—1;54 ILR, pp. 6, 67. 但是比较"突尼斯/利比亚大陆架"案, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 75; 67 ILR, pp. 4, 75. 另见"利比亚/马耳他大陆架"案, ICJ Reports, 1985, pp. 48—50; 81 ILR, p. 280.

〔242〕 正如《国际法院规约》第 38 条所指的。

〔243〕 第 83 条。注意,国际法院宣称:"尽管所使用语言的同一性对决定有关的国际法原则和规则的作用有限,但仍然特别重要",the *Gulf of Maine* case, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 295; 71 ILR, pp. 74, 122. 法院在"扬马延海洋划界"案(丹麦诉挪威)中宣称,第 74 条第 1 款和相应的第 83 条第 1 款关于将公平解决作为任何划界过程的目的的表述"反映了习惯法对大陆架和专属经济区划界的共同要求",ICJ Reports, 1993, pp. 37, 59; 99 ILR, pp. 395,427. "厄立特里亚/也门"案(第二阶段:海洋划界)的仲裁庭在谈到第 74 和第 83 条时说,这些规定源于会议上为就一个十分争议的问题达成一致而进行的最后努力,因此"有意识地将其设计为尽可能不决定什么",119 ILR, pp. 417, 454.

〔244〕 ICJ Reports, 1984, p. 246; 71 ILR, p. 74.

〔245〕 法院强调,单一海洋界线的概念源于国家实践,而非条约法,从而强调了它的习惯法地位,*Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 93; *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 440—1; *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006, para. 235 and *Guyana v. Suriname*, Award of 17 September 2007, para. 334.

大陆架和经济区(本案是渔区)的标准,而不是只与其中一个区域有关的标准。[246] 然而,建立这类边界的总的要求是获得公平解决,而这需要考虑各种因素,它们或许会被法院 602
视为或者不视为有关的或决定性的因素。阐明这些因素并非易事,如果认为情形一目了然,那么就过于乐观了,虽然最近的一些案件已经朝着一定程度的可预期性方向发展了。在"缅因湾"案中,法院强调有关标准的确定必须主要基于"该区域的地理特征",但关于它们的具体内容却存在争论,似乎并不包括与渔业资源、石油开发、科学研究或一般国防安排有关的科学和其他事实。[247] 在"几内亚/几内亚比绍海洋划界"案中[248],法庭被请求用一条线划分有关两国的领海、经济区和大陆架。就后两个区域而言,法庭指出,使用等距离方法是不能令人满意的,因为它夸大了次要海岸特征的重要性。而且还必须考虑西非的整个海岸线。[249] 法庭还认为,关于地质和地貌特征的证据是不能令人满意的[250],同时拒绝了一般经济因素,认为它们是不公正和不公平的,因为它们是建立在对不断变化的数据的评估基础之上的。[251] 单一边界问题在"圣皮埃尔和密克隆"案中再次出现[252],法庭被请求确立一条划分当事国根据国际法在这些海域可能行使的所有权利和管辖权的单一边界。在这类案件中,法庭遵循了"缅因湾"案的判决,认为在一个单一或全方位划界中,适用于大陆架划界的 1958 年《大陆架公约》第 6 条对于该单一海洋界线的确立没有强制拘束力。[253]

然而,如果当事各方之间不存在一个特别协议请求法院确定一条适用于大陆架和经 603
济区的单一海洋边界,法院在"扬马延海洋划界(丹麦诉挪威)"案中[254]宣称,就应对这两种准据法分别加以审查。这些准据法是适用于大陆架的 1958 年《日内瓦大陆架公约》

---

[246] *Gulf of Maine* case, ICJ Reports, 1984, p. 326; 71 ILR, p. 153.

[247] ICJ Reports, 1984, p. 278; 71 ILR, p. 105.

[248] 77 ILR, p. 635.

[249] 同上,第 679—81 页。

[250] 同上,第 685—7 页。

[251] 同上,第 688—9 页。

[252] 31 ILM, 1992, p. 1145; 95 ILR, p. 645. 另参见: M. D. Evans, "Less Than an Ocean Apart: The St Pierre and Miquelon and Jan Mayen Islands and the Delimitation of Maritime Zones", 43 ICLQ, 1994, p. 678; K. Highet, "Delimitation of the Maritime Areas Between Canada and France", 87 AJIL, 1993, p. 452, and H. Ruiz Fabri, "Sur la Ddimitation des Espaces Maritimes entre le Canada et la France", 97 RGDIP, 1993, p. 67.

[253] 31 ILM, 1992, p. 1163; 95 ILR, p. 663.

[254] ICJ Reports, 1993, p. 37; 99 ILR, p. 395. 另参见: M. D. Evans, "Case Concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (*Denmark v. Norway*)", 43 ICLQ, 1994, p. 697.

第6条和与渔区有关的习惯国际法规则。[255]

近来的案件更趋清晰和简洁。在“厄立特里亚/也门(第二阶段:海洋划界)”案中,法庭指出,一个公认的观点是,在相向海岸间,中间线或等距离线通常会产生一条符合1982年公约要求的公平界线。[256] 它还重申了先前的判例法,认为比例不是一个独立的划界方法或原则,而是一个检验通过其他方法实现的划界的公平性的手段。[257] 法庭还考虑了中区岛屿在相向国家间划界中的作用,指出给它们全效力将产生不合比例的效果。[258] 实际上,其中一些岛屿没有获得任何效力。[259]

在“卡塔尔诉巴林”案中,国际法院强调了大陆架划界和经济区划界的密切关系[260],认为适当的方法是首先划一条临时等距离线,然后考虑是否存在必须调整该线的情

况。[261] 它进一步指出,适用于领海划界的“等距离/特殊情况”规则和自1958年以来在判例法和国家实践中发展起来的关于大陆架和专属经济区划界的“公平原则/有关情况”规则“密切相关”。[262] 法院不认为珍珠滩的存在是一个需要移动等距离线的情况[263],而当事国海岸正面长度之间的差异也不被认为属此情况。[264] 它还考虑到,出于公平的原因,为了避免不成比例,不应当给贾利姆暗礁(Fasht Al Jarim)以效力。它是巴林海岸线向海湾地区较远的扩展,一个远离海岸的海洋特征,高潮时大部分被淹没。[265]

国际法院在“喀麦隆诉尼日利亚”案中再次重申这一方法,指出,与一条“包括几个管辖重叠区域”的线相关的“可适用的划界标准、原则和规则”可以被表述为“所谓的公平原则/有关情况方法”。该方法与适用于领海划界的“等距离/特殊情况方法十分类似:首先画一条等距离线,然后考虑是否存在要求调整或移动该线的因素以便取得‘公平结果’”。[266] 这条线应当根据有关国家的相关海岸线进行建构,并排除第三国的海岸线

---

[255] 但参见小田兹法官的个别意见,他认为大陆架制度是独立于专属经济区概念的,而要求划单一海洋边界是一种误解,同上,第96—7页;99 ILR, pp. 464—5.

[256] 119 ILR, pp. 417, 457.

[257] 同上,第465页。同时参见“北海大陆架”案,ICJ Reports, 1969, pp. 3, 52; 41 ILR, p. 29 和“英法大陆架”案, Cmnd 7438; 54 ILR, p. 6.

[258] 1 19 ILR, p. 454.

[259] 同上,第461页。注意,法庭拒绝了“英法大陆架”案中将一些岛屿作为飞地的做法,同上,第463页。

[260] ICJ Reports, 2001, pp. 40, 110.

[261] 同上,第111页。

[262] 同上。

[263] 同上,第112页。

[264] 同上,第114页。这是基于承认巴林对海瓦尔岛拥有主权,该因素减轻了任何重大的差异。

[265] 同上,第115页。

[266] ICJ Reports, 2002, pp. 303, 441.

以及当事国没有相对的那部分海岸线。[267] 而且,法院强调"公平不是划界方法,而只是一个在实现划界时需要铭记在心的目标"[268],这样就终结了前几十年里存在的某种将划界的全部重点都置于公平解决上的趋势,但实际上并未回答应当考虑哪些因素以及应如何安排它们的次序这一问题。本案中有关海域的地理构造是一个重要因素,法院强调,尽管一些地理特征会被考虑,但也只是作为必要时移动临时界线的有关情况。本案中,法院认为海岸线的构造不是一个可以要求改变等距离线的有关情况。[269] 同样的,法院认为不需要考虑比奥科岛的存在,因为该岛虽然位于喀麦隆海岸外,却属于第三国赤道 605
几内亚。法院也不认为"当事国各自海岸线之间有重大差别"使它成为一个要求调整临时界线的因素。[270]

在2006年4月11日"巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥"案(*Barbados v. Trinidad and-Tobago* Arbitration)的仲裁裁决中,法庭指出,鉴于法律过程的结果需要稳定性和确定性,公平考虑本身是一个不确切的概念,并强调,对可预见的、客观决定的划界标准的追求强调公平的作用在于法律之内,而非之外。[271] 实现公平结果的过程受到法律原则的制约,因为公平和稳定性是划界过程不可分割的组成部分。[272] 法庭的结论是,确定划界线采用一种两步走的方法。第一,划一条临时等距离线作为实际的出发点。第二,根据有关情况——它们因案而异,来审查这一界线,以便决定是否需要调整该临时等距离线以实现公平的结果。该方法被称为"等距离/有关情况"原则,这样,确定性就与公平结果的需求结合起来了。[273]

结论

总之,如今可适用的有关海洋划界的原则存在着实质上的聚合,无论是源于习惯法还是条约。在所有案件中,无论是领海划界、大陆架或是经济区划界(亦或是后两者的结

---

[267] 同上,第442页。

[268] 同上,第443页。

[269] 同上,第443—5页。

[270] 同上,第446页。有关当事各方相关的石油实践,参见,同上,第447—8页,和"厄立特里亚/也门"案(第二阶段:海洋划界),119 ILR, pp. 417, 443及其以下。

[271] 2006年4月11日裁决,第230段。另见: B. Kwiatkowska, "The 2006 Barbados/Trinidad and Tobago Maritime Delimitation (Jurisdiction and Merits) Award", in Ndiaye and Wolfrum, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, p. 917.

[272] 2006年4月11日裁决,第243和244段。

[273] Ibid., para. 242. See also para. 317. 该方法得到2007年9月17日"圭亚那诉苏里南"案仲裁裁决的肯定,paras. 340—1.

合),应当适用的适当方法是划一条临时等距离线作为出发点,然后看是否存在任何有关
606 或特殊情况要求改变这条线以便取得公平结果。作为一条有价值和清晰的原则,有利于该线的假定受到欢迎。

关于特殊情况或有关情况的含义,以及需要考虑的标准,判例法提供了许多清晰的指引。公平不是划界方法,不能完全重塑自然,但是,例如为了"减轻一个可能导致不合理差别待遇的偶然的特殊状况的效力"[274],或许可对临时等距离线作一些调整。需要注意以下原则。第一,划界应避免一方侵占另一方的自然延伸或其经济区,并应尽可能避免截断有关海岸线的向海扩展。[275] 第二,如果一国在划界区域的海岸与其邻国海岸相比明显的凹陷或突出,并由此在划等距离线时可能受到不恰当的影响,那么海岸构造或许就是有关情况。但是对这一问题的要求相对较高。[276] 第三,在缓和等距离线以避免不成比例或不公平结果的时候,可能需要考虑各方各自海岸线"长度之间的重大差别"。[277] 第四,岛屿或其他类似海洋特征的存在可能与情况的公平性有关,并或许证明对临时等距离线的调整是有理由的。[278] 第五,可能需要考虑安全因素,但它的确切效果尚不清楚。第六,与资源有关的标准,例如鱼类种群的分配,一直是审慎处理的,尚未被一般接受为有关情况。[279] 最后,如果有充分实践显示已经就一条临时边界达成协议,那么各方先前的行为可能是相关的。在"突尼斯/利比亚"案中,国际法院裁定靠近海岸的一条线是高度相关的,因为各方在颁发海洋油气许可时均未越过该线,它由此构成一条
607 临时边界。[280] 但是,法院在"喀麦隆诉尼日利亚"案中强调,只有当这些许可的颁发是基于当事方之间的明示或默示协议时,才能在划界时加以考虑。[281]

---

[274] The *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 50.

[275] *Barbados* v. *Trinidad and Tobago*, 2006 年 4 月 11 日裁决, para. 232.

[276] *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 445—6.

[277] 例如参见"喀麦隆诉尼日利亚"案,ICJ Reports, 2002, pp. 303, 446—7 和"巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥"案,2006 年 4 月 11 日裁决, para. 240.

[278] 例如参见"英法大陆架"案,54 ILR, p. 6 and *Qatar* v. *Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp. 40, 114 及其以下。

[279] *Gulf of Maine*, ICJ Reports, 1984, pp. 246, 342 and *Barbados* v. *Trinidad and Tobago*, 2006 年 4 月 11 日裁决, paras. 228 and 241.

[280] ICJ Reports, 1982, pp. 18, 71, 84 and 80—6.

[281] ICJ Reports, 2002, pp. 303, 447—8. 另参见"圭亚那诉苏里南"案,2007 年 9 月 17 日裁决, paras. 378 及其以下。

内陆国[282]

1958 年《日内瓦公海公约》第 3 条规定:“为与沿海国平等享受海洋自由,非沿海国有权自由通达海洋。”[283] 而 1982 年《海洋法公约》第 125 条则是这样规定的:

> 1. 为行使本公约所规定的各项权利,包括行使与公海自由和人类共同继承财产有关的权利的目的,内陆国应有权出入海洋。为此目的,内陆国应享有利用一切运输工具通过过境国领土的过境自由。
>
> 2. 行使过境自由的条件和方式,应由内陆国和有关过境国通过双边、分区域或区域协定予以议定。
>
> 3. 过境国在对其领土行使完全主权时,应有权采取一切必要措施,以确保本部分为内陆国所规定的各项权利和便利绝不侵害其合法利益。

从中可以看出,没有绝对的过境权,过境其实依赖于内陆国和过境国之间达成的安排。然而,确认通达海岸的权利是帮助内陆国的重要一步。1982 年《公约》第 127 条到 130 条为过境安排的运转做了各种规定,同时第 131 条规定,悬挂内陆国旗帜的船舶在 608
海港内应享有其他外国船舶所享有的同等待遇。所有国家的船舶,无论沿海国还是内陆国,在领海内都享有无害通过权,在领海外的水域都享有航行自由。[284]

还应看到,内陆国应有权在公平的基础上,参与开发同一分区域或区域的沿海国经济区的生物资源的适当剩余部分,同时考虑到相关经济和地理情况。[285] 地理不利国享有同样的权利。[286] 这种参与的条款和方式应由有关国家通过双边、分区域或区域协定

---

[282] 例如参见:S. C. Vasciannie, *Land-Locked and Geographically Disadvantaged States in the International Law of the Sea*, Oxford, 1990; I. Symonides, "Geographically Disadvantaged States in the 1982 Convention on the Law of the Sea", 208 HR, 1988, p. 283; M. I. Glassner, *Bibliography on Land-Locked States*, 4th edn, The Hague, 1995; L. Caflisch, "Land-locked States and their Access to and from the Sea", 49 BYIL, 1978, p. 71, and I. Delupis, "Land-locked States and the Law of the Sea", 19 Scandinavian Studies in Law, 1975, p. 101. 另参见: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 18.

[283] 另参见: the Convention on Transit Trade of Land-Locked States, 1965.

[284] 例如参见 1958 年《日内瓦领海公约》第 14 条第 1 款;1958 年《日内瓦公海公约》第 2 条第 1 款,以及 1982 年公约第 17、38(1)、52(1)、53(2)、58(1)、87 和 90 条。

[285] 1982 年公约第 69 条第 1 款。

[286] 第 70 条第 1 款。第 70 条第 2 款将地理不利国界定为“其地理条件使其依赖于开发同一分区域或区域的其他国家专属经济区内的生物资源,以供应足够的鱼类来满足其人民或部分人民的营养需要的沿海国,包括闭海或半闭海沿岸国在内,以及不能主张有自己的专属经济区的沿海国”。

加以制订,并考虑到各种因素,包括:避免对沿海国的渔民社区或渔业造成不利影响的需要,以及各国人民的营养需要。[287]

有关国际海底制度的条款,1982 年公约第 148 条规定应当促进发展中国家有效参加"国际海底区域"内活动,并适当顾及其特殊利益和需要,尤其是其中的内陆国和地理不利国在克服因不利位置,包括距离"区域"遥远和出入"区域"困难而产生的障碍方面的特殊需要。[288]

609 公海[289]

西班牙和葡萄牙在 15 和 16 世纪主张闭海的概念,并得到教皇布尔斯的支持,后者于 1493 年和 1506 年将世界海洋分割给了这两个大国。然而,这一概念在 18 世纪被公海以及与其相伴的公海自由的观念所取代。

公海自由的核心是任何国家不得将公海的任何部分置于其主权之下。[290] 虽然这是一般规则,但要受承认、默认和时效理论的制约,根据这些理论,如果长期使用被其他国家所接受,那么该国就可以把其领水外的某些公海区域纳入其主权控制之下。"英挪渔业"案强调了这一点。[291]

1958 年《公海公约》第 1 条将公海界定为不包括在一国领海或内水中的全部海域。这反映了习惯国际法。然而,由于发展的原因,1982 年公约第 86 条将公海界定为:不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国群岛水域内的全部海域。

1982 年公约第 87 条(发展了 1958 年《公海公约》第 2 条)规定,公海对所有国家开放,公海自由须在本公约和其他国际法规则所规定的条件下行使。公海自由,除其他外,包括:航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道的自由[292]、建造国际法所容许的人工岛

---

[287] 参见第 69 条第 2 款和第 70 条第 2 款。还应注意,第 69 条第 4 款和第 70 条第 5 款将发达内陆国的此种参与权限制在同一分区域或区域的发达沿海国。根据第 71 条,第 69 和第 70 条的规定不适用于经济上极为依赖于开发其专属经济区内生物资源的沿海国的情形。

[288] 另参见:第 152、160 和 161 条。

[289] 例如参见: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 14; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. II, chapter 21, and Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 11. 另参见: *Oppenheim's International Law*, pp. 710 及其以下 and Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 1194.

[290] 参见 1958 年《公海公约》第 2 条和 1982 年公约第 89 条。

[291] ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86. 参见上文,第 559 页。

[292] 受公约第六部分有关大陆架规定的限制。

屿和其他设施的自由[293]，捕鱼自由以及科学研究的自由。[294] 行使这些自由须适当顾及其他国家行使公海自由的利益，并适当顾及本公约所规定的同“国际海底区域”内活动有关的权利。[295] 610

澳大利亚和新西兰在“核试验”案[296]中宣称法国在太平洋进行的核试验违反了海洋自由原则，但国际法院并未就此加以裁断。1963 年《禁止核试验条约》禁止在公海和陆地上试验核武器，但法国不是该条约的当事国，而且它似乎也不是一个对所有国家都有拘束力的习惯规则，而只是一个条约。[297] 但是，1982 年《公约》第 88 条规定公海应只用于和平目的。

一般认为第 2 条中所含的原则包括在公海上进行海军演习的自由以及科学研究的自由。

航行自由[298]和捕鱼自由[299]是公海制度中传统和公认的内容。而国际法院在“渔业管辖权”案[300]中的陈述进一步确认了这一点。法院指出，冰岛单方面将其渔区从 12 海里扩展到 50 海里的举动违反了《公海公约》第 2 条，而正如该公约的前言所言，该条是“国际法既定原则的通常宣布”。公海自由不仅适用于沿海国，而且适用于内陆国。[301]

由于交战双方在战争后期都攻击民用船舶，两伊战争期间提出了武装冲突时公海上的航行自由问题。英国没有依据古老的和有些过时的海战规则[302]，而主要是根据《联合 611

---

〔293〕 受公约第六部分有关大陆架规定的限制。

〔294〕 受公约第六部分有关大陆架的规定，以及第十三部分有关海洋科学研究规定的限制。

〔295〕 参见下文，第 628 页。

〔296〕 ICJ Reports, 1974, pp. 253 and 457; 57 ILR, pp. 350, 605. 另参见：国际法院 1995 年 9 月 22 日在 *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)* 案中的命令，ICJ Reports, 1995, p. 288，其中法院拒绝同意新西兰借口法国重新开始在南太平洋进行地下核试验而审查 1974 年判决的请求。

〔297〕 然而，应注意禁止核武器的区域性协定的发展：参见 1967 年《拉丁美洲禁止核武器的特拉特洛尔科条约》，该条约将禁止核武器的范围扩展至领海、空气空间以及缔约国根据各自立法拥有主权的其他区域；1985 年《建立南太平洋无核区的拉罗汤加条约》；1996 年《非洲无核区条约》以及 1995 年《东南亚无核区条约》。

〔298〕 参见“科孚海峡”案，ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22; 16 AD, p. 155，和“尼加拉瓜诉美国”案，ICJ Reports, 1986, pp. 14, 111—12; 76 ILR, pp. 349, 445.

〔299〕 参见“英挪渔业”案，ICJ Reports, 1951, pp. 116, 183; 18 ILR, pp. 86, 131. 另见下文，第 623 页。

〔300〕 ICJ Reports, 1974, p. 3.

〔301〕 参见上文，第 607 页。

〔302〕 例如参见：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 17, and C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 6th edn, London, 1967, part II.

国宪章》分析了这一问题，并作出如下声明[303]：

> 英国支持公海航行自由原则，谴责包括攻击商船在内的一切违反武装冲突法的行为。根据《联合国宪章》第51条，陷入武装冲突的国家（如伊朗和伊拉克）在行使其自卫这一固有权利时，如果有合理的根据怀疑外国商船正向冲突的另一方运送用于该冲突的军火，有权在公海上拦截和搜查该船。这是一项例外的权利：如果怀疑被证实为无根据或该船没有从事引发怀疑的行为，则船东有足够理由要求对延迟所造成的损失予以赔偿。但是，这一权利不能扩展到设置海上封锁或其他形式的经济战。

公海上的管辖权[304]

公海秩序的维持依赖于船舶的国籍概念以及船旗国由此对船舶实施的管辖。国内法和国际法的规则和制度基本上都是由船旗国实施的。无国籍船舶将被剥夺公海法律制度下的诸多好处和权利。

每个国家应确定对船舶给予国籍、船舶在其领土内登记及船舶悬挂该国旗帜的权利的必要条件。[305] 船舶的国籍取决于其所悬挂的旗帜，但1982年公约第91条还规定国
612 家和船舶之间必须有“真正联系”。[306] 该规定反映了“一般国际法中的一条牢固确立的规则”[307]，目的在于限制利比里亚和巴拿马等国家所使用的方便旗，由于低税收和不适用大部分的工资和社会保险协议，一些船舶希望获得这些国家的国籍。方便旗实际上使得这些船舶能够以非常低的成本运营。然而，“真正联系”到底包括什么内容，以及可以如何规制对第5条的滥用这些问题尚未得到解决。一些国家，如美国，主张“真正联系”实际上只等于以有效方式实施管辖的义务，而不是授予国籍，以及其他国家接受该项授予的前提条件。[308]

1960年“政府间海事协商组织”案（the *IMCO* case）[309]终于提供了一个讨论该规定含义的机会。为了组建政府间海事协商组织委员会的目的，该案请求国际法院界定“最

---

[303] *Parliamentary Papers*, 1987—8, HC, Paper 179-II, p. 120 and UKMIL, 59 BYIL, 1988, p. 581.

[304] 例如参见：*Oppenheim's International Law*, p. 731.

[305] 1958年《公海公约》第5条和1982年《公约》第91条。

[306] 1958年《公海公约》第5条已经对此增加了下述要求，即“特别是，国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制”。这一要求出现在1982年公约第94条中。

[307] 参见国际海洋法法庭1999年关于“赛加号”案（第2号）的判决，120 ILR, pp. 143, 175.

[308] 参见：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 213及其以下。

[309] ICJ Reports, 1960, p. 150; 30 ILR, p. 426.

大的船舶所有国”。法院认为该术语仅指登记吨位，从而使利比里亚和巴拿马被选入委员会。遗憾的是，没有用此机会来考虑方便旗的问题，或是按照所涉船舶真实的所有权来考虑“真正联系”的含义。因此，怀疑和不确定仍然存在。

在联合国贸易与发展大会的倡议下，1984 年 7 月举行了联合国船舶登记大会，并于 1986 年签署了一项协议。它试图解决方便旗问题，因为到 1985 年年初大约三分之一的世界商船队都悬挂着此类旗帜。它专门规定，船旗国应在其法律和规章中规定悬挂其旗帜的船舶的所有权，而这些规定应适当包括其国民作为此类船舶的所有者，并且这些规定应足以使船旗国对悬挂其旗帜的船舶行使管辖和控制权。[310]

两伊战争期间伊朗对科威特船舶的攻击引发了真正联系问题。这促使科威特请求 613
英国和美国允许其油轮悬挂它们的旗帜。美国于 1987 年年初同意 11 艘油轮悬挂美国旗帜并在波斯湾像保护其他美国船舶那样保护它们。[311] 英国也同意一些科威特油轮悬挂其旗帜，但需满足贸易和工业部的条件。[312] 两国都主张真正联系的要求得到了满足，而且鉴于此情况下与界定真正联系相关的国家实践晦暗不明，因此很难说美国和英国的行为违法。国际海洋法法庭在“赛加号”案（第 2 号）中强调说，授予和吊销船舶国籍属于船旗国的专属管辖，虽然有关该问题的争端可能要提交 1982 年公约的争端解决程序。船舶国籍的问题需要根据当事各方提交的证据作出决断。[313] 船旗国的行为“对于该争端永远都十分重要，”是决定船舶国籍或登记时的一个重要考虑因素。[314] 法庭还确认，真正联系要求是为了确保有效履行船旗国的义务，而不是要建立一个标准，由此其他国家可以质疑船舶在船旗国登记的有效性。[315]

船舶航行应仅悬挂一国的旗帜，并（除例外情形外）受该国的专属管辖。如果船舶悬挂一国以上旗帜航行，根据公约，可视同无国籍船舶，不得主张其中任一国籍。[316] 无国籍船舶以及不悬挂旗帜的船舶在公海上可以被登临和逮捕。枢密院在“纳伊姆·莫温

---

〔310〕 *Keesing's Contemporary Archives*, p. 33952.

〔311〕 参见：26 ILM, 1987, pp. 1429—30, 1435—40 and 1450—2. 另参见：37 ICLQ, 1988, pp. 424—45, and M. H. Nordquist and M. G. Wachenfeld, “Legal Aspects of Reflagging Kuwaiti Tankers and Laying of Mines in the Persian Gulf”, 31 German YIL, 1988, p. 138.

〔312〕 例如参见：1 19 HC Deb., col. 645, 17 July 1987.

〔313〕 120 ILR, pp. 143, 175—6. 同时参见国际海洋法法庭 2001 年在“大王子号”案中的判决，第 81 段及其以下，125 ILR, pp. 272, 297 ff. 参见：www. itlos. org/start2 en. html.

〔314〕 *M/V Saiga*, 120 ILR, pp. 143, 176 以及 2001 年“大王子号”案, para. 89, 125 ILR, pp. 272, 299.

〔315〕 *M/V Saiga*, 120 ILR, pp. 143, 179.

〔316〕 1958 年《公约》第 6 条和 1982 年《公约》第 92 条。

614 诉巴勒斯坦总检察长”案(*Naim Molvan* v. *Attorney-General for Palestine*)[317]中采纳了这一观点,该案涉及英国海军扣押了一艘试图向巴勒斯坦偷渡的无国籍船舶。

公海管辖权的基本原则是船旗国独自对船舶行使此项权利。[318] 这在“荷花号”案[319]中得到体现,法院认为“公海上的船舶不受船旗国以外任何当局的管辖”。[320] 对于军舰和由一国所有或经营并专用于政府非商业性服务的船舶而言,这种专属性没有任何例外。根据1982年《公约》第95和第96条,此类船舶享有“不受船旗国以外任何其他国家管辖的完全豁免权”。[321]

船旗国专属管辖的例外

然而,对其他船舶而言,这项基本原则是有例外的,而公海自由的概念也同样受一系列例外的限制。

登临权

由于海洋法在一定程度上依赖于船舶的国籍,因此习惯国际法承认军舰有接近船舶以辨别其国籍的权利。但接近以辨别船舶的权利并不包括登临权。如果军舰和商船的船旗国不是处于敌对状态,那么除非有专门条约作出相反的规定,军舰就只有在该商船从事海盗行为或奴隶贩卖,或虽然悬挂外国旗帜或根本没有旗帜,但事实上却与该军舰
615 属同一国籍或没有国籍的情况下才能登临。即使在此种情况下,军舰也须审慎从事,因为如果嫌疑经证明为无根据,而且被登临的船舶并未从事嫌疑的任何行为,那么其对该船舶可能遭受的任何损失或损害应予以赔偿。因此,国际法便对接近权做了一个狭义的解释,尽管先前的趋势是扩大这一权利。上述规定被吸收在《公海公约》第22条中。1982年公约第110条又增加了一种行使登临权的情况,即该船从事未经许可的广播而军舰的船旗国依据《公约》第109条有起诉该罪犯的管辖权。

---

[317] [1948] AC 351; 13 AD, p.51. 另参见:例如 *US v. Dominguez* 604 F.2d 304 (1979); *US v. Cortes* 588 F.2d 106 (1979); *US v. Monroy* 614 F. 2d 61 (1980) and *US v. Marino-Garcia* 679 F.2d 1373 (1982). 在后一案件中,法院将无国籍船舶称为“国际贱民”,同上,第1383页。

[318] 参见1958年《公约》第6条和1982年《公约》第92条。

[319] PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p.25; 4 AD, p.153. 另参见: *Sellers v. Maritime Safety Inspector* [1999] 2 NZLR 44, 46—8; 120 ILR, p.585.

[320] 注意,船旗国的义务规定在1982年《公约》第94、97、98、99、113和115条中。

[321] 参见1958年《公海公约》第8和第9条。

海盗[322]

最难以处理的船旗国专属管辖权和公海自由原则的例外就是海盗的概念。海盗在国际法中被严格地加以界定,1982 年《公约》第 101 条宣布下列行为中的任何行为构成海盗行为:

> (a) 私人船舶或私人飞机的船员、机组成员或乘客为私人目的,对下列对象所从事的任何非法的暴力或扣留行为,或任何掠夺行为:(1) 在公海上对另一船舶或飞机,或对另一船舶或飞机上的人或财物;(2) 在任何国家管辖范围以外的地方对船舶、飞机、人或财物;(b) 明知船舶或飞机成为海盗船舶或飞机的事实,而自愿参加其活动的任何行为;(c) 教唆或故意便利(a)或(b)项所述行为的任何行为。[323]

国际法上的海盗的本质是必须为私人目的而犯罪。换句话说,任何出于政治原因的劫持或夺取行为自动被排除在海盗的定义之外。同样的,船员针对自己的船舶或船上的财物或人员所犯的任何行为也不属于海盗的范畴。

在公海上,或在任何国家管辖范围以外的任何其他地方,任何国家均可扣押海盗船舶或飞机,逮捕船上或机上人员并扣押船上或机上财物。另外,扣押国的法院可判定刑 616
罚,并可决定对船舶、飞机或财产所应采取的行动,但受善意第三者的权利的限制。[324]鉴于国际法是如此重视每一特定国家在其领土内的主权和管辖权,每个国家都可以逮捕和审判从事海盗的人员这一事实就使得该犯罪在国际法中显得极为特别。第一个有关实施公约关于海盗规定的区域性多边条约是 2005 年《亚洲地区反海盗及武装劫船合作协定》,它号召在新加坡建立一个信息分享中心,并将公海上海盗的规定扩展到发生在内水、领海和群岛水域的事件。[325]

奴隶贩卖[326]

尽管所有国家都可以打击海盗,但公海上的大部分犯罪却只能按照各国国内立法所

---

[322] 例如参见: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 299; *Oppenheim's International Law*, p. 746, and B. H. Dubner, *The Law of International Sea Piracy*, The Hague, 1979.

[323] 另参见:1958 年《公海公约》第 15 条。注意,1982 年《公约》第 105 条处理的是扣押海盗船舶或飞机,而第 106 条规定为无足够理由的扣押提供赔偿。另参见: *Athens Maritime Enterprises Corporation v. Hellenic Mutual War Risks Association* [1983] 1 All ER 590; 78 ILR, p. 563.

[324] 参见 1958 年《公约》第 19 条和 1982 年《公约》第 105 条。同时参见 1988 年《制止危及海上航行安全的非法行为公约》以及 1989 年议定书。注意,2008 年 4 月 18 日一法国法院审判了六名索马里海盗,他们被指控在亚丁湾劫持了一艘法国游艇,但随后释放了人质。法国军队逮捕了这些索马里人,并在征得索马里总统许可后将他们带回法国:参见 www. news. bbc. co. uk/1/hi/world/Europe/7355598. stm.

[325] See 44 ILM, 2005, p. 829.

[326] 例如参见: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 309.

规定的方式加以惩治，即使国际法要求建立此种规则。1982 年《公约》第 99 条规定，每个国家应采取有效措施，防止和惩罚准予悬挂该国旗帜的船舶贩运奴隶，并防止为此目的而非法使用其旗帜。在任何船舶上避难的任何奴隶，不论该船悬挂何国旗帜，均当然获得自由。[327] 根据第 110 条，军舰可以登临有合理根据被怀疑从事奴隶贩卖的外国商船；罪犯必须移交船旗国加以审判。[328]

617 未经许可的广播[329]

根据 1982 年公约第 109 条，所有国家应进行合作，以制止从公海从事未经许可的广播。“未经许可的广播”被界定为船舶或设施违反国际规章在公海上播送旨在使公众收听或收看的传音或电视广播，但遇难呼号的播送除外。对于从事此类广播的任何人，下列国家均可加以追诉：船旗国、设施登记国、广播人所属国、可以收到这种广播的任何国家，以及得到许可的无线电通信受到干扰的任何国家。

上述有管辖权的任何国家可在公海上逮捕从事未经许可的广播的任何人或船舶，并扣押广播器材。[330]

紧追[331]

对外国船舶的紧追权是为了确保违反沿海国法规的船舶不能借助逃往公海而躲避惩罚而设计的一项原则。实际上，它意味着沿海国在特定情形下可以将其管辖权扩展到公海上以追逐和扣押一艘涉嫌违反其法律的船舶。自 19 世纪以来，该权利已经发展出各种形式[332]，1982 年《公约》第 111 条在 1958 年《公海公约》第 23 条的基础上对其做了详尽规定。

该条规定，当沿海国主管当局有充分理由认为外国船舶违反其法律时就可以开始紧追。此项追逐须在外国船舶或其小艇之一在追逐国的内水、领海或毗连区内时开始，而且只有追逐未曾中断，才可在领海或毗连区外继续进行。然而，如果追逐开始时外国船

618

---

[327] 另参见 1958 年《公海公约》第 13 条。

[328] 另参见 1958 年《公海公约》第 22 条。有几个制止奴隶贸易的国际条约，一些还规定了在公海上登临和检查的互惠权利：例如参见：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 171—2. 此外，根据 1982 年《公约》第 108 条，所有国家应进行合作，以制止非法毒品贩运。

[329] 例如参见：I. C. Woodliffe, “The Demise of Unauthorised Broadcasting from Ships in International Waters”, 1 *Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1986, p. 402, and Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 312.

[330] 另参见 1982 年《公约》第 110 条。此外，参见《关于制止从国家领土以外的站点进行广播的欧洲协定》。

[331] 例如参见：N. Poulantzas, *The Right of Hot Pursuit in International Law*, 2nd edn, The Hague, 2002, and *Oppenheim's International Law*, p. 739. 另参见：W. C. Gilmore, “Hot Pursuit: The Case of R v. Mills and Others”, 44 ICLQ, 1995, p. 949.

[332] 例如参见“孤独号”案，3 RIAA, p. 1609 (1935); 7 AD, p. 203.

舶在毗连区内，则追逐只有在设立该区所保护的权利遭到侵犯的情形下才可以进行。该权利也可以从群岛水域开始。此外，这一权利将比照适用于在专属经济区内或大陆架上（包括大陆架上设施周围的安全地带内）违反适用于这些区域的法律和规章的行为。

除非追逐的船舶认定被追逐的船舶或其小艇之一在领海范围内，或者，根据情况，在毗连区或专属经济区内或在大陆架上，紧追不得开始。至关重要的是，追逐开始前应当在外国船舶视听所及的距离内发出视觉或听觉的停驶信号，紧追权只可由军舰、军用飞机或经特别授权的政府船舶或飞机行使。紧追权在被追逐的船舶进入其本国领海或第三国领海时立即终止。国际海洋法法庭曾强调说，第 111 条所设定的条件是累加性的，紧追如欲合法，必须满足其中的每一个条件。[333] 在此种情况下拦截和逮捕船舶时应尽量避免使用武力，在不能避免的情况下，决不能超出合理和必要的限度。[334]

碰撞

遇有船舶在公海上碰撞，《公海公约》推翻了“荷花号”案的裁决[335]，宣布对船长或任何其他为船舶服务的人员的刑事诉讼或纪律程序，仅可向船旗国或此种人员所属国当局提出。它还规定，船旗国当局以外的任何当局，即使作为一种调查措施，也不应逮捕或扣留船舶。1982 年《公约》第 97 条重申了这一规定。

条约权利和协议[336]

在许多情况下，国家可以通过条约允许彼此的军舰对悬挂条约签字国旗帜的船舶行使某些登临和检查的权力。[337] 例如，19 世纪大多数与制止奴隶贸易有关的协定都规定，如果船舶悬挂的是条约当事国的旗帜，那么协定当事国的军舰可以搜查，有时并扣押涉嫌此种贸易的船舶。1884 年《保护海底电缆公约》授权缔约国军舰拦截和查明涉嫌违反该公约规定的商船的国籍，而其他涉及贩卖军火和走私酒类等事项的协定也规定有类似

619

---

[333] *M/V Saiga*, 120 ILR, pp. 143, 194.

[334] 同上，第 196 页。另参见“孤独号”案，3 RIAA, p. 1609 (1935); 7 AD, p. 203, 和“红十字军战士号”案，35 ILR, p. 485. 注意，1995 年《跨界种群公约》第 22 条第 1 款规定，检查国应避免使用武力，但为确保检查员安全和在检查员执行职务时受到阻挠而有必要使用者除外，并应以必要的程度为限。此外，武力的使用必须不超过根据情况为合理需要的程度。

[335] PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 25; 4 AD, p. 153.

[336] 例如参见：Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, 第 218 页及其以下。

[337] 这属于第 110 条的范围，它指出“除条约授权的干涉行为外”。

的权力。直到最近,这些活动的主要焦点实际上都与毒品走私有关。[338] 然而,目前大规模毁灭性武器的扩散问题至关重要。[339] 国际条约、双边条约、国际合作和安理会的行动都来处理这一问题。根据安理会 1992 年将大规模毁灭性武器的扩散界定为对国际和平与安全的威胁的声明[340],美国于 2003 年 5 月宣布了"防扩散安全倡议"。该倡议的参加国于 2003 年 9 月达成的一项"拦截原则"声明规定,采取有效措施拦截大规模毁灭性武器、它们的运载系统和相关材料,向和从受扩散关注的国家和非国家行为体的转手或运
620 输。这些措施将包括在征得参与国家许可后,于内水、领海或以外水域,登临和检查任何悬挂参与国旗帜的船只,如果有合理理由怀疑该船运载大规模毁灭性武器材料前往或来自受扩散关注的国家或非国家行为体的话。[341] 此外,美国还签署了许多双边大规模毁灭性武器拦截协定,规定同意登临船只。[342]

作为进一步的发展,安理会第 1540 号决议(2004)要求所有国家,除其他外,禁止和惩治向非国家行为体转手大规模毁灭性武器和运载系统,但没有直接提到拦截。[343] 此外,2005 年通过的《制止危及海上航行安全非法行为公约》的议定书主要规定将故意通过海洋运输大规模毁灭性武器和相关材料罪行化,并规定了在公海上进行拦截的实施措施。[344]

污染[345]

1958 年《公海公约》第 24 条号召各国制定规章以防止排油或倾倒放射性废物污染

---

[338] 参见:1981 年英国/美国《关于走私毒品的船只的协定》以及 *US v. Biermann*, 83 AJIL, 1989, p. 99. 另参见:例如 the Vienna Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988 and the Council of Europe Agreement on Illicit Traffic by Sea, 1995. 但是关于跨界种群协定的实施,参见下文,第 623 页。

[339] 例如参见:M. Byers, "Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative", 98 AJIL, 2004, p. 526; D. Joyner, "The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counter-proliferation and International Law", 30 Yale JIL, 2005, p. 507; D. Guilfoyle, "Interdicting Vessels to Enforce the Common Interest: Maritime Countermeasures and the Use of Force", 56 ICLQ, 2007, p. 69, and Guilfoyle, "Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction", 12 *Journal of Conflict and Security Law*, 2007, p. 1. 另参见 2006 年 4 月 25 日英国外交大臣的声明, UKMIL, 77 BYIL, 2006, pp. 773—4.

[340] S/23500, 31 January 1992.

[341] 参与国包括:美国、英国、澳大利亚、加拿大、法国、德国、意大利、日本、荷兰、新西兰、挪威、波兰、葡萄牙、新加坡、西班牙和土耳其:参见:Guilfoyle, "Maritime Interdiction", p. 12.

[342] 包括与:利比里亚、巴拿马、克罗地亚、塞浦路斯和伯利兹:参见 Guilfoyle, "Maritime Interdiction", p. 22.

[343] 参见下文,第 22 章,第 1208 和第 1240 页。

[344] Guilfoyle, "Maritime Interdiction", 第 28 页及其以下。

[345] 参见:Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 15; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 15, and O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. II, chapter 25. 参见下文,第 15 章。

海洋,同年的《捕鱼和养护公海生物资源公约》第1条宣称各国有义务采取或与其他国家合作采取必要措施以养护公海生物资源。尽管这些规定尚未获得巨大成功,但它们在一系列相互关联的保护海洋环境的补充协定中得到重申。

1969年签署并于1975年6月生效的《国际干预公海油污事故公约》规定,公约当事国可以在公海上采取必要措施:

> 以防止、减轻或消除由于海上事故或与该事故有关的行为所产生的油污或油污威胁对其海岸或有关利益的严重和紧迫的危险。 621

该规定是因1967年"托里·坎荣号"事件[346]而产生的,在该事件中,一艘利比里亚油轮在科尼什海岸外沉没,泄漏了大量原油,污染了英法两国大片海域。为防止进一步污染,英国飞机不得以对该油轮进行轰炸,烧毁了残存原油。《公海干预公约》规定了为结束对国家海岸的威胁可以采取的行动,而同样签署于1969年并于1975年6月生效的《国际油污损害民事责任公约》规定,造成油污损害的船舶所有人应负赔偿责任。

1971年《建立国际赔偿油污损害基金公约》对后一公约进行了补充。该公约的目的是对没有被1969年公约所涵盖的情况提供赔偿,并对船舶所有人额外的财政负担提供帮助。

这些公约只是有关海洋环境保护条约网络中很小的一部分。其他的还包括:1954年《防止海上油污公约》及其一系列意在禁止过分排放的修正文件;1972年《防止船舶和飞机倾倒污染海洋奥斯陆公约》以及随后的《防止倾倒废物污染海洋的伦敦公约》;1973年《防止船舶污染公约》;以及1974年《防止陆源物质污染海洋巴黎公约》。[347]

1982年公约中有近50个条款与保护海洋环境有关。船旗国仍保有为其船舶立法的权限,但公约同时设置了一些最低标准。[348] 该公约还规定,各国有责任履行其关于保 622
护和保全海洋环境的国际义务,应按照国际法承担责任。各国对于在其管辖下的人员污染海洋环境所造成的损害,必须确保按照其法律制度,可以提起申诉以获得迅速和适当的补偿或其他救济。[349]

---

[346] ILM, 1967, p. 480. 另参见1978年"阿莫克·卡迪滋"事件,例如, Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 241, 和1992—1993年"爱琴海和布雷尔"事件,例如, G. Plant, "'Safer Ships, Cleaner Seas': Lord Donaldson's Inquiry, UK Government's Response and International Law", 44 ICLQ, 1995, p. 939.

[347] 还有各种区域性和双边协定, Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, pp. 263—4.

[348] 参见第211条。同时一般参见第192—237条,涵盖了全球性和区域性合作、技术援助、检测和环境评价,以及防止污染的国际和国内法律的制订和执行等。

[349] 第235条。

各国有保护和保全海洋环境的基本义务。[350] 1982 年《公约》第 194 条还规定：

1. 各国应在适当情形下个别或联合地采取一切符合本公约的必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染，为此目的，按照其能力使用其所掌握的最切实可行的方法，并应在这方面尽力协调它们的政策。

2. 各国应采取一切必要措施，确保在其管辖或控制下的活动的进行不致使其他国家及其环境遭受污染的损害，并确保在其管辖或控制范围内的事件或活动所造成的污染不致扩大到其按照本公约行使主权权利的区域之外。

3. 依据本部分采取的措施，应针对海洋环境的一切污染来源。这些措施，除其他外，应包括旨在在最大可能范围内尽量减少下列污染的措施：

(a) 从陆上来源、从大气层或通过大气层或由于倾倒而放出的有毒、有害或有碍健康的物质，特别是持久不变的物质；

(b) 来自船只的污染，特别是为了防止意外事件和处理紧急情况，保证海上操作安全，防止故意和无意的排放，以及规定船只的设计、建造、装备、操作和人员配备的措施；

(c) 来自用于勘探或开发海床和底土的自然资源的设施和装置的污染，特别是为了防止意外事件和处理紧急情况，保证海上操作安全，以及规定这些设施或装置的设计、建造、装备、操作和人员配备的措施；

623 (d) 来自在海洋环境内操作的其他设施和装置的污染，特别是为了防止意外事件和处理紧急情况，保证海上操作安全，以及规定这些设施或装置的设计、建造、装备、操作和人员配备的措施。

4. 各国采取措施防止、减少或控制海洋环境的污染时，不应对其他国家依照本公约行使其权利并履行其义务所进行的活动有不当的干扰。[351]

---

[350] 第 192 条。

[351] 另见“莫克斯”案，国际海洋法法庭 2001 年 12 月 3 日临时措施命令，www. itlos. org/start2 en. html；2003 年 7 月 2 日“OSPAR”案的裁决，参见 www. pca-cpa. org/upload/files/OSPAR% 20Award. pdf；仲裁法庭暂停程序，2003 年 6 月 24 日第 3 号命令和 2003 年 11 月 14 日第 4 号命令，参见：www. pca-cpa. org/upload/files/MOX% 20Order% 20no3. pdf 以及 www. pca-cpa. org/upload/files/MOX% 20Order% 20No4. pdf，以及 126 ILR，pp. 257 及其以下 和 310 及其以下。另见：2006 年 5 月 30 日欧洲法院的判决，Case C459/03，*Commission* v. *Ireland*，45 ILM，2006，p. 1074，其中法院裁定，爱尔兰因为根据公约争端解决机制提起针对英国的诉讼，违反了依据下述规定承担的义务：《欧洲共同体条约》第 10 和第 292 条以及《欧洲原子能条约》第 192 和第 193 条。

跨界种群[352]

公海捕鱼自由是一项基本的公海自由，但它不是完全的或绝对的。[353] 专属经济区的发展意味着公海区域的缩小，因此大量的鱼类种群如今位于沿海国的专属经济区内。另外，此类沿海国利益的扩张已经明显地影响到了公海规则。

1982 年《公约》第 56 条第 1 款规定，沿海国为勘探和开发、养护和管理经济区内鱼类种群的目的，对其经济区享有主权权利。此项权利伴有采取养护和管理措施的义务，以确保专属经济区内的鱼类种群不受过度开发的危害，并使其维持在或恢复到能够生产最高持续产量的水平。[354] 如果同一种群或有关联的鱼种的几个种群出现在两个或两个以上沿海国的专属经济区内，这些国家应直接或通过适当的分区域或区域组织，设法就必要措施达成协议，协调并确保这些种群的养护和发展。[355] 1982 年《公约》第 116 条(b)规定，公海捕鱼自由受上述沿海国的权利、义务和利益的限制，同时 1982 年公约为各国设置了为其国民采取养护公海生物资源必要措施的一般义务，以及在决定可捕量和制订其他养护措施时应考虑的各种标准。[356]

---

[352] 例如参见：Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 226; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 305; F. Orrego Vicuña, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge, 1999; W. T. Burke, *The New International Law of Fisheries*, Oxford, 1994; H. Gherari, "L"Accord de 4 août 1995 sur les Stocks Chevauchants et les Stocks de Poisson Grands Migrateurs', 100 RGDIP, 1996, p. 367; B. Kwiatowska, "Creeping Jurisdiction beyond 200 Miles in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice", 22 *Ocean Development and International Law*, 1991, p. 167; E. Miles and W. T. Burke, "Pressures on the UN Convention on the Law of the Sea 1982 Arising from New Fisheries Conflicts: The Problem of Straddling Stocks", 20 *Ocean Development and International Law*, 1989, p. 352; E. Meltzer, "Global Overview of Straddling and Highly Migratory Fish Stocks: The Nonsustainable Nature of High Seas Fisheries", 25 *Ocean Development and International Law*, 1994, p. 256; P. G. G. Davies and C. Redgwell, "The International Legal Regulation of Straddling Fish Stocks", 67 BYIL, 1996, p. 199; D. H. Anderson, "The Straddling Stocks Agreement of 1995-An Initial Assessment", 45 ICLQ, 1996, p. 463, and D. Freestone and Z. Makuch, "The New International Environmental Law of Fisheries: The 1995 United Nations Straddling Stocks Agreement", 7 *Yearbook of International Environmental Law*, 1996, p. 3.

[353] 参见 1958 年《公海公约》第 2 条、1958 年《捕鱼和养护生物资源日内瓦公约》第 1 和第 6 条，以及 1982 年公约第 116 条。特别是，捕鱼自由受一国的条约义务、沿海国的利益和权利，以及养护要求的限制。有关国际渔业法的一般情况，参见 www. oceanlaw. net/，关于"渔业管辖权"案，参见上文，第 581 页。

[354] 第 61 条。另见第 62 条。

[355] 第 63 条第 1 款。这不影响 1982 年公约该部分的其他规定。

[356] 参见第 117—120 条。1982 年公约的一系列规定都适用于特殊种群，例如，第 64 条与高度回游种群(如金枪鱼)有关；第 65 条与海洋哺乳动物(如鲸，有关这一点同时参见国际捕鲸委员会的工作)有关；第 66 条与溯河产卵种群(如鲑鱼)有关；第 67 条与降河产卵鱼种(如鳗鱼)有关，而第 68 条与定居种(被视为沿海国大陆架上自然资源的一部分)有关。参见第 77 条第 4 款。

同时出现在专属经济区和公海内的跨界种群引发特殊问题，因为如果不对后者加以某种规范的话，经常出现在专属经济区内的渔业种群就会由于在公海上对其无限制的捕捞而枯竭。1982 年公约第 63 条第 2 款规定，如果同一种群或有关联的鱼种的几个种群出现在专属经济区内而又出现在专属经济区外的邻接区域内，沿海国和在邻接区域内捕捞这种种群的国家，应直接或通过适当的分区域或区域组织，设法就必要措施达成协议，以养护在邻接区域内的这些种群。

然而，1982 年公约的规定并非详尽无遗[357]，同时因为跨界种群的问题变得日益明显[358]，1993 年召开了跨界种群大会并于两年后缔结了一个协定。该协定强调了养护和管理跨界鱼类种群和高度回游鱼类种群的必要性，并特别号召适用预防性方法。[359] 沿海国和在公海捕鱼的国家应直接或通过适当的分区域或区域组织就管理和养护跨界鱼类种群和高度回游鱼类种群进行合作，并应在任何有关国家的请求下毫不迟延地进行善意协商，以期建立适当安排以确保种群的养护和管理。[360] 分区域或区域组织是重点，第 10 条规定，各国在通过分区域或区域组织或安排履行合作义务时，除其他外，应议定措施以确保跨界和高度回游鱼类种群的长期可持续能力，酌情议定各种参与权利，如可捕
626 量的分配或渔获量水平。特别号召，为有效的监督、管制、监督和执法建立适当的合作机制，议定有助于及时和有效制定养护和管理措施的决策程序，以及促进和平解决争端。措施的实施主要依赖船旗国。第 18 条规定，船旗国应采取必要措施确保其船舶遵守分区域和区域养护和管理措施，而第 19 条规定，无论违法行为发生于何处，船旗国都必须执行此种措施并立即对任何被指控的违法行为进行调查。第 21 条专门规定了分区域和区域的执法合作问题，规定在分区域或区域组织或安排所覆盖的任何公海部分，作为此种组织的成员或安排的参与方的缔约国可以登临和检查悬挂本协定另一缔约国旗帜的渔船，而不论该另一缔约国是否为此种组织或安排的成员或参与方。行使登临和检查的

---

[357] 参见，例如：Burke, *New International Law of Fisheries*, pp. 348 及其以下, and B. Kwiatowska, "The High Seas Fisheries Regime: At a Point of No Return?", 8 *International Journal of Marine and Coastal Law*, 1993, p. 327.

[358] 例如，关于纽芬兰、白令海、巴伦支海、鄂霍次克海、巴塔哥尼亚和福克兰群岛的大浅滩，参见：Anderson, "Straddling Stocks Agreement", p. 463.

[359] 参见：《跨界种群协定》第 5 和 6 条。有关此种方法，同时参见下文，第 15 章，第 868 页。该协定于 2001 年 12 月 11 日生效，有关它的一般情况，参见 www. un. org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_fish_stocks. htm.

[360] 第 8 条。注意，根据第 1 条第 3 款，本协定"比照适用于属下船只在公海捕鱼的其他捕鱼实体。"其意图在于指台湾，例如参见，Orrego Vicufia, *High Seas Fisheries*, p. 139, 以及 Anderson, "Straddling Stocks Agreement", p. 468.

权力的目的是确保该组织或安排订立的养护和管理措施得到遵守。如在登临和检查后有明显理由相信船只曾从事任何违反有关养护和管理措施的行为,检查国应搜集证据并迅速通知船旗国。船旗国应在3个工作日内予以答复,并履行第19条规定的调查和执行义务,或授权检查国进行调查。在后一种情况下,船旗国以后必须采取执法行动或授权检查国采取此种行动。如果有明显理由相信船只曾犯下严重违反行为,而船旗国没有按要求予以回复或采取行动,则检查员可留在船上搜集证据并可要求船长将船驶往最近的适当港口。[361] 第23条规定,港口国有权利和义务按照国际法采取措施,以促进分区域、区域和全球养护和管理措施的效力。[362]

这一领域内的一个重要的区域性组织是北大西洋渔业组织(NAFO),它是根据1978年《北大西洋渔业公约》成立的。该组织建立的"渔业委员会"负责公约覆盖区域内的养护措施。欧洲共同体是该公约的当事方,但它曾数次反对组织的总体捕捞配额以及该配额在缔约国之间的分配。特别是,当组织决定降低欧共体1995年对格陵兰大比目鱼的捕捞配额时,一场争端发生了。[363] 欧共体通过组织的程序正式反对这一决定,并确立了它自己的大比目鱼配额,该配额超过了组织决定的配额。1994年5月加拿大修改了其1985年的《海岸渔业保护法》,以使其能够采取行动避免对跨界种群的进一步损害。按照该法,来自任何国家的任何船只,不论按照怎样好的养护规则捕鱼,都要受加拿大行动的限制。为保护加拿大200海里界限以外的格陵兰大比目鱼不被过度捕捞,1995年年初发布了规章。是年3月9日,加拿大官员登上了一艘正在加拿大海岸外约245海里处的名为大浅滩的公海上捕鱼的西班牙船只,逮捕了船长,扣押了船只并将其拖到加拿大港口。西班牙在国际法院提起诉讼,但由于管辖权原因没有成功。[364] 1995年4月欧共体和加拿大达成一项协议,欧共体获得了更大的格陵兰大比目鱼配额,而加拿大则暂停对该船的诉讼,并同意废除禁止西班牙和葡萄牙船只在北大西洋渔业组织管制区域内捕鱼的规定。双方还同意改进控制和执法的程序。[365] 在其他地区也已发生了问题。例如,白令海中被俄罗斯和美国的专属经济区所包围的一部分公海被称为"炸面饼圈空洞"[366],而鄂霍次克海中被俄罗斯经济区所包围的一部分公海被称为"花生米空洞"。

627

---

[361] 同时参见第22条。

[362] 注意,根据第17条第3款,要求第1条第3款所指的捕鱼实体与有关的组织或安排进行合作。

[363] 例如参见:P. G. G. Davies, "The EC/Canadian Fisheries Dispute in the Northwest Atlantic", 44 ICLQ, 1995, p. 927.

[364] ICJ Reports, 1998, p. 432.

[365] 参见: European Commission Press Release, WE/15/95, 20 April 1995.

[366] 参见:1994年《养护和管理中白令海的鳕鱼资源公约》。

2001 年签署了《养护和管理太平洋西部和中部高度回游鱼类种群公约》。公约建立了一
628 个委员会以决定(除其他外)区域内的全部可捕量事项并制订捕鱼行为标准。[367]

国际海底[368]

引言

近些年来,公海下面蕴藏着的财富越来越为人所知。据估计,约有 1750 亿吨的锰结核分布在大约 15% 的海床上。这远远超出了陆地上相关矿藏(主要是锰、镍、铜、钴)的储量。[369] 这一矿产资源对于拥有或将要拥有开采该结核的技术能力的发达国家而言具有莫大的潜在重要性,但却给发展中国家,特别是那些依赖出口几种矿物的国家带来了问题。例如,赞比亚占钴总产量的三分之一,而加蓬和印度各占锰总产量的 8%。[370] 截止 1990 年代初期,大约主要有 6 个深海矿业国际财团,包括许多美国、日本、加拿大、英国、比利时、德国、丹麦和法国的公司。[371] 它们的采矿技术十分先进,并已进行了一些基本投资,但未来几年内似乎不会有大量的开采活动。

629 1969 年联合国大会通过了第 2574 号决议,号召暂停深海底活动,一年后又通过了《关于各国管辖范围以外海床洋底及其底土("区域")的原则宣言》,宣布"区域"及其资源为"人类共同继承财产",不能被分割,除非按照即将建立的调整其勘探和开发的国际制度,不能对其取得任何权利。

---

〔367〕 还应注意,关于特殊的鱼类种群还存在其他协定,例如,1996 年《养护大西洋金枪鱼国际公约》,1993 年《养护麦氏金枪鱼公约》,以及 1993 年《印度洋金枪鱼委员会协定》。

〔368〕 参见,例如: Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 17; O'Connell, *International Law of the Sea*, vol. I, chapter 12; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 12; E. Luard, *The Control of the Seabed*, Oxford, 1974; B. Buzan, *Seabed Politics*, New York, 1976; T. G. Kronmiller, *The Lawfulness of Deep Seabed Mining*, New York, 2 vols., 1980; E. D. Brown, *Sea-Bed Energy and Mineral Resources and the Law of the Sea*, London, 3 vols., 1986; A. M. Post, *Deepsea Mining and the Law of the Sea*, The Hague, 1983; A. D. Henchoz, *Règlementations Nationales et Internationales de l'Exploration et de l'Exploitation des Grans Fonds Marins*, Zurich, 1992; *Oppenheim's International Law*, p. 812, and Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 1210.

〔369〕 参见,例如: *Seabed Mineral Resource Development*, UN Dept. of International Economic and Social Affairs, 1980, ST/ESA/107, pp. 1—2.

〔370〕 同上,第 3 页。扎伊尔现在叫刚果民主共和国。

〔371〕 同上,第 10—12 页。

1982 年《海洋法公约》(第十一部分)

按照公约,"区域"[372]及其资源被视为人类的共同继承财产,任何主权或其他权利均不予承认。然而,从"区域"内回收的矿物根据公约是可以让渡的。[373] "区域"内活动应由依公约建立的"国际海底管理局"(管理局)或以其名义,为全人类的利益而进行。[374]管理局应公平分配此种利益。[375] 根据第 153 条,"区域"内活动应由企业部(管理局建立的运作机构)和缔约国或国营企业、或具有缔约国国籍或由其有效控制的自然人或法人,与管理局以协作方式进行。后者的"有限申请者"须提交正式书面工作计划,由理事会在法律和技术委员会审议后核准。[376]

该工作计划应指明两块具有相等估计商业价值的矿址。然后管理局可以批准其中一块矿址的工作计划,并将另一块定为"保留区",只能由管理局通过企业部或与发展中 630
国家联合开发。[377]

大会第一项决议建立了一个筹备委员会以安排管理局和国际海洋法法庭的运作。[378]

大会第二项决议特别规定了 8 个"先驱投资者",4 个来自法国、日本、印度和苏联,4 个来自比利时、加拿大、联邦德国、意大利、日本、荷兰、英国和美国,其他的可能来自发展中国家,并给予投资者地位。每个投资者必须已为海底采矿的准备工作投资至少 3000 万美元,而其中至少 10% 必须投资在一个特定的矿址。提议国必须证明上述行为已经发生。[379] 此类先驱投资者能够在公约生效前从事勘探活动,在分派开发合同时较其他申请者优先(企业部除外)。[380] 印度、法国、日本和苏联 1987 年以各国际财团的名义登

---

[372] 第 1 条将其界定为"国家管辖范围以外的海床和洋底及其底土"。它将开始于大陆边的外缘或至少从基线量起 200 海里的地方。

[373] 第 136 和第 137 条。

[374] 参见下文,第 633 页。注意,"区域"内的某些活动并不需要管理局的同意,例如,铺设海底电缆和管道,以及不涉及海底资源的科学研究:参见第 112、143 和 256 条。

[375] 第 140 条。同时参见第 150 条。

[376] 同时参见附件三第 3 和第 4 条。高度争议的技术转让要求也包括在内,同上,第 5 条。

[377] 同上,第 8 和第 9 条。管理局的生产政策详细规定在公约第 151 条中。

[378] 21(4) *UN Chronicle*, 1984, 第 44 页及其以下。另参见: 25 ILM, 1986, p. 1329 and 26 ILM, 1987, p. 1725.

[379] 参见: Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 230.

[380] 参见: 21 (4) *UN Chronicle*, 1984, pp. 45—7.

记为先驱投资者。[381] 中国 1991 年 3 月登记为先驱投资者[382]，而“国际海洋金属联合组织”(Multinational Interoceanmetal Joint Organisation)同年 8 月登记为先驱投资者。[383] 几
631 处矿址已经保留给管理局，全部位于东北赤道太平洋的克拉里恩——克利珀顿洋脊上。

然而，美国特别反对深海底制度，并因此在通过 1982 年公约时投了反对票。英国也宣称，除非建立起令人满意的深海底采矿制度，否则它不会签署公约。[384] 这些国家特别表示关注的是，没有规定有保障的对海底矿藏的获取，最受影响的国家在决策过程中缺少与其相称的发言权，以及不允许市场力量在海底资源的开发中自由发挥作用可能产生的问题。[385]

互惠国家制度

由于海洋法会议的发展，许多国家开始制定国内法以便在达成国际解决前为勘探和开发海底建立国内框架。例如，1981 年《英国深海矿业(暂行)法》规定了颁发勘探许可(但不适用于 1981 年 7 月 1 日前)和开发许可(但在 1988 年 1 月 1 日前不适用)。[386]

1982 年的一个协定[387]号召进行协商以避免国内立法中的重叠主张，并号召通过仲裁解决任何争端。[388] 然而，筹备委员会 1985 年声明，与“区域”及其资源有关的任何主

---

[381] 参见：LOS/PCN/97-99 (1987). 同时参见 1986 年 9 月 5 日的谅解备忘录，它对有关先驱运做的规则做了各种修改，包括推迟了进行 3 千万美元投资的最终期限，并建立了一个技术专家小组，LOS/PCN/L. 41/Rev. 1. 另参见：Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 448—54. 1990 年 8 月 30 日的谅解备忘录处理的是培训费用、技术转让、勘探支出，以及管理局矿址的开发，同上，第 454—5 页，而 1991 年 2 月 22 日的谅解备忘录处理的是避免以中国为一方，以其他 7 个潜在的先驱投资者(比利时、加拿大、意大利、荷兰、德国、英国和美国)为另一方的重叠主张，同上，第 455 页。

[382] Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 455.

[383] 同上，第 456 页。该组织包括保加利亚、捷克斯洛伐克、波兰、俄罗斯联邦和古巴。关于登记的前驱投资者的全部名单，参见 www. isa. org. jm/en/default. htm. 在深海底勘探多金属结核的第一个 15 年期的合同于 2001 年 3 月在牙买加国际海底管理局总部签署，同上。

[384] 参见，例如：*The Times*, 16 February 1984, p. 4, and 33 HC Deb., col. 404, 2 December 1982.

[385] 例如，参见美国代表，*UN Chronicle*, June 1982, p. 16.

[386] 该法还规定由开发许可的持有者向“深海矿业基金”支付“深海矿业税”，以及相互承认许可。许多国家通过了类似的单方面立法，例如，1980 年美国，19 ILM, 1980, p. 1003; 20 ILM, 1981, p. 1228 and 21 ILM, 1982, p. 867；西德，20 ILM, 1981, p. 393 and 21 ILM, 1982, p. 832; 苏联，21 ILM, 1982, p. 551；法国, 21 ILM, 1982, p. 808；日本，22 ILM, 1983, p. 102，参见：Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, pp. 456 及其以下。

[387] The 1982 Agreement Concerning Interim Arrangements Relating to Polymetallic Nodules of the Deep Seabed (France, Federal Republic of Germany, UK, US), 21 ILM, 1982, p. 950.

[388] 另见 Provisional Understanding Regarding Deep Seabed Mining (Belgium, France, Federal Republic of Germany, Italy, lapan, Netherlands, UK, US), 23 ILM, 1984, p. 1354.

张、协定或活动，凡是非委员会自身所做的都不符合 1982 年公约和它的有关决议，“不应 632
被承认”。[389]

1994 年执行《海洋法公约》有关海底规定的协定[390]

为了确保 1982 年公约体制的普遍性，从而避免相冲突的深海底制度的发展，随着各国显示出更大的灵活性，在联合国秘书长的倡议下，1990 年开始进行激烈的协商。[391] 最终出台了 1994 年协定。缔约国在第 1 条中承诺依照本协定执行 1982 年《公约》第十一部分。根据第 2 条，本协定和第十一部分应作为单一文书来解释和适用，如有任何不一致的情况，应以协定的规定为准。任何国家除非先前已确立或亦同时确立其同意接受公约的拘束，否则不得确立其同意接受本协定的拘束。这样就不可能存在着与海底有关的相互冲突的制度了。协定第 7 条还规定，如到 1994 年 11 月 16 日（公约生效的日期）其尚未生效，则临时适用。[392] 因此，协定能由下述国家和实体予以临时适用：在联合国大会中同意通过该协定的国家，除非它们已书面通知保管者（联合国秘书长）将不临时适用该协定；签署该协定的国家和实体，除非已书面通知保管者将不临时适用该协定；已书面通知保管者表示同意临时适用该协定的国家和实体；以及加入该协定的国家。 633

协定的附件规定了许多发达国家提出的事项。特别是，它规定，根据公约和该协定所设立的所有机关和机构都应具有成本效益，应在考虑各机关或机构职务需要的基础上采取渐进的方式，并规定了与国际海底管理局工作有关的各种组织安排（第 1 节）；企业部的职务最初应由管理局秘书处履行，企业部初期的深海底采矿业务应以符合正当商业原则的联合企业的方式进行（第 2 节）；管理局大会和理事会的决策应遵循一系列特定

---

[389] 参见：*Law of the Sea Bulletin*, no. 6, October 1985, p. 85. 但是参见 1987 年《解决实际问题的协定》，26 ILM, 1987, p. 1502. 这是有关国家为防止重叠主张的尝试。

[390] 33 ILM, 1994, p. 1309. 另参见：B. H. Oxman, “The 1994 Agreement and the Convention”, 88 AJIL, 1994, p. 687; L. B. Sohn, “International Law Implications of the 1994 Agreement”, 同上, p. 696; J. I. Charney, “US Provisional Application of the 1994 Deep Seabed Agree ment”, 同上, p. 705; D. H. Anderson, “Further Efforts to Ensure Universal Participation in the United Nations Convention on the Law of the Sea”, 43 ICLQ, 1994, p. 886, and Report of the UN Secretary-General, A/50/713, 1 November 1995.

[391] 参见，例如：D. H. Anderson, “Efforts to Ensure Universal Participation in the United Nations Convention on the Law of the Sea”, 42 ICLQ, 1993, p. 654, and Brown, *International Law of the Sea*, vol. I, p. 462.

[392] 该协定在已有 40 个国家依照第 4 和第 5 条的规定确立其同意接受拘束之日后 30 天，即 1996 年 7 月 28 日生效。

规则[393](第3节);虽然公约第155条的规定是一个整体,但大会可根据理事会的建议,随时审查该条第1款所述事项(第4节);对企业部和发展中国家的技术转让应按公平合理的商业条件,通过公开市场或联合企业安排实现(第5节)。[394]

国际海底管理局[395]

管理局是自治组织,1982年公约的缔约国同意其组织和控制"区域"内活动,特别是管理"区域"内资源。[396] 它于1996年6月开始全面运作。管理局的主要机关包括大会、
694 理事会和秘书处。此外还有法律和技术委员会以及财政委员会。大会由管理局的全体成员,亦即公约所有缔约国组成,截至2007年7月,共有155个成员。[397] 大会是管理局的最高机关,有权选举理事会、秘书长、企业部董事会董事和企业部总干事等,有权设立附属机关,决定各成员国对管理局的行政预算应缴的会费。它有权制订管理局的一般性政策。[398] 理事会应由大会按照一定标准选出的36个成员组成。[399] 理事会为管理局的

---

[393] 应特别注意,与大会相比,理事会在一般政策问题上的作用提高了。还应注意,协定为"在公约生效之日经济实力以国内总产值最大的国家",即美国,保留了一个理事会的席位(第三节,第15段a),同时在理事会中建立了具有特殊利益的国家集团(第三节,第10和15段)。

[394] 因此,公约有关强制技术转让的规定不再适用(第五节,第2段)。还应注意,公约中有关生产最高限额和限制、参与商业协议等规定也不再适用(第六节,第7段)。

[395] 管理局的详情可见于:www.isa.org.jm/en/default.htm.

[396] 第157条。

[397] 参见 www.isa.org.jm/en/about/members/states。另见第159条第1款。

[398] 第160条。然而,1994年执行协定削弱了大会的权力,而有利于理事会。其附件第三节规定,对于也属于理事会主管范围的任何事项,或对于任何行政、预算或财务事项,大会应根据理事会的建议作出决定。大会若是不接受理事会关于任一事项的建议,应交回理事会进一步审议。而且,该节同时规定,作为一般规则,管理局各机关的决策应当采取协商一致方式。

[399] 第161条第1款规定按照下列次序选出成员:(a) 四个成员来自在有统计资料的最近五年中,对于可从"区域"取得的各类矿物所产的商品,其消费量超过世界总消费量百分之二,或其净进口量超过世界总进口量百分之二的那些缔约国,无论如何应有一个国家属于东欧(社会主义)区域,和最大的消费国;(b) 四个成员来自直接地或通过其国民对"区域"内活动的准备和进行作出了最大投资的八个缔约国,其中至少应有一个国家属于东欧(社会主义)区域;(c) 四个成员来自缔约国中因在其管辖区域内的生产而为可从"区域"取得的各类矿物的主要净出口国,其中至少应有两个是出口这种矿物对其经济有重大关系的发展中国家;(d) 六个成员来自发展中国家缔约国,代表特别利益。所代表的特别利益应包括人口众多的国家、内陆国或地理不利国、可从"区域"取得的各类矿物的主要进口国、这些矿物的潜在的生产国以及最不发达国家的利益;(e) 十八个成员按照确保理事会的席位作为一个整体予以公平地区分配的原则选出,但每一地理区域至少应有根据本项规定选出的一名成员。为此目的,地理区域应为非洲、亚洲、东欧(社会主义)、拉丁美洲和西欧及其他国家。

执行机关,有权制订管理局所应遵循的具体政策。[400] 理事会有两个机关:经济规划委员会及法律和技术委员会。[401] 实际在"区域"内进行活动的管理局机关是企业部。[402] 635

争端解决[403]

1982 公约包含着详细和复杂的解决海洋法争端的规定。第十五部分第 1 节规定了一般规定。第 279 条规定了按照《联合国宪章》第 2 条第 3 款和以第 33 条所指方法和平解决争端的基本义务[404],但当事方可以选择公约规定以外的其他方法。[405] 例如,欧洲联盟国家已经同意将它们之间的渔业争端按照《欧洲经济共同体条约》提交欧洲法院。

《公约》第 283 条规定,如果发生争端,争端各方应"迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见",而第 284 条规定,如果争端各方愿意,可以诉诸调解程序,此时应建立调解委员会,但其报告没有拘束力。[406] 如果当事各方自由选择的方法未能解决争端,则第 15 部分第 2 节规定的强制程序开始运作。[407] 一国在签署、批准或加入公约时,或在其后任何时间,可以选择下列一个争端解决方法:国际海洋法法庭[408]、国际法院[409]、

---

〔400〕 第 162 条。在一些情况下理事会的决定需要协商一致作出,而在其他情况下则由三分之二多数作出:参见第 161 条。

〔401〕 第 163—165 条。关于秘书处,参见第 166—169 条。

〔402〕 参见第 170 条和附件四。

〔403〕 参见,例如:N. Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law ofthe Sea*, Cambridge, 2005; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edn, Cambridge, 2005, chapter 8; Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, chapter 19; J. Collier and A. V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford, 1999, chapter 5; A. E. Boyle, "Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention." *Problems of Fragmentation and Jurisdiction*, 46 ICLQ, 1997, p. 37; R. Ranjeva, "Le Règlement des Différends" in *Traité du Nouveau Droit de la Mer* (eds. R. J. Dupuy and D. Vignes), Paris, 1985, p. 1105; J. P. Quéneudec, "Le Choix des Procedures de Réglement des Diffférends selon la Convention des NU sur le Droit de la Mer" in *Mélanges Vitally*, Paris, 1991, p. 383, and A. O. Adede, *The System for the Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Dordrecht, 1987.

〔404〕 进一步参见下文,第 18 章。

〔405〕 第 280 条。

〔406〕 参见附件五第一节。

〔407〕 参见第 286 和 287 条。

〔408〕 附件六。

〔409〕 参见下文,第 19 章。

636 按照附件七组成的仲裁庭[410]、按照附件八组成的处理特殊争端的特别仲裁庭。[411]

倘无争端各方自由选择的解决程序,将争端提交这些机制之一的义务尚有一些例外。第297条第1款规定,关于因沿海国行使在专属经济区内的主权权利或管辖权而发生的争端,只有在特定情况下才需提交强制解决程序。[412] 第297条第2款规定,虽然关于海洋科学研究的争端应按照第二节解决,但对下列情形所引起的任何争端,沿海国并无义务同意将其提交这种强制解决程序:沿海国行使权利或斟酌决定权以规制、授权和从事在其经济区内或大陆架上的科学研究,或决定命令暂停或停止一项研究计划。[413] 第297条第3款同样规定,虽然关于渔业的争端一般应按照第二节解决,但沿海国并无
637 义务同意将任何有关其对专属经济区内生物资源的主权权利或此项权利行使的争端,包括关于其对决定可捕量、其捕捞能力、分配剩余量给其他国家、其关于养护和管理这种资源的法律和规章中所制订的条款和条件的斟酌决定权的争端,提交这种强制解决程序。[414] 此外还有三种情况国家可以不选择强制解决程序。[415]

公约还规定国际海洋法法庭的海底争端分庭[416]根据第187条对有关深海底和国际海底管理局的事项有管辖权。而根据第188条,国家间有关开发国际海底的争端只能提交海底争端分庭。

---

[410] 该程序既适用于国家间的争端,也适用于有关国际组织,如欧洲联盟的争端。法庭由5名当事国从一份仲裁员名单中选出的仲裁员组成,每一缔约国可以最多提四名仲裁员列入该名单。附件七的仲裁已经包括:"澳大利亚和新西兰诉日本(麦氏金枪鱼)"案,2000年8月4日裁决,119 ILR, p. 508;"爱尔兰诉英国(莫克斯)"案,126 ILR, pp. 257及其以下 以及第310页及其以下;"巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥"案,2006年4月11日裁决,以及"圭亚那诉苏里南"案,2007年9月17日裁决。后来的案件可以在常设仲裁法院网站上找到:www. pca-cpa. org.

[411] 即有关渔业、保护和保全海洋环境、海洋科学研究和航行,包括来自船只和倾倒造成的污染:参见附件八第1条。提名程序与附件七的情况有细微差别。

[412] 它们是:据指控,沿海国在第58条规定的关于航行、飞越或铺设海底电缆和管道的自由和权利,或关于海洋的其他国际合法用途方面,有违反本公约的规定的行为;据指控,一国在行使上述自由、权利或用途时,有违反本公约或沿海国按照本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则制定的法律或规章的行为;或据指控,沿海国有违反适用于该沿海国、并由本公约所制订或通过主管国际组织或外交会议按照本公约制定的关于保护和保全海洋环境的特定国际规则和标准的行为。

[413] 此种情况下,某些争端将提交附件五第二节下的强制调解程序,但调解委员会不应对沿海国行使斟酌决定权指定第246条第6款所指特定区域,或按照第246条第5款行使斟酌决定权拒不同意,不应提出疑问。

[414] 在此种情况下,某些争端将提交附件五第二节项下的强制调解程序:进一步参见第297条第3款(b)。

[415] 关于划界和涉及历史性水域主张的争端;有关军事和法律执行活动的争端;以及正由联合国安全理事会执行其职务的争端:参见第298条第1款。

[416] 参见附件六第4节。

如果争端涉及一个以上的公约，而其中又包括1982年《海洋法公约》的话，对争端的解决有何影响呢？在以澳大利亚和新西兰为一方，日本为另一方的“麦氏金枪鱼”案（the *Southern Bluefin Tuna* case）中[417]，仲裁庭需要考虑1993年《养护麦氏金枪鱼公约》的效果，该公约有拘束力的解决程序要求所有争端当事方的同意。但这些国家同时也是1982年公约的当事方，其有关高度回游鱼类种群（包括麦氏金枪鱼）的条款规定的是强制仲裁。[418] 争端各方不能在1993年公约建立的委员会中达成一致，于是原告方引用了1982年公约的强制仲裁规定。国际海洋法法庭规定了临时措施[419]，而该事项交付仲裁。日本主张该争端属于1993年公约项下，因此应适用的是协商一致的解决程序[420]，而非1982年公约的强制程序。法庭认为该争端涉及两个公约，但是只有一个争端。1982年《公约》第281条第1款规定的核心是争端各方协议的程序优先，因此只有在诉诸当事各方协议的其他方法而仍未得到解决以及争端各方间的协议并不排除任何其他程序的情 638
形下，才适用1982年公约的规定。由于1993年《公约》第16条属于争端各方协议的程序范畴，因此属于第281条第1款，而第16条的目的和后果就是将该规定下的程序排除在1982年公约的强制程序范围之外。[421] 由此，1982年公约强制程序的适用取决于各种情况，特别是，争端各方关于和平解决的任何其他协议的存在和性质。[422]

在1982年公约框架外，国家可以采取各种方法解决争端，包括谈判、调查[423]、和解[424]、仲裁[425]和诉诸国际法院。[426]

---

[417] 119 ILR, p. 508.

[418] 参见第十五部分和附件七。

[419] 117 ILR, p. 148. 海洋法法庭号召仲裁，并说根据表面证据仲裁庭享有管辖权。

[420] 参见1993年《公约》第16条。

[421] 参见：119 ILR, pp. 549—52.

[422] 另参见：B. Oxman, “Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction”, 95 AJIL, 2001, p. 277. 值得注意的是，在爱尔兰和英国间的“莫克斯”案中，根据公约附件七成立的仲裁庭由于不能确定公约的有关规定属于欧洲共同体还是成员国的职权，因此于2003年6月13日休庭；参见2003年6月24日第3号命令和2003年11月14日第4号命令，126 ILR, pp. 257 ff. and 310 ff. 另见欧洲法院2006年5月30日的裁决，Case C-459/03, *Commission* v. *Ireland*.

[423] 例如，“红十字军战士号”事件，35 ILR, p. 485. 关于对这些机制的进一步了解，参见下文，第18和19章。

[424] 例如，扬马延岛大陆架争端，20 ILM, 1981, p. 797; 62 ILR, p. 108.

[425] 例如“英法大陆架”案，Cmnd 7438; 54 ILR, p. 6.

[426] 例如，“英挪渔业”案，ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 84; “北海大陆架”案，ICJ Reports, 1969, p. 16; 41 ILR, p. 29 以及本章提及的其他案件。

国际海洋法法庭[427]

法庭是作为《海洋法公约》第十五部分规定的许多解决争端方式中的一种建立的。
639 《法庭规约》[428]规定,法庭应由独立法官21人组成,从享有公平和正直的最高声誉,在海洋法领域内具有公认资格的人士中选出,还应确保其能代表世界各主要法系和公平地区分配。[429] 法官由《公约》的缔约国选举产生,任期九年。[430] 《规约》还允许任命专案法官。第17条规定,当法庭中有争端一方国籍的法官时,任何其他一方可以选择某人作为法庭法官审理案件。当争端任何一方都没有它们国籍的法官时,它们可以选择某人作为法庭法官审理案件。[431] 法庭也可以经当事一方请求或根据自己的动议,决定选择不少于两位的科学或技术专家参与审理案件,但是他们没有表决权。[432]

该法庭位于汉堡,对《公约》各缔约国开放[433],按照《公约》第十一部分规定涉及国际海底区域的案件,或按照案件当事所有各方接受的将管辖权授予法庭的任何其他协定提交的任何案件[434],法庭对缔约国以外的实体开放,因此在某些情形下包括国际海底管理局、国有企业和自然人以及法人。[435] 法庭的管辖权包括按照本公约向其提交的一切

---

[427] 例如参见:P. C. Rao and R. Khan, *The International Tribunalfor the Law of the Sea: Law and Practice*, The Hague, 2001; P. C. Rao and P. Gautier, *Rules of the International Tribunalfor the Law of the Sea: A Commentary*, The Hague, 2006; M. M. Marsit, *Le Tribunal du Droit de la Mer*, Paris, 1999; A. E. Boyle, "The International Tribunal for the Law of the Sea and the Settlement of Disputes" in *The Changing World of International Law in the 21st Century* (eds. I. Norton, M. Andenas and M. Footer), The Hague, 1998; D. Anderson, "The International Tribunal for the Law of the Sea", in Evans, *Remedies*, p. 71; J. Collier and V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford, 1999, chapter 5; R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edn, Manchester, 1999, chapter 19; Merrills, *International Dispute Settlement*, p. 185; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 912, 以及 G. Eiriksson, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, The Hague, 2000. 另见:www. itlos. org.

[428] 参见《公约》附件六。

[429] 《规约》第2条。根据第13条的规定,构成法庭至少需要11位法官。

[430] 第5条。

[431] 也可以参见1997年《法庭规则》(经2001年3月和9月修改)第8条、第9条以及第18条至第22条。特别注意的是,根据《规则》第22条的规定,在某些情形下,非国家实体也可以选择专案法官。

[432] 《公约》第289条以及《规则》第15条。

[433] 《公约》第292条第1款以及《规约》第20条第1款。其中包括欧洲共同体(现在的欧盟),参见《公约》第1条第2款。

[434] 《规约》第20条第2款。

[435] 特别参见《公约》第153条以及第187条。还参见 A. Serdy, "Bringing Taiwan into the International Fisheries Fold: The Legal Personality of a Fishing Entity", 75 BYIL, 2004, p. 183.

争端和申请,和将管辖权授予法庭的任何其他国际协定中具体规定的一切申请。[436] 法庭可适用的法律包括《公约》的条款以及其他与《公约》不抵触的国际法规则。[437] 640

根据《公约》第十一部分第 5 节以及《规约》第 14 条的规定,设立了一个海底争端分庭,审理关于在国际海底区域活动产生的争端。分庭由 11 位法官组成,他们应确保能代表世界各主要法系和公平地区分配。[438] 如果经争端一方请求,可以设立一个由三位法官组成的专案分庭。该专案分庭的组成由海底争端分庭在征得争端当事方同意后决定。[439] 分庭适用《公约》条款以及其他与《公约》不抵触的国际法规则[440],还适用国际海底管理局根据《公约》所通过的规章和程序以及有关在国际海底区域活动的合同。[441] 经国际海底管理局大会或理事会的请求,海底争端分庭具有就它们的活动范围内所引起的法律问题发表咨询意见的管辖权,而且,应当作为一项紧急事项发表咨询意见。[442] 另外,海洋法法庭可以设立其认为必要的三位或五位法官组成的分庭[443],以及五位法官组成的简易程序分庭。[444]

海洋法法庭[445]和海底争端分庭有权根据《公约》第 290 条规定临时措施。[446] 第 290 条特别规定,如果某个争端已经正式提交给法庭,而且法庭认为它依据初步证据具有管辖权,它可以根据情形需要规定任何其认为合适的临时措施来保护争端各方的相关权利 641

---

[436] 第 21 条。第 22 条规定,如果同本公约所包括的主题事项有关的现行有效条约或公约的所有缔约国同意,则有关这种条约或公约的解释或适用的任何争端,可按照这种协定提交法庭。

[437] 《公约》第 293 条以及《规约》第 23 条。

[438] 参见第 35 条。分庭应当向缔约国、国际海底管理局以及《公约》第十一部分第 5 条所指的其他实体开放。可以选择专案法官,参见《规则》第 23 条至第 25 条。

[439] 《公约》第 187 条以及第 188 条,《规约》第 36 条。也可以参见《规则》第 27 条。

[440] 《公约》第 293 条。

[441] 《规约》第 38 条。分庭的裁判应以需要在其境内执行的缔约国最高级法院判决或命令的同样执行方式,在该缔约国领土内执行(《规约》第 39 条)。《规则》第 115 条至第 123 条涉及分庭中诉讼案件的程序问题。

[442] 参见第 159 条第 10 款以及第 191 条。也可以参见《规则》第 130 条至第 137 条。

[443] 参见第 15 条第 1 款。已经根据该条款设立了一个渔业争端分庭(1997 年)、一个海洋环境争端分庭(1997 年)和一个海洋划界争端分庭(2007 年)。根据第 15 条第 2 款的规定,如果当事方同意,法庭也可以设立审理某个特别争端的分庭。2000 年 12 月,法庭设立了一个分庭专门审理智利和欧共体之间的箭鱼种群争端。也可以参见《规则》第 29 条和第 30 条以及第 107 条至第 109 条。

[444] 第 15 条第 3 款。如果法庭全体法官未能全体出庭参与审判,也可以加速程序和适用临时措施的基础上审理案件,参见第 25 条第 2 款。也可以参见《规则》第 28 条。

[445] 也可以参见 1997 年 10 月 31 日通过的《内部司法实践决议》,以及《规则》第 40 条至第 42 条。

[446] 《规约》第 25 条第 1 款。也可以参见《规则》第 89 条至第 95 条。例如参见 S. Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, The Hague, 2004.

或防止因案件等待最终判决而对海洋环境造成严重的损害。一旦情形发生变化或不复存在,可以改变或取消此种临时措施。而且,如果法庭或在关于国际海底区域活动时的海底争端分庭,如果依据初步证明认为将予组成的法庭具有管辖权而且认为情况紧急有此必要,可以规定、修改或撤销临时措施。一旦组成,受理争端的法庭就可以修改、撤销或确认那些临时措施。《公约》还明确规定,临时措施是具有拘束力的,并要求争端当事方立即遵守根据第 290 条所规定的任何临时措施。[447]

若一方不出庭,另一方可以请求法庭继续审理案件,并且作出判决。[448] 在这样做之前,法庭必须说明它不仅具有管辖权,而且诉讼请求在事实和法律上都是成立的。[449] 在辩诉状中,一方可以提出反诉,只要其与对方请求的标的直接相关,而且也属于法庭管辖权范围之内。[450] 《规约》还规定了第三方参加诉讼的程序。当某个缔约国认为它具有法律性质的利益,而且该利益可能受到对任何争端的判决影响时,就可以申请参加诉讼。
642 决定是否允许参加是法庭的权力,如果同意参加诉讼,法庭对争端作出的判决在该缔约国参加的范围之内对参加国具有拘束力。[451] 这与国际法院的相关条款是不同的,因此,应当避免对非争端当事国的参加国的地位进行类推。[452] 但是,当对《公约》进行解释或适用时,有权参加诉讼。[453] 法庭的判决是终局的,并且对争端当事方具有拘束力。[454]

法庭还有对法律问题发表咨询意见的管辖权,如果与《公约》目的有关的国际协定专门规定向法庭提交发表这种意见的请求的话。[455]

自从 1997 年第一个案件以来,法庭已经审理了许多案件。这些案件中大多涉及《公约》第 292 条。该条款规定,如果缔约国当局扣留了一艘悬挂另一缔约国旗帜的船只,而且据指控,扣留国在合理的保证书或其他财政担保经提供后仍然没有遵从本公约的规

---

〔447〕 参见《公约》第 290 条第 6 款。《规则》第 95 条第 1 款规定,任何一方都必须向法庭提交其遵守任何指示的临时措施的报告和信息。

〔448〕 一般性地参见《规则》第三部分关于法庭程序的内容。至于初步程序和初步反对,参见《公约》第 294 条以及《规则》第 96 条和第 97 条。

〔449〕 第 28 条。

〔450〕 《规则》第 98 条。

〔451〕 第 31 条,也可以参见《规则》第 99 条至第 104 条。

〔452〕 参见下文,第 19 章,第 1097 页。

〔453〕 第 32 条。

〔454〕 第 33 条。在对判决的含义或范围产生争端的情形下,经任何一方请求,法庭应当进行解释。也可以参见《规则》第 126 条至第 129 条。

〔455〕 《规则》第 138 条。在这种情况下,应参照适用关于海底争端分庭发表咨询意见的《规则》第 130—137 条。

定,将该船只或其船员迅速释放,释放问题可向法庭提出。[456] 例如,在"卡莫科号"案(the *Camouco* case)[457]中,法庭对该条款的范围进行了讨论,认为把该条款解读成要求穷尽当地救济是不符合逻辑的。第292条规定了一个独立的救济手段,应当把它解读成没有任何限制,否则将会使该条款的目的和宗旨落空。[458] 法庭在"伏尔加河"案中裁定违反第292条,认为虽然为释放该船只所设定的财政条件是合理的,但被告所设定的非财政条件是不合理的,包括要求该船携带船只监视系统(VMS)和提交该船船东的信息,不能将这些视为公约第292条目的上的保证书或其他财政担保的组成部分。法庭还认为, 643
扣押船只的情况与考虑是否违反第292条无关,而且鱼货的收益也与保证书问题无关。[459] 在"丰进丸"案(日本诉俄罗斯)(*Hoshinmaru* (*Japan v. Russia*) case)中,法庭认定,鉴于本案的情况,根据可适用于船东和船长的最高处罚来设定保证书是不合理的,而在没收船只的基础上计算保证书也是不合理的。在设定释放该船的合理保证书时,法庭指出,保证书的金额应当与所指控的罪行的严重性成比例。[460]

在"莫克斯"案(the *Mox* case)(爱尔兰诉英国)中[461],根据第290条第5款提出的临时措施请求是由法庭处理的,但实体问题后来是由一个仲裁庭审理的。法庭规定了临时措施,要求当事方就运作莫克斯核工厂对爱尔兰海可能带来的后果互相交换信息,要求监督运行该核工厂可能带来的风险或后果,并且采取合理的措施防止运行该核工厂可能对海域环境带来污染。为此,法庭特别提及英国就运输放射性物质特别发表的声明,法庭将该声明定性为一种"保证",并"记录在案"。[462]

迄今为止,"赛加号(第2号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)"案(*Saiga* (*No. 2*) (*Saint Vincentg and the Grenadines v. Guinea*) case)[463]是法庭作出的最重要的判决之一。[464] 涉及到的问题包括不可以将海关管辖权扩展到专属经济区、没有遵守《海洋法公

---

[456] 例如参见 Y. Tanaka, "Prompt Release in the United Nations Convention on the Law of the Sea: Some Reflections on the Itlos Jurisprudence", 51 NILR, 2004, p. 237, and D. R. Rothwell and T. Stephens, "Illegal Southern Ocean Fishing and Prompt Release: Balancing Coastal and Flag State Rights and Interests", 53 ICLQ, 2004, p. 171.

[457] 第5号案,2000年2月7日判决,参见:www. itlos. org/start2_en. html.

[458] 同上,第57和58段。See 125 ILR, p. 164.

[459] 126 ILR, p. 433. 还参见"朱诺商人号"案中的迅速释放问题,128 ILR, p. 267.

[460] 参见 www. itlos. org/start2 en. html (2007年8月6日)。

[461] 第10号案,2001年12月3日命令,参见126 ILR, pp. 257 ff. and 310 ff.

[462] 同上,第78—80段。关于临时措施,还参见"围海造地"案(马来西亚诉新加坡),126 ILR, p. 487.

[463] 第2号案,1999年7月1日判决,参见:120 ILR, p. 143.

[464] 例如参见:B. H. Oxman and V. Bantz, The*M/V"Saiga"* (*No. 2*) (*St Vincentand the Grenadines* v. *Guinea*), 94 AJIL, 2000, p. 40 以及 L. de la Fayette, "The *M/V Saiga* (No. 2) Case", 49 ICLQ, 2000, p. 467.

约》第 111 条规定的行使紧追权的规则、使用武力以及案件可受理性方面的问题，例如船只登记和“真正联系”的要求。[465]

在“麦氏金枪鱼”案[466]中，法庭的作用限于规定临时措施。[467] 此后，该案件被提交仲裁解决。[468] 就法庭而言，这是第一次适用《海洋法公约》第 290 条第 5 款，该条款涉及已经向其提交争端但还在组建中的仲裁庭规定临时措施的问题。这样，法庭必须说明依据初步证据该仲裁庭具有管辖权。[469] 这是法庭能够做的，并且它指示的临时措施包括对每年捕捞这种鱼类的限制。在申请立即释放的“大王子号”案（the *Grand Prince* case）[470]中，法庭的判决集中在管辖权方面，特别是，是否符合《海洋法公约》第 91 条所要求的关于船只国籍的条件。[471] 法庭强调指出，如同国际法院，它必须使自己相信，它有权审理该申请并因此有权审理管辖范围的所有方面的问题，无论它们是否已经被当事方明确提到。[472] 法庭断定，申请方所提交的文件证据不能确定提起申请时它是该船只的国籍国，因此法庭无权审理该案件。[473]

进一步阅读推荐书目

D. Anderson, *Modern Law of the Sea: Selected Essays*, The Hague, 2007

R. Churchill and A. V. Lowe, *The law of the Sea*, 3rd edn, Manchester, 1999.

International Maritime Boundaries (eds. J. I. Charney and L. M. Alexander), Washington, vols. I-III, 1993—8, and ibid., (eds. J. I. Charney and R. W. Smith), vol. IV, 2002 and *ibid.* (eds. D. A. Colson and R. W. Smith), vol. V, 2005, The Hague.

Law of the Sea: Progress and Prospects (eds. D. Freestone, R. Barnes and D. Ong), Oxford, 2006

---

〔465〕 参见上文，第 611 页。

〔466〕 第 3 和第 4 号案，1999 年 8 月 27 日命令，参见：117 ILR, p. 148.

〔467〕 例如参见：R. Churchill, “The Southern Bluefin Tuna Cases”, 49 ICLQ, 2000, p. 979, 以及 B. Kwiatkowska, “The Southern Bluefin Tuna Cases”, 15 *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2000, p. 1 以及 94 AJIL, 2000, p. 150.

〔468〕 119 ILR, p. 508. 例如参见：A. E. Boyle, “The Southern Bluefin Tuna Arbitration”, 50 ICLQ, 2001, p. 447.

〔469〕 参见命令第 40 段及其以下；117 ILR, pp. 148, 160. 也可以参见上文第 637 页。

〔470〕 第 8 号案，2001 年 4 月 20 日判决，参见 125 ILR, p. 272.

〔471〕 同上，第 62 段及其以下。

〔472〕 同上，第 79 段。

〔473〕 同上，第 93 段。

世界法学精要

International Law (Sixth Edition)

国际法

（第六版）（下）

〔英〕马尔科姆·N·肖(Malcolm N. Shaw) 著

白桂梅 高健军 朱利江 李永胜 梁晓晖 译

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际法

（第六版）（下）

〔英〕马尔科姆·N·肖 著

白桂梅 高健军 朱利江 李永胜 梁晓晖 译

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

下册目录

12 管辖权 505

国内管辖原则 507

立法、行政和司法管辖权 508

民事管辖权 510

刑事管辖权 511

领土原则 511

国籍原则 516

被动人格原则 520

保护原则 522

普遍原则 523

引渡 538

域外管辖权 539

13 管辖豁免 548

主权豁免 548

绝对豁免说 552

限制说 554

主权和非主权行为 558

国家豁免与侵犯人权 563

商业行为 566

雇佣合同 572

其他非豁免领域 573

豁免主体资格问题——国家机构与国家的组成部分 575

豁免主体资格问题——政府官员的豁免 580

豁免的放弃 584
判决前对财产的扣押 585
执行豁免 587
举证责任和标准 590
结论 591
外交法 592
1961 年《维也纳外交关系公约》 593
领事特权与豁免:1963 年《维也纳领事关系公约》 609
1969 年《特别使团公约》 611
1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》 612
国际组织的豁免权 613
14 国家责任 614
国家责任的性质 616
过错问题 618
可归责性 620
解除不法性的情况 626
国家责任的援引 631
国际不法行为的后果 632
对强制规范(强行法)的严重违反 638
外交保护与求偿的国籍 639
用尽当地救济 647
外国人的待遇 650
待遇的相关标准 651
外国财产的征收 654
财产问题 656
征收的性质 656
公共目的 658
补偿 659
双边投资条约 662
总付协定 664
非歧视 665
多边投资担保机构 666

15 国际环境法 *667*
国家责任与环境 *672*
国家的基本义务 *672*
适当标准 *674*
引起的损害 *676*
私人引起的损害责任 *678*
防止来自危险活动的跨界损害 *679*
国家责任学说的问题 *681*
国际合作 *681*
大气污染 *687*
臭氧损耗与全球变暖 *690*
外层空间 *695*
国际水道 *696*
极端危险活动 *699*
核活动 *700*
危险废弃物 *705*
海洋污染 *707*
船舶源污染 *707*
16 条约法 *710*
条约的缔结 *714*
程序 *714*
同意 *716*
条约的保留 *719*
条约的生效 *728*
条约的适用 *728*
第三国 *729*
条约的修正和修改 *731*
条约的解释 *733*
条约的效力、终止和暂停施行 *738*
一般性规定 *738*
条约的无效 *739*
条约的终止 *743*

争端解决 749
国家和国际组织之间的条约 749
17 国家继承 752
连续性和继承 755
对条约的继承 761
条约的种类:领土性、政治性和其他条约 761
条约的一般继承 764
国际人权条约 772
对条约以外事项的继承 775
国际组织成员资格 775
财产和债务的继承 776
香港 793
18 和平解决争端 795
争端解决的外交手段 798
谈判 798
斡旋和调停 801
调查 802
和解 805
国际组织与争端解决 807
区域组织与联合国 807
非洲联盟(非洲统一组织) 808
美洲国家组织 812
阿拉伯国家联盟 813
欧洲 813
职能有限的国际组织和机构 815
争端解决获得约束力的方法 826
仲裁 826
19 国际法院 834
法院的组成 835
法院的管辖权 841
概况 841
法律争端的性质 843

诉讼管辖权 845
第 36 条第 1 款 850
第 36 条第 2 款 855
法律渊源、案件适当性以及法律利益 859
证据 861
临时措施 865
反诉 868
第三方参加 869
救济 872
执行 874
申请对判决的解释 875
复核判决的声请 876
对判决之后的情形的审查 877
法院的咨询管辖权 878
法院的角色 882
法院和法庭的剧增 884
20 国际法与国家使用武力 887
法律与武力:从“正义战争”到联合国 888
《联合国宪章》 891
“武力” 892
“侵害任何国家的领土完整和政治独立” 894
武力的种类 895
反报 895
报复 896
自卫权 897
集体自卫 909
干涉 910
内战 911
刚果民主共和国的局势 915
人道主义干涉 916
恐怖主义与国际法 919

21 国际人道法 *926*
发展 *927*
国际人道法的保护范围 *929*
敌对行为 *939*
武装冲突:国际的和国内的 *945*
非国际性武装冲突 *948*
人道法的执行 *952*
结论 *954*
22 联合国 *956*
联合国体系 *956*
安全理事会 *958*
大会 *961*
其他主要机关 *963*
和平解决争端 *965*
国际联盟 *965*
联合国体系 *966*
结论 *978*
集体安全体制 *980*
安全理事会 *980*
大会的作用 *1006*
联合国与区域办法和机关 *1008*
23 国际机构 *1014*
导论 *1014*
国际组织概览 *1016*
普遍性组织 *1016*
区域组织 *1018*
国际组织的一些法律问题 *1024*
人格 *1025*
组织文件 *1030*
国际组织的权力 *1032*
可适用的法律 *1035*
国际组织的责任 *1036*

成员国的赔偿责任 1038
国际组织的问责 1041
特权与豁免 1041
解散 1049
继承 1050

索引 1052

12
管 辖 权

管辖权是关于国家根据国际法调整或影响人、财产和情势的权力，反映国家主权、国 645
家的平等和不干涉内政等基本原则。[1] 管辖权是国家主权一个至关重要的、甚至是核心的特征，因为它是国家权力的行使，而这种行使可能改变、创设或终止法律关系。它可以通过立法、行政或司法行为得以实现。在任何一种行为中，由该国法律制度确定的有权国家机关履行特定的职能，被授权以各种方式影响社会生活。在英国，议会通过有拘束力的制定法，法院作出有拘束力的判决，而政府的行政机构则具有执行法律规则的权力和管辖权（或者法律权威）。尤其有必要区分制定法律的能力（“立法管辖权”或“制定法律的管辖权”）与确保遵守法律的能力（“执法管辖权”或“执行法律的管辖权”），前者可以通过立法、行政或司法行为得以实现，后者则可以通过行政行为或法院得到实现。 646

---

[1] 例如参见：C. E. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague, 2003; *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law* (ed. S. Macedo), Philadelphia, 2004; L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2002; *La Saisine des Jurisdictions Internationales* (eds. H. Ruiz Fabri and J.-M. Sorel), Paris, 2006; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2003; M. Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford, 2003; M. Akehurst, "Jurisdiction in International Law", 46 BYIL, 1972—3, p. 145; F. A. Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", 111 HR, 1964, p. 1, 以及 Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited After Twenty Years", 186 HR, 1984, p. 9; D. W. Bowett, "Jurisdiction: Changing Problems of Authority over Activities and Resources", 53 BYIL, 1982, p. 1; R. Y. Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws", 33 BYIL, 1957, p. 146; *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, pp. 456 ff.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edn, Oxford, 1998, 第 14 章和第 15 章；L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law Cases and Materials*, 3rd edn, St Paul, 1993, 第 12 章; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, 第 12 章，以及 R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, 第 4 章。还可以参见：*Third US Restatement of Foreign Relations Law*, 1987, vol. I, part IV.

虽然管辖权基本上是属地的，但它也可能是以其他基础为依据的，例如国籍。不过，执法则受到领土因素的严格限制。

可以举这样一个例子：如果有人在不列颠杀人后逃到了荷兰，英国的法院就有权审判该人，但却不能通过向荷兰派遣官员逮捕该人的方式来执行自己的管辖权。它们必须请求荷兰当局将其逮捕并遣送回英国。另一方面，如果该杀人犯还在英国，那么他可以在那里被逮捕和审判，即使他显然是一个德国国民。因此，虽然国家可以对领土范围内发生的事件行使立法管辖权（或者说"制定法律的管辖权"），不论行为人是否是其国民，而且也可以根据国籍来行使管辖权，例如英国臣民在境外实施了谋杀行为后可以在英国受到审判（当然条件是他必须在英国被发现），但执行管辖权则完全是另外一回事，其在本质上受到犯罪嫌疑人出现在领土境内的限制。[2]

然而，也可能出现这样一种情形：一国可能已经逮捕了杀人的嫌疑犯，但却缺乏行使管辖权的基础。例如，如果一个法国人在德国实施了谋杀罪，他就不能在英国因为该行为受到审判，不管他是否出现在英国。当然，法国和德国可以向英国申请引渡该人，并将其遣送回相应国家。

因此，尽管管辖权与领土相关，但此种联系并非非常紧密。许多国家对发生在它们领土之外的行为有司法管辖权。另外，特定的人、财产和情形是免于属地管辖的，尽管位于或发生在其中。例如，外交官在他们工作的国家里享有广泛的法律豁免。[3] 并且，国家的各种主权行为在外国国家法院里是不可以受到质疑或被否定的。[4]

整个管辖权问题是很复杂的，因为它还涉及宪法和冲突法。国际法设法制定规范一
647 个国家行使政府职能界限的规则，而冲突法（或者国际私法）则调整在具有涉外因素的案件中，某个特定的国家是否具有对案件作出决定的管辖权，以及，如果有的话，将适用哪个国家的规则来解决争议。

行使管辖权的基础在国际法上与在冲突法上的规则是不一样的。在后者，具体的对象可以通过住所或居住地得到很好的调整（例如对在外国结婚或离婚的承认问题），但当涉及国际法事项时，这种基础却不能用来确立管辖权。[5] 尽管对国际法和冲突法进

---

〔2〕 有的也提到司法管辖权。据此，人或事物受到一国法院体系程序的管辖，参见：*Third US Restatement of Foreign Relations Law*, p. 232.

〔3〕 参见下文，第 13 章，第 750 页。

〔4〕 同上，第 697 页。

〔5〕 参见一般性著作：G. C. Cheshire and P. M. North, *Private International Law*, 13th edn, London, 1999. 通常也会就向国外留置送达必需的条件产生问题，例如参见：*Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others*, 100 ILR, p. 465.

行区分并非绝对不可能,或者说并非在所有情况下都非常困难,但是,对有关管辖权的不同定义通常是一个容易混淆的因素。

我们也应当知道,在宪法问题领域也存在管辖权限的争议。这些问题产生于联邦法院体系,例如在美国,就特定的法院权限范围也会引起冲突。

虽然一个国家的立法、行政和司法机关行使有关职权是一个国内法律和政治制度上的问题,但域外适用管辖权则取决于国际法规则。在本章中,我们将简单考察这些规则中最为重要的规则。

国内管辖原则[6]

从国家主权的性质可以知道,虽然一国在国内,即在自己的领土范围内是最高的,但是,它却不得干涉其他国家的内政。不干涉他国内部管辖事项这项义务保护某些国家行为不受国际法的调整。不受国际法的调整、并且完全属于国家管理范围的国家职能有:对赋予国籍设定条件以及详细规定允许外国人入境的情形。 648

然而,国际法正在逐渐影响迄今为止还被视为是国家专属管辖的领域。例如,尽管在实践中的效果总是令人失望,但必须根据国际人权法规范对一国如何对待本国国民进行考察。[7]

国内管辖是一个相对的概念。这不仅是因为变动中的国际法原则产生限制和缩小其范围的效果[8],还因为国内规范的事项可能具有很大的国际影响从而落入国际法的范畴。后面一点已经得到国际法院的强调。在"英挪渔业案"(the *Anglo-Norwegian Fisheries* case)[9]中,它强调:

> 尽管对[领水]的划界行为的确是一项必要的单边行为,因为只有沿海国才有权从事这种行为,但是,划界对其他国家是否有效则取决于国际法。[10]

这项原则也在"诺特鲍姆案"(the *Nottebohm* case)[11]中引起了关注。在该案中,国

---

[6] 例如参见:Brownlie, *Principles*, p. 290 ff., 以及 M. S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, 2nd edn, London, 1961. 进一步参见上文,第4章。

[7] 参见上文,第6章和第7章。

[8] 某个事项是否属于国家的国内管辖本身就是一个国际法问题,参见:*Nationality Decrees in Tunis and Morocco* case, PCIJ, Series B, No. 4, 1923, pp. 7, 23—4; 2 AD, pp. 349, 352.

[9] ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86.

[10] ICJ Reports, 1951, p. 132; 18 ILR, p. 95.

[11] ICJ Reports, 1955, pp. 4, 20—1; 22 ILR, pp. 349, 357.

际法院注意到:虽然一个国家可以就国籍的取得制定它喜欢的规则,但是,在国籍基础上行使外交保护却属于国际法的范畴。另外,国家不得以其国内法作为其违反国际法义务的理由。[12]

因此,明确属于国内管辖的问题与可能属于国际法规范的问题之间的界线并不是像开始时候那样明确。

《联合国宪章》第2条第7款宣布:

> 本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件,且并
649 不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决。

这个条款原意是对国内管辖的重要重申和强调。但是,自其首次被阐明以来的几十年实践里,该条款不断得到重新解释。当然,这并没有阻止联合国讨论和通过与成员国的国内政策有关的决议。五十多年实践的结果是,国内管辖的范围得到了进一步限制和削弱。

在20世纪40年代后期和50年代,欧洲列强反对联合国辩论并通过与自决和殖民地独立问题有关的决议,但是在这场战斗中吃了败仗。联合国对人权事项的关注持续加大,它一直批评和谴责南非国内的种族隔离政策,直到其被废除。受到联合国关注的范围进一步扩展,从而成功地限制了国内管辖说适用的范围。[13] 然而,国内管辖的概念的确仍然有效,因为它承认下述基本事实,即在其自己领土范围内的国家主权是经过演变的国际法以及世界政治和法律制度无可否认的根基。[14]

立法、行政和司法管辖权

立法管辖权[15]是指得到宪法承认的国家机构在其领土内制定具有拘束力的法律的最高权。在某种情形下,这种立法行为可能延伸至国外。[16] 国家在许多领域具有立法专属性。例如,国家制定各种程序性规则,供法院之类的各种国家机构采用,但是,它决

---

〔12〕 参见上文,第4章,第133页。

〔13〕 例如参见:R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963。也可以参见英国外交大臣在1993年1月27日发表的观点,即:第2条第7款"正在被日益削弱,因为对人道主义的关注要胜过对每个国家管理或操纵它的事务和臣民的权利",UKMIL, 64 BYIL, 1993, p.599。

〔14〕 也应当注意用尽国内救济原则的重要性:参见上文,第6章,第273页。

〔15〕 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", pp.179 ff.

〔16〕 进一步参见下文,第688页。

不能寻求改变外国法院的运作方式。即使英国法院可能因为明显偏见而拒绝承认外国法院的判决，也是如此。因此，英国不得通过程序性规则，以便改变外国法院的运作方式。 650

国家可以对位于该国领土以外的人征税，只要该国与纳税人之间存在某种真实联系，例如，无论是国籍或者住所上的联系。这是国际法允许的。[17] 国家可以使位于其境内的外国人拥有的财产国有化[18]，但却不能声称接管位于其境外的外国人拥有的财产。显然，这种法规在国外是不能得到执行的。但是，这里涉及的是立法管辖权，或者制定有效法律的能力。

法院在多大程度上会执行外国法律，是一个复杂的问题。它基本上属于冲突法的领域。但是，在实践中，一国执行另一国的刑法或者税法是非常罕见的。[19]

尽管一国在其境内的立法最高权是勿庸置疑的，但它可能受到挑战。如果一国通过的法律违反国际法的有关条款，例如关于对待该国境内的外国人或外国财产的条款，该国将在国际层面承担违反国际法的责任，并且毫无疑问将面临有关外国的抗议和其他行动。还有，如果一国滥用它拥有的针对境外的本国国民的立法权，它也可能被认定违反国际法。例如，假如法国命令居住在境外的法国公民只驾驶法国轿车，这当然严重侵犯那些法国公民居住国的主权和独立。这将是法国非法行使立法管辖权的体现。[20]

行政管辖权涉及一国在另一国境内采取行为的能力。[21] 由于国家是互相独立的，并且享有领土主权[22]，因此，（在没有得到东道国明确同意的情况下）国家官员一般不可 651
以在外国领土上执行公务[23]，也不可以在外国领土上执行他们国家的法律。国家工作

---

〔17〕 Akehurst, "Jurisdiction", pp. 179—80.

〔18〕 参见下文，第 14 章，第 827 页。

〔19〕 例如参见：Cheshire and North, *Private International Law*, chapter 8。英国法院一般不会执行外国的刑法。什么是外国的刑法将由法院来决定，还可以参见：*Huntington* v. *Attrill* [1893] AC 150，以及 Marshall CJ, *The Antelope* 10 Wheat 123 (1825)。就税法而言，参见：*Government of India* v. *Taylor* [1955] AC 491; 22 ILR, p. 286. 还可以参见 *Attorney-General of New Zealand* v. *Ortiz* [1982] 3 All ER 432; 78 ILR, p. 608，特别是丹宁勋爵以及同上。[1983] 3 All ER 93（上议院）78 ILR, p. 631. 还可以参见：*Williams & Humbert* v. *W & H Trade Marks* [1985] 2 All ER 619 and [1986] 1 All ER 129（上议院）; 75 ILR, P_2269, and *Re State of Norway's Application* [1986] 3 WLR 452 and [1989] 1All ER 745, 76（上议院）。还可以参见上文，第 186 页。

〔20〕 参见：Mann, "Doctrine of Jurisdiction", pp. 36—62.

〔21〕 参见：Akehurst, "Jurisdiction", p. 147.

〔22〕 例如参见：*Lotus* case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, p. 153，以及 the *Island of Palmas* case, 2 RIAA, pp. 829, 838 (1928); 4 AD, p. 103.

〔23〕 当然，这也不能太绝对。例如，一个政府官员仍然有权签订合同：参见：Akehurst, "Jurisdiction", p. 147。

人员在国外逮捕人或扣押财产也是违反国际法的。1960 年,以色列的情报人员在阿根廷逮捕纳粹罪犯艾希曼的行为是明显侵犯阿根廷领土主权的行为,是非法行使以色列管辖权的行为。[24] 同样,一国的军事力量未经授权进入另一国显然也是违反国际法的行为。

司法管辖权[25]涉及一国的法院审判涉外因素案件的权力。一国的法院主张行使这种管辖权的理由是多方面的。刑事事项方面包括从领土原则到普遍原则等理由,而民事事项方面则包括从被告仅仅位于该国到国籍和住所原则等理由。司法管辖权是管辖权方面讨论最多的,而刑事问题则是在司法管辖方面表现最重要的。

民事管辖权[26]

尽管民事事项的管辖权是通过适用刑法的制裁作为最后的手段得到执行的,但是在这种情况下,民事和刑事问题之间还是存在许多不同的。

通常可以说,国家主张行使民事管辖权的理由比刑事事项的理由要广泛得多,其他国家对于行使民事管辖权后的反映也更为沉默。[27] 部分原因是,比与因卷入民事案件而受审相比,当某人在境外因为刑事犯罪而受审时,公众舆论会更容易哗然。

在普通法国家,例如美国和英国,对民事案件管辖权的通常基础仍旧是被告在领土
652 的出现。一旦他出现在本国境内,法院就签发令状,即使被告的出现是临时性的或者纯属巧合。[28] 另一方面,在欧洲大陆国家,管辖权的通常基础是被告在该特定的国家具有惯常居所。

在许多国家,例如荷兰、丹麦和瑞典,当任何案件中的被告在该国拥有资产时,就允许它们的法院行使管辖权,而在婚姻案件中,通常被接受的可以行使管辖权的基础是提起诉讼的一方在该国具有住所或居所。[29]

考虑到外交抗议的罕见性以及相对缺乏国家的争论,一些学者据此断定:习惯国际

---

〔24〕 进一步参见下文,第 680 页。

〔25〕 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", pp. 152 ff.

〔26〕 同上, pp. 170 ff.; Mann, "Doctrine of Jurisdiction", pp. 49—51, 以及 Brownlie, *Principles*, p. 298. 还可以参见:Bowett, "Jurisdiction", pp. 1—4.

〔27〕 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", pp. 152 ff.

〔28〕 例如参见:*Maharanee of Baroda* v. *Wildenstein* [1972] 2 All ER 689. 还可以参见 1982 年的《民事管辖权和判决法》。

〔29〕 例如参见 1970 年的《关于承认离婚和合法别居的海牙公约》。

法并没有针对法院行使民事管辖权的限制作出任何专门规定。[30]

刑事管辖权[31]

国际法允许国家基于各种理由行使管辖权(无论是通过立法、司法还是执法行为)。[32] 在国际法中,并不存在基于所有这些理由或其中任何一种理由而行使管辖权的义务。这是由国内制度来决定的事项。这些管辖原则的重要性在于:它们是被所有国家以及整个国际社会公认为符合国际法的。相反,基于另一种理由而试图行使管辖权可能不会被另一国接受。

领土原则

领土作为行使管辖权的基础反映了一国可以在其本国领土内行使主权的一个方面, 653
是适用该国拥有的一系列法律权利的必要基础。[33] 一国应当能够对其领土上发生的行为进行立法,并对其领土上实施的行为提起诉讼。这是一个由主权国家构成的世界秩序合乎逻辑的现象。由于国家当局应当负责该国境内的法律行为和维持良好秩序,因此,这也是完全可以理解的。而且,这更是非常方便的,因为在实践中,犯罪的证人总是位于该国境内,而且犯罪嫌疑人时常也是在该国境内。[34]

因此,在一国属地管辖范围内实施的(或者声称实施的)所有犯罪都可以受到国内

---

[30] 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", p. 177. 比较:Mann, "Doctrine of Jurisdiction", pp. 49—51, 还可以参见:Brownlie, *Principles*, p. 298, 以及 Bowett, "Jurisdiction", pp. 3—4.

[31] 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", pp. 152 ff., Mann, "Doctrine of Jurisdiction", pp. 82 ff., 以及 D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd edn, London, 1970, vol. II, pp. 823—31.

[32] 在"木质纸浆"案(*Wood Pulp* case)中,法院指出,"根据国际法,国家管辖权两项毫无争议的基础是属地性和国籍",[1998] 4 CMLR 901 at 920; 96 ILR, p. 148.

[33] 参见麦克米伦勋爵, *Compañía Naviera Vascongado* v. *Cristina SS* [1938] AC 485, 496—7; 9 AD, pp. 250, 259. 也应当注意鲍威特(Bowett)的观点,即:"近年来,这项原则的动态性和可适性已经非常明显","Jurisdiction", p. 5, 以及马歇尔法官(Marshall)在下面案件中的意见,大意是:"一国在其自己领土内的管辖权必定是排他的和绝对的。"参见:*The Schooner Exchange* v. *McFaddon*, 7 Cranch 116, 136 (1812)。唐纳森法官(Donaldson)也作出支持管辖权属地性质的一般性推定,参见:*R* v. *West Yorkshire Coroner, ex parte Smith* [1983] QB 335, 358; 78 ILR, p. 550。关于管辖权的概念基本上是属地性的观点,也可以参见:*Banković* v. *Belgium*, European Court of Human Rights, Judgment of 12 December 2001, paras. 63, 67 and 71; 123 ILR, pp. 110, 111 and 113, 以及 *Al-Skeini* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, para. 109, per Lord Brown; 133 ILR, p. 736.

[34] 例如参见纪尧姆法官(Guillaume)在"刚果诉比利时"案中的个别意见,ICJ Reports, 2002, pp. 3, 36; 128 ILR, pp. 60, 92。

法院的审理，而且犯罪嫌疑人如果被定罪，还可以被判刑，甚至罪犯是外国公民的情况下也是这样的。[35] 与领土管辖概念相对的是：作为一项一般原则，一国的法院对在另一国领土上发生的或正在发生的事件没有管辖权。[36] 而且，立法只能适用于有关国家的领
654 土境内，而不是境外，这是一项假定。[37] 未经同意，一国不得为另一国制定刑法；未经同意，它也不可以在另一国领土上执行刑事立法。[38]

因此，行使刑事管辖权的主要理由是属地原则[39]，尽管它不是唯一的原则。还存在其他的原则，例如国籍原则。但是，大多数的刑事追诉都发生在实施犯罪的领土。然而，属地的概念比其乍看上去要广泛得多，因为它不仅包括全部都在一国领土上实施的犯罪，还包括只有部分行为发生在该国的犯罪。其中一个例子是，某人向边境另一侧开枪造成邻国的他人死亡。开枪行为发生的国家和伤害实际发生的国家都有权审判罪犯。前者是根据所谓的主观领土原则，后者是根据客观领土原则。当然，到底是哪一国将行使管辖权取决于罪犯位于什么地方。但是，问题的关键仍然是：行为开始和结束的国家

---

〔35〕 例如参见：*Holmes* v. *Bangladesh Binani Corporation* [1989] 1 AC 1112, 1137; 87 ILR, pp. 365, 380—1；格里菲思勋爵（Griffiths）和布朗—威尔金森勋爵（Browne-Wilkinson）在"*Ex parte Pinochet* (No. 3)"案[2000]中的意见，1 AC 147, 188; 119 ILR, p. 139.

〔36〕 例如参见：*Kaunda* v. *President of South Africa* (CCT 23/04) [2004] ZACC 5（2004年8月4日）以及 *R* v. *Cooke* [1998] 2 SCR 597.

〔37〕 关于英国，例如参见：F. Bennion, *Statutory Interpretation*, 4th London, edn, 2002, p. 282. 还可以参见：*Clark* (*Inspector of Taxes*) v. *Oceanic Contractors Inc.* [1983] 2 AC 130, 145, per Lord Scarman; *Al Sabah* v. *Grupo Torras SA* [2005] UKPC 1, [2005] 2 AC 333, para. 13, per Lord Walker of Gestingthorpe for the Privy Council; *Lawson* v. *Serco Limited* [2006] UKHL 3, [2006] ICR 250, para. 6, per Lord Hoffmann; *Agassi* v. *Robinson* (*Inspector of Taxes*) [2006] UKHL 23, [2006] 1 WLR 1380, paras. 16, 20, per Lord Scott of Foscote and LordWalker of Gestingthorpe, 以及 *Al-Skeini* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, paras. 11 ff. per Lord Bingham. 但注意：在下面这个案件中，法院指出："目前，这一假定几乎已经没有基础。它只是一个解释问题。"参见：*Masri* v. *Consolidated Contractors* [2008] EWCA Civ 303 at para. 31. 还可以参见：*Société Eram Shipping Co. Ltd* v. *Cie Internationale de Navigation* [2004] 1AC 260, para. 54 (per Lord Hoffmann) 以及 *Office of Fair Trading* v. *Lloyds TSB Bank plc* [2007] UKHL 48.

〔38〕 例如参见：纪尧姆法官在"刚果诉比利时"案中的个别意见，ICJ Reports, 2002, pp. 3, 36; 128 ILR, pp. 60, 92. 但是，在交战占领的情况下，占领当局可以对当地居民行使某些特定的刑事执法权，参见《关于保护平民居民的日内瓦第四公约》第64—78条。

〔39〕 参见内政大臣的声明。他指出："作为一项一般规则，我们的法院只能对审判本国领土上实施的犯罪具有管辖权。这是因为，一般说来，政府相信，审判最好是在发生地国家管辖范围内进行，这至少是因为，对于有效追诉在外国管辖范围内实施的犯罪来说，取得必要的证据存在切实的困难。政府尚未有打算偏离这样一项一般规则的任何计划。"HC Deb., vol. 445 col. 1419, Written Answer, 2 May 2006, UKMIL, 77 BYIL, 2006, p. 756.

都可以合法审判该罪犯。[40] 例如，苏格兰总检察长明确指出，苏格兰法院对涉嫌在苏格兰小镇洛克比上空炸毁飞机的人具有管辖权，因为洛克比是行为地。[41] 这种情形也适 655
用于针对移民法规的犯罪和行为发在两个或更多国家的共谋案件。[42] 因此，法院很有可能需要考察所有的情形，以便判定有关犯罪的实质或更为重要的部分发生在哪个国家管辖范围以内。[43]

与犯罪行为相关的领土主权的性质在“荷花号案”（*Lotus* case）中得到了检验。[44] 该案件的相关事实可以归纳如下：法国的一艘蒸汽船“荷花号”在公海上与土耳其一艘运煤船“伯兹—库特号”相撞；后者沉没，结果八位船员和乘客丧生。因此，当“荷花号”抵达土耳其港口时，土耳其当局逮捕了（事故发生时的）法国船上的瞭望员。该法国瞭望员被指控犯有杀人罪。法国提出了强烈抗议，声称土耳其无权审判该犯罪。该案件被法国提交到了常设国际法院，要求其判定是否存在一项禁止土耳其行使管辖权的国际法规则。

---

〔40〕 例如参见：the *Lotus* case, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, pp. 23, 30; 4 AD, pp. 153, 159, 以及莫尔法官（Moore）的意见，同上，p. 73; the Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, 29 AJIL, 1935, Supp., p. 480 (article 3)，以及 Akehurst, “Jurisdiction”, pp. 152—3。参见威尔伯福斯勋爵（Wilberforce）的意见，*DPP* v. *Doot* [1973] AC 807, 817; 57 ILR, pp. 117, 119 以及 *R* v. *Berry* [1984] 3 All ER 1008. 还可以参见：*Strassheim* v. *Dailey* 221 US 280 (1911); *US* v. *Columba-Colella* 604 F. 2d 356 以及 *US* v. *Perez-Herrera* 610 F. 2d 289.

〔41〕 在国际法院“洛克比”案临时措施阶段口头诉讼中的发言，CR 92/3, pp. 11—12, UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 722。对两名犯罪嫌疑人的审判是在荷兰进行的，但审判机构被视为是苏格兰的法院，使用的是苏格兰的法官和律师，并且根据苏格兰的法律进行，例如参见：A. Aust, “Lockerbie: The Other Case”, 49 ICLQ, 2000, p. 278, 以及关于判决，参见：94 AJIL, 2000, p. 405.

〔42〕 例如参见：*Board of Trade* v. *Owen* [1957] AC 602, 634 以及 *DPP* v. *Stonehouse* [1977] 2 All ER 909, 916; 73 ILR, p. 252. 在 2006 年 11 月 30 日的“女王诉哈姆扎”案（*R* v. *Abu Hamza*）中，上诉法院（刑事分庭）判决认为，任何人煽动在英格兰和威尔士的外国国民在境外实施谋杀行为属于犯罪。也可以参见内政大臣于 1993 年 4 月 14 日就《刑事司法草案》（Criminal Justice Bill）的发言。值得注意的是，该建议的立法目的是确保当欺诈行为与英国有重要联系时英国法院具有管辖权，无论犯罪的最后行为是否发生在英国，UKMIL, 64 BYIL, 1993, pp. 646—7. 参见：G. Gilbert, “Crimes Sans Frontières: Jurisdictional Problems in English Law”, 63 BYIL, 1992, pp. 415, 430 ff。也应当注意阿库斯特（Akehurst）的观点。他主张限制该理论，认为只有发生首要的效果的国家才可以主张管辖权，“Jurisdiction”, p. 154。

〔43〕 例如参见拉·福里斯特法官（La Forest）在“*Libman* v. *The Queen*”案［1985 年］中的意见，21 CCC (3d) 206；以及格里菲思勋爵（Griffiths）在“*Somchai Liangsiriprasert* v. *The United States*”案［1991 年］中的意见，1 AC 225; 85 ILR, p. 109.

〔44〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, 4 AD, p 153. 例如参见：Mann, “Doctrine of Jurisdiction”, pp. 33—6, 39, 92—3; J. W. Verzijl, *The Jurisprudence of the World Court*, Leiden, vol. I, 1965, pp. 73—98, 以及 Schachter, “International Law”, p. 250. 还可以参见：*Oppenheim's International Law*, p. 478.

656 由于国际法的基础是主权国家的存在，因此该法院认为，不能假定存在对国家独立性的限制，并认为这是公理。[45] 然而，在不存在一项许可性的国际法规则的情况下，一国不能在其边界以外行使它的权力。但是，该法院继续说：这并不意味着，“在一国不能依据某项许可性的国际法规则时，国际法禁止该国在其领土内对与发生在境外的行为有关的任何案件行使管辖权”。在这个方面，国家享有广泛的自由裁量权；只有在特定的情形下，它才受到禁止性规则的限制。[46] 由于这个原因，国家通过了许多不同的规则，将它们的管辖权扩大到领土范围以外，因此“刑法的属地原则并不是一项绝对的国际法原则，并不是与领土主权完全一致的”。[47] 该法院驳回了法国认为船旗国对在公海上的船舶具有专属管辖权的主张，认为国际法尚未出现类似的规则；还认为对土耳其船只造成的损害等于是对土耳其的领土造成了影响，以致于该国能够根据客观领土原则行使管辖权，而不受任何禁止性的国际法规则的限制。[48]

许多学者已经对该法院驳回法国的观点时作出的一般性宣告批评了许多年，特别是其关于国家管辖权的哲学态度，即国家拥有非常广泛的管辖权，只能通过证明存在禁止有关权限的国际法规则才能进行限制。[49] 现今广泛接受的观点是：强调的重点被颠倒过来了。[50] 也应当注意的是，关于海上碰撞的荷花号原则已经被 1958 年的《公海公约》第 11 条第 1 款所推翻。该条款强调：只有船旗国或犯罪嫌疑人的国籍国才对与发生在公海上的事故有关的船员拥有管辖权。领土原则不仅包括该国领陆上实施的犯罪，还包
657 括领海以及在特定情形下的毗连区和其他区域内的犯罪，以及船旗国的情况下对公海上的该国船只上实施的犯罪。[51]

随着现代通讯的发展，国家发展出了处理新问题的新方法。例如，在连接英国和法国陆地的“海峡隧道”情形中，这两个国家签订了一项协议，允许每个国家在对方国家领土内行使管辖权。1991 年 11 月 25 日，两国签订了《关于边境控制和治安、刑事司法合

---

〔45〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, pp. 18—19; 4 AD, p. 155.

〔46〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 19; 4 AD, p. 156.

〔47〕 PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 20.

〔48〕 同上, p. 24; 4 AD, p. 158.

〔49〕 例如参见：G. Fitzmaurice, “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, 92 HR, 1957, pp. 1, 56—7, 以及 H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1970, vol. I, pp. 488—9.

〔50〕 例如参见：the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, ICJ Reports, 1951, p. 116; 18 ILR, p. 86 以及 the *Nottebohm* case, ICJ Reports, 1955, p. 4; 22 ILR, p. 349.

〔51〕 参见上文，第 11 章。

作、公共安全以及与海峡固定连接物有关的互相协助的议定书》。[52] 该项议定书授权法国和英国边境控制官员在对方领土特定部分内工作。这些部分被称为"控制区",包括英国一侧的切里顿镇(Cheriton)、法国一侧的科盖勒镇(Coquelles)、火车上以及国际火车站。因此,一国的边境控制法律和规章就可以在另一国得到适用和执行。尤其是,在行使国家权力时,允许邻国的官员在东道国的控制区内根据邻国的边境控制法律和规章羁押或逮捕有关人员。该项议定书第 38 条第 2 款规定,当不能明确断定犯罪是在哪里实施时,或当在一国领土内实施的犯罪与在另一国领土内实施的犯罪有关时,或当一项犯罪在自己国家的领土内开始或继续时,每一国应当在固定连接物(即隧道)内具有管辖权,并且应当适用自己的法律。[53] 然而,它也规定,首先接收涉嫌实施此种犯罪的人的国家应当优先行使管辖权。

这种跨国领土管辖安排的另一个例子是 1994 年签订的《以色列—约旦和平条约》。该条约附件一(b)和(c)分别涉及纳哈拉伊姆/巴库拉(Naharayim/Baqura Area)地区和左法/阿尔—嘎姆尔(Zofar/Al-Ghamr Area)地区。该条约提供了一种临时的特殊体制。尽管都承认上述每个地区本身是处在约旦的主权之下,还承认以色列私人的土地所有权和财产利益,但约旦承诺,赋予土地所有者和他们的受邀请人员及其雇员不受妨碍地在 658
该地区进出、使用土地和迁徙的权利,并且对这种人员不适用约旦的海关和移民法律。尤其是,约旦承诺,允许穿制服的以色列警察以最简单的手续进入该地区调查犯罪或处理其他只和土地所有者、他们的受邀请人员或者雇员有关的事件。约旦还承诺,对该地区只涉及以色列国民的行为不适用其刑法,而以色列适用于以色列人域外行为的法律可以对该地区的以色列人以及他们的行为适用。以色列也可以在该地区采取措施来执行这种法律。[54]

因此,尽管管辖权基本上并主要是属地的,但并非不可避免地或者说只能是这样。国家可以自由同意在国家领土之外行使管辖权以及在国家领土之内由其他国家行使管

---

[52] 该项议定书在英国通过 1993 年的《海峡隧道(国际安排)令》得到生效,例如参见:UKMIL, 64 BYIL, 1993, p.647. 也可以参见 2000 年 5 月 29 日的议定书,UKMIL, 71 BYIL, 2000, p.589; 以及"欧洲隧道案"(*Eurotunnel* case),2007 年 1 月 30 日的部分裁决, 132 ILR, p.1.

[53] 这是对国家在自己领土直到海峡隧道边界的正常领土管辖的补充,第 38 条第 1 款。

[54] 例如也可以参见 1903 年和 1977 年美国和巴拿马之间签订的关于在巴拿马运河区上的管辖权的条约,以及 1951 年签订的规范在其他北约国家内对北约武装武装力量行使管辖权的《北约武装力量地位协议》。厄立特里亚/埃塞俄比亚边界委员会注意到,国家在邻国领土上设置检查站或海关站并不是罕见的。2002 年 4 月 13 日的决定,130 ILR, pp.1, 112.

辖权的各种安排。[55]

一个更加不寻常的情形是关于美国在关塔纳摩湾海军基地拘留的人员。这块基地位于古巴,是古巴根据1903年和1934年的协议出租给美国的。在2001年阿富汗战争之后,有关人员被带到关塔纳摩湾,并关押在那里。起初,美国争辩说,该地方不属于美国联邦管辖权的范围;尽管它处在美国的控制之下,但并不是美国的主权领土。[56] 不过,在"拉苏尔诉布什"案(*Rasul* v. *Bush*)中,美国联邦最高法院判决认为:美国的地区法院对审理质疑羁押外国国民合法性的申请有管辖权。那些外国国民是因为武装冲突在国外被拘留,然后被关押在关塔那摩湾的。[57]

659

国籍原则[58]

由于每个国家拥有主权和管辖权,并且每个国家必须由一定数量的个人构成,因此,在两者之间建立法律上的联系是必要的。那个连接国家和包括在它领土境内的人的联

---

[55] 管辖权,以及由此伴随而来的因为行使管辖权行为而产生的国际责任,也可以根据官员在境外实施的行为以及根据具体的情形对有关领土的实际控制而产生。例如参见:*Loizidou* v. *Turkey* (Preliminary Objections), European Court of Human Rights, Series A, No. 310, 1995, p. 20; 103 ILR, p. 621。关于欧洲人权法院,参见上文,第7章;关于国际责任,参见下文,第14章。

[56] 援引了下面这个案件:*Johnson* v. *Eisenträger* 339 US 763 (1950).

[57] 542 US 466 (2004). 美国国会随后在2005年通过了《被拘留人员待遇法》。该法规定,对于那些在关塔纳摩湾被拘留的外国人申请人身保护令的,美国法院没有管辖权。在下面这个案件中,联邦最高法院判决认为,该条款对于正在申请的案件不适用。参见:*Hamdan* v. *Rumsfeld* 548 US 557, 576—7。2006年的《军事委员会法》随后规定,对于被确定为是2001年9月11日之后的敌方战斗员的被拘留的外国人,美国法院没有管辖权,包括在该法通过之时尚未作出判决的申请。但是,在下面这个案件中,最高法院判决认为:可以适用人身保护令,因此允许那些被拘留的敌方战斗员向联邦法院提出申请,质疑对他们的拘留。参见:*Boumediene* v. *Bush* 553 US-(2008), US Supreme Court, 12 June 2008, Slip Opinion. 肯尼迪大法官(Kennedy)撰写了多数意见。在该意见中,虽然指出"在考察用来决定拘留以便防止恐怖主义行为时的程序和实体标准时,必须适当尊重政治部门作出的决定",但是,"法律和《宪法》仍然是存在的,在域外的情况下仍然是有效的。"参见:同上,第67段和第70段。

[58] Akehurst, "Jurisdiction", pp. 156—7; Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, 29 AJIL, 1935, Supp., pp. 519 ff.; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, DC, 1967, vol. VIII, pp. 1—22, 64—101, 105—13, 119—87; R. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2nd edn, New York, 1995; D. Campbell and J. Fisher, *International Immigration and Nationality Law*, The Hague, 1993; M. J. Verwilghen, "Conflits de Nationalité, Plurinationalité et Apatridie", 277 HR, 1999, p. 9; J. E Rezek, "Le Droit International de la Nationalité", 198 HR, 1986 III, p. 333; H. Silving, "Nationality in Comparative Law", 5 *American Journal of Comparative Law*, 1956, p. 410, 以及 Brownlie, *Principles*, p. 301 and chapter 19. 还可以参见:Nguyen Quoc Dinh, E Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, pp. 492 ff., 以及下文,第14章,第808页。

系就是由国籍这个概念提供的。[59]

根据国籍，一个人有权享有一系列权利，从获得有效的护照去国外旅行到能够投票。另外，国民还能够从事非国民可能受到拒绝的各种工作（例如在外交部门的工作）。国民也有权受到其本国的保护，并且享受国际法所规定的各种权利。另一方面，国家不可以虐待其他国家的国民，通常情况下也不可以强制征募他们入伍，也不可以对他们在某个特定国家领土之外实施的罪行提起公诉。 660

国籍这个概念非常重要，因为它决定人们可以享有的权利以及他们必须履行的义务（例如参军）。问题是，国际法上并不存在一个得到一致接受的关于国籍的定义，只有因为不同国家的国内法而产生的冲突的描述。不仅如此，根据国籍而产生的权利与义务在国家和国家之间也各不相同。

一般说来，国际法认为，赋予国籍的条件是各国国内管辖的事项。

这是"在突尼斯和摩洛哥的国籍令"案（the *Nationality Decrees in Tunis and Morocco case*）的争议焦点。[60] 该案是英国和法国之间关于法国国籍法令的争端，该法令具有赋予某些英国人的子女法国国籍的效果。国际联盟行政院请求常设国际法院就此提供咨询意见。该法院宣布：

> 某个特定的事项只属于或者不只属于一个国家的管辖范围这个问题基本上是一个相对的问题，它取决于国际关系的发展。因此，在国际法的现阶段，根据本法院的意见，国籍问题原则上属于这个保留的范围。[61]

但是，尽管国家可以规定赋予国籍的条件，但是，还需要考虑国际法，尤其是当涉及其他国家的时候。就像1930年《关于国籍法冲突的海牙公约》第1条所强调的那样，

> 每个国家根据它自己的法律决定谁是它的国民。只要该法律符合国际公约、国际习惯和国籍方面的一般承认的法律原则，就应当得到其他国家的承认。

在"诺特鲍姆"案[62]中，国际法院注意到：根据国家实践，国籍是

> 一个以社会连带的事实、存在、利益和情感与相互的权利和义务结合在一起的

---

[59] 应当注意的是，一些文件规定了国籍权；例如参见1948年《世界人权宣言》；1966年《公民权利与政治权利国际公约》；1989年《儿童权利公约》以及1997年《欧洲国籍公约》。还可以参见：A. Grossman, "Nationality and the Unrecognised State", 50 ICLQ, 2001, p. 849.

[60] PCIJ, Series B, No. 4, 1923; 2 AD, p. 349.

[61] PCIJ, Series B, No. 4, 1923, p. 24.

[62] ICJ Reports, 1955, pp. 4, 23; 22 ILR, pp. 349, 360. 也可以参见下文，第813页。

661 真实联系为基础的法律纽带。

它是该人与赋予其国籍的国家之间存在联系的法律表现,是对该人与该国,而不是任何其他国家,更为紧密联系的承认。[63]

由于国籍这个概念为个人与国际法的权利之间提供了联系,因此,应当指出与这个概念、特别是与国籍的取得有关的一些基本观点。[64]

通常,国家据以赋予国籍的两个最为重要的原则是:第一,属于其国民的父母的血统(血统主义);第二,基于其在该国领土内出生(出生地主义)。

某个特定国家的国民所生的儿童应当根据血统赋予该国的国籍,这是得到一般接受的观点。这个观点尤其是被欧洲大陆国家采纳,例如,法国、德国和瑞士。在这些国家,尽管许多都规定,非婚生子女将获得其母亲的国籍,但是婚生子女将获得其父亲的国籍。另一方面,在普通法国家,例如英国和美国,血统主义受到更多限制。结果是,当父亲通过血统成为某个国家的国民时,仅仅具有这个事实并不一定足以使其子女也成为该国国民。

普通法国家倾向于采纳出生地主义。据此,任何在该国领土范围内出生的儿童自动成为该国国民。[65] 例如,1948 年的《英国国籍法》宣布:"在联合王国及其殖民地出生的每一个人……应当根据出生而成为联合王国及其殖民地的公民"。[66] 但是,这里存在一个例外。实际上,每一个采用出生地主义的国家都存在着这个例外,那就是:在该国享有
662 管辖豁免的人员除外。换句话说,在该国的外交人员所生的子女并不自动取得国籍。[67] 确切地说,这项例外在多大程度上适用于每个国家的规定都是不同的。一些国家规定,这项规则也适用于外国人[68]在被敌方占领地区所生的子女。[69]

本国国民的妻子也可以取得本国国籍,尽管这里又遇到不同的国家具有不同的立场的情形。一些国家规定,妻子自动取得丈夫的国籍,另外一些国家则规定有条件地取得丈夫的国籍,还有一些国家仅仅规定结婚并不影响国籍。过去许多国家规定,嫁给外国人的妇女将因此失去她的国籍。这种规定造成了问题。

---

〔63〕 关于双重国籍以及对外国人造成损害的国家责任,参见下文,第 14 章,第 815 页。

〔64〕 例如参见:Brownlie, *Principles*, p. 378; P. Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2nd edn, Germantown, 1979 以及 H. F. Van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law*, Leiden, 1959.

〔65〕 例如参见:*United States* v. *Wong Kim Ark* 169 US 649 (1898).

〔66〕 但是,参见现在的 1981 年的《英国国籍法》。

〔67〕 例如参见:*In re Thenault* 47 F. Supp. 952 (1942) 以及 1930 年《关于国籍法冲突的公约》第 12 条。也可以参见 1961 年《关于国籍的取得的任择议定书(联合国外交法大会)》第 2 条。

〔68〕 但是,参见:*Inglis* v. *Sailor's Snug Harbour* 3 Peters 99 (1830),美国最高法院。

〔69〕 应当注意与出生地主义可能扩大适用有联系的各种问题,例如关于在船上出生的问题,参见:Brownlie, *Principles*, p. 379 ff. 还可以参见:*Lam Mow* v. *Nagle* 24 F. 2d 316 (1928); 4 AD, pp. 295, 296.

1957 年的《关于已婚妇女国籍的公约》规定:缔约国同意,它们的国民与外国人结婚不应当自动影响妻子的国籍,不过妻子可以通过具体程序在自愿的情形下取得丈夫的国籍。

还应当注意的是,1979 年的《消除对妇女的一切形式歧视公约》第 9 条规定,缔约国应当赋予妇女与男人在取得、改变或保留国籍方面相同的权利,并且特别是与外国人结婚或者婚姻期间丈夫改变国籍,都不应自动改变妻子的国籍、使其变成无国籍或者将其丈夫的国籍强加于她。该公约也规定,妇女在她们的子女的国籍方面应当具有与男人相同的权利。就儿童本身而言,1966 年的《公民权利和政治权利国际公约》第 24 条第 3 款规定,每一个儿童有权取得一个国籍。这在 1989 年的《儿童权利公约》第 7 条得到了重申。

国籍也可以由外国人通过归化程序取得。这种程序通常规定最低居住期限。不过,归化的条件每个国家的规定都各不相同。[70] 663

民事管辖权,特别是关于自然人的地位问题,在许多国家都取决于有关当事方的国籍。因此,例如,位于任何地方的法国人在任何纠纷中其婚姻的准据法应当是法国法。但是,普通法国家倾向于以有关个人永久居所地(住所)国的法律为基础来选择适用的法律。

许多国家,特别是那些实行以欧洲大陆法模式为基础的法律制度的国家,对其国民实施的犯罪主张管辖,而不论该犯罪可能发生在另一国的领土内。[71] 但是,普通法国家倾向于将它们对本国国民在境外实施的犯罪的管辖限制在非常严重的罪行。[72] 在英国,一般限制在英国国民在境外实施的叛国、谋杀和重婚罪。[73] 根据 1994 年《南极洲

---

[70] 例如参见:*Weiss*, Nationality, p. 101.

[71] 例如参见:Gilbert, "Crimes", p. 417. 还可以参见:*Re Gutierrez* 24 ILR, p. 265, *Public Prosecutor* v. *Antoni*, 32 ILR, p. 140 以及 *Serre et Régnier*, *Recueil Dalloz Sirey* (*jurisprudence*), 1991, p. 395.

[72] 参见内政大臣的声明。他指出:"但是,在例外的情况下,我们对一些诸如谋杀这样的严重犯罪主张域外管辖权,只要有利于追诉的各种因素已经超过反对追诉的各种因素。"参见:HC Deb., vol. 445, col. 1419, Written Answer, 2 May 2006, UKMIL, 77 BYIL, 2006, p. 756. 但是,注意罗杰勋爵(Lord Rodger)的评论。他说:"原则上,议会如果对英国境外的英国公民的行为进行立法,这是不会遭到反对的,只要有关立法没有侵犯其他国家的主权。"参见:*Al-Skeini* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, para. 46; 133 ILR, p. 716.

[73] 例如参见 1911 年《官方保密法》(第 10 条)、修改后的 1970 年该法律(第 8 条)和修改后的 1989 年该法律(第 15 条);1861 年《侵犯人身的犯罪法》第 9 条和第 57 条;1894 年《商船运输法》第 686 条第 1 款和"R v. Kelly"案[1982] AC 665; 77 ILR, p. 284;1978 年《惩治恐怖主义法》第 4 条。参见:P. Arnell, "The Case for Nationality-Based Jurisdiction", 50 ICLQ, 2001, p. 955。这现在已经被扩大到涵盖在境外实施的各种性犯罪:参见 1996 年《性犯罪(共谋和煽动)法》以及 1997 年《性犯罪法》。注意在下面这个案件中,休斯法官宣布:"如果外国或者它们的国民的权利不受到侵犯,国际法的任何规则就不阻止美国对公海上、甚至在外国的自己公民的行为进行规范。"参见:*Skiriotes* v. *Florida*, [313 US 69, 73 (1941); 10 AD, pp. 258, 260];也可以参见:DUSPIL, 1976, pp. 449—57,它是关于美国国民和公民在美国境外,特别是关于在南极洲实施的犯罪接受美国地区法院管辖的法律。

法》第21条的规定，当英国国民在南极洲的作为或不作为如果在英国实施将构成犯罪时，该人将被视为已经实施了犯罪，应被起诉，并且如果罪行成立，应受到惩罚。另外，
664 1991年《战争罪法》规定了对在1990年3月8日或以后成为英国公民或在英国居住的人的管辖权。谋杀、一般杀人或犯罪杀人等行为可以在英国受到起诉，无论行为时该人国籍为何，只要该犯罪是在第二次世界大战期间的德国或被德国占领的部分地区实施的，并且构成违反战争法和惯例的行为。[74] 而且，普通法国家对其他国家在刑事事项管辖权方面扩大适用国籍原则从来没有提出过抗议。

最后，应当注意的是，根据1982年《海洋法公约》第91条的规定，船舶享有它们有权悬挂其旗帜的国家的国籍。每个国家有权为赋予船舶其国籍、在其领土内进行船舶登记以及在船上悬挂其旗帜的权利而规定条件。然而，在国家与船舶之间必须存在真实的联系[75]。根据1944年《芝加哥国际民用航空公约》第17条的规定，航空器具有它们登记国的国籍，尽管登记的条件是国内法上的事项。[76]

被动人格原则[77]

根据这项原则，一国可以对某人在境外实施的已经影响或将要影响该国国民的犯罪主张司法管辖权。

关于这项原则最主要的案件是1886年的"卡汀"(the *Cutting* case)案。[78] 该案件涉及一个美国公民在得克萨斯诽谤一个墨西哥人的出版行为。由于墨西哥坚持认为根据被动人格原则有权进行管辖，卡汀在墨西哥被捕，并且(根据墨西哥法律判定)犯罪成
665 立。美国对此提出了强烈抗议。不过，该事件最后不了了之，因为受损害一方撤回了该项指控。[79]

---

[74] 也可以参见，关于船舶和航空器的国籍，前面，第11章，第611页；以及下文，第677页。关于公司的国籍，参见下文，第14章，第815页。关于提出请求的国籍，进一步参见下文，第14章，第808页。

[75] 也可以参见1958年《日内瓦公海公约》第5条。

[76] 参见第19条。

[77] 例如参见：Akehurst, "Jurisdiction", pp. 162—6; Mann, "Doctrine of Jurisdiction", pp. 40—1; E. Beckett, "The Exercise of Criminal Jurisdiction over Foreigners", 6 BYIL, 1925, p. 44 以及 Beckett, "Criminal Jurisdiction over Foreigners", 8 BYIL, 1927, p. 108; W. W. Bishop, "General Course of Public International Law, 1965"; 115 HR, 1965, pp. 151, 324, 以及 Higgins, *Problems and Process*, p. 65. 还可以参见：the *Eichmann* case, 36 ILR, pp. 5, 49—57, 304.

[78] J. B. Moore, *Digest of International Law*, Washington, 1906, vol. II, p. 228.

[79] 参见：*US Foreign Relations*, 1886, p. viii; 1887, p. 757; 以及 1888, vol. II, p. 1114.

莫尔法官在"荷花号案"的反对意见中对这项原则进行了强烈批评[80],因为《土耳其刑法典》规定,当对土耳其国民产生损害时就具有管辖权。然而,常设国际法院并没有解决这个问题,而是集中于客观领土管辖原则。[81]

总体的观点是:尽管许多国家适用被动人格原则,但该原则是一项根据国际法据以行使管辖权相当不确定的基础。它受到美国[82]和英国的强烈反对。

但是,《反对劫持人质国际公约》第9条详细规定了可以对该犯罪确立管辖权的基础,其中包括人质的国籍国,"如果该国认为合适"。[83] 为了执行该公约,美国在1984年的《综合犯罪控制法》[84]中提出了使用被动人格概念的可能性,该法规定将美国特定的海上和领土管辖权扩大到包括"由美国国民或针对美国国民在任何国家管辖权以外的任何地方实施的犯罪"。[85] 1986年,在"阿奇尔·罗洛事件"(the *Achille Lauro* incident)[86]之后,美国通过了《综合性外交安全和反恐怖主义法》[87],在《刑法典》中增添了一个新的条款,规定美国对在美国境外实施的被害人是美国国民的杀人和身体伤害行为具有管 666
辖权。这个条款并没有表面看上去那样彻底,因为在美国可以提起指控之前,需要由总检察长提出书面材料证明该犯罪的意图是强迫、威胁或报复政府或者平民。

"美国诉郁尼斯(第二)"案(*US* v. *Yunis* (*No. 2*))[88]涉及美国情报人员在国际水域逮捕一个黎巴嫩公民。美国指控该人涉嫌劫持一架约旦客机。劫持行为与美国之间唯

---

[80] PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p.92; 4 AD, p.153.

[81] PCII, Series A, No. 10, 1927, pp.22—3. 还可以参见:O'Connell, *International Law*, vol. II, pp.901—2, 以及 Higgins, *Problems and Process*, pp.65—6.

[82] 例如,希腊驻美国领事对在美国发生的涉及袭击希腊国民的美国国民发出传票,遭到美国政府的抗议。DUSPIL, 1973, pp.197—8 以及 DUSPIL, 1975, pp.339—40.

[83] 参见:*Rees* v. *Secretary of State for the Home Department* [1986] 2 All ER 321. 一般性参见:J. J. Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law*, Cambridge, 90。也可以参见1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员的罪行的公约》第3条第1款以及1984年《禁止酷刑公约》第5条第1款。

[84] 参见:new section 1203 of the Criminal Code, 18 USC para. 1203, Pub. L. No. 98—473, ch. 19, para. 2002(a), 98 Stat. 1976, 2186.

[85] Pub. L. No. 98—473, para. 1210, 98 Stat. at 2164。也应当注意1975年通过的《法国刑事诉讼法典》第689条第1款。

[86] 参见下文,第679页。

[87] Pub. L. No. 99-399, tit. XII, para. 1202(a), 100 Stat. 853,896. 例如参见:C. Blakesley, "Jurisdictional Issues and Conflicts of Jurisdiction" in *Legal Responses to International Terrorism* (ed. M. C. Bassiouni), Charlottesville, 1988。也可以参见1975年《法国刑事诉讼法典》第689条。

[88] 681 F. Supp. 896 (1988); 82 ILR, p.344. 还可以参见:*US* v. *Yunis* (No. 3) 924 E2d 1086, 1091; 88 ILR, pp.176, 181.

一的联系是，一些美国公民当时在那架飞机上。法院接受了普遍原则[89]和被动人格原则是本案适当的管辖基础的观点，认为：尽管后一个原则是国际法中最具争议的管辖原则，但“国际社会承认它的合法性”。[90] 法院指出，尽管美国在历史上反对被动人格原则，但是近年来，美国和国际社会在恐怖主义和其他受到国际社会谴责的罪行方面已经接受该原则。[91] 在“刚果诉比利时（逮捕令）”案（*Congo* v. *Belgium* (*Arrest Warrant*)）中，希金斯（Higgins）、科艾曼斯（Kooijmans）和比尔根塔尔（Buergenthal）三位法官在他们的联合个别意见中指出：在这种特殊的情况下，被动人格原则“相对说来，当今几乎已经不再遭到反对了”。[92]

保护原则[93]

根据这项原则，国家可以对外国人在境外实施的危及相关国家安全的行为行使管辖
667 权。这是一个已经完全确立的概念，不过在实践中到底在多大范围内可以适用，特别是哪些行为可以被包含在这项管辖权范围内，还存在一些不确定的地方。[94]

从保护某个国家至关重要的利益来看，这项原则是合理的，因为外国人实施的行为在其居住地国家法律中也许不是犯罪行为，而且如果这种犯罪包括政治犯罪的话，还有可能被拒绝引渡。然而，尽管这项原则通常仅集中在移民和各种经济犯罪方面，但显然容易被滥用，因为很容易被用来颠覆外国政府，而不是保护重要的国家职能。不过，它之所以存在的部分原因，是因为许多国家的国内法在侵害外国国家安全和领土完整的犯罪方面显得不够充分。[95]

---

〔89〕 参见下文，第668页。

〔90〕 681 F. Supp. 896, 901; 82 ILR, p. 349.

〔91〕 681 F. Supp. 896, 902; 82 ILR, p. 350。注意有人这样评论《美国对外关系法重述》第402段（第一卷，第240页）：被动人格原则“正在逐渐被接受可以适用于恐怖主义和对一个国家的国民根据它们的国籍而进行的其他有组织攻击行为，或者刺杀一个国家的外交代表或者其他官员的行为”。例如参见：*US* v. *Benitez* 741 F. 2d 1312, ! 316 (.1984), cert. denied, 471 US 1137, 105 S. Ct. 2679 (1985).

〔92〕 ICJ Reports, 2002, pp. 3, 63, 76—7; 128 ILR, pp. 60, 118, 132.

〔93〕 例如参见：Akehurst, “Jurisdiction”, pp. 157—9; Harvard Research, pp. 543—63, 以及 M. Sahovic and W. W. Bishop, “The Authority of the State: Its Range with Respect to Persons and Places” in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, 1968, pp. 311, 362—5. 还可以参见：M. S. McDougal, H. Lasswell and V. Vlasic, *Law and Public Order in Space*, New Haven, 1963, pp. 699—701.

〔94〕 例如参见：*In re Urios* 1 AD, p. 107；以及《法国刑事诉讼法典》第694条第1款。

〔95〕 例如参见：*Rocha* v. *US* 288 F. 2d 545 (1961); 32 ILR, p. 112; *US* v. *Pizzarusso* 388 F. 2d 8 (1968), 以及 *US* v. *Rodriguez* 182 F. Supp. 479 (1960). 还可以参见：the *Italian South Tyrol Terrorism* case, 71 ILR, p. 242.

这个理论似乎在英国的"乔伊斯诉公检主任"[96]案(*Joyce* v. *Director of Public Prosecutions*)中得到了适用。该案涉及臭名昭著的支持纳粹的宣传员"霍一霍勋爵"。乔伊斯出生在美国,但在1933年通过谎称出生在爱尔兰的欺诈手段获得了英国护照。1939年,他离开英国,开始为德国电台工作。第二年,他声称已经获得了德国国籍。该案件的争论点是,英国的法院在战后是否有权根据叛国罪审判他。上议院判定本案中的管辖权是存在的。乔伊斯把自己当作是英国臣民,并且利用了英国护照提供的保护(虽然是欺诈得来的)。因此,他可以被视为承担对女王的效忠义务,对违反该义务的行为应当承担责任。尽管他的叛国行为是在英国领土之外实施的,但这个事实无关紧要,因为国家没有义务忽视在其境外对其实施的叛国罪。乔伊斯被判罪行成立,并为他的行为承担了刑罚。[97] 668

在规定对某些具体的罪行存在多重管辖权的条约中也规定了保护性原则。[98]

普遍原则[99]

根据这项原则,每一个国家有权审判特定的罪行。它的基础是,有关罪行被视为特

---

[96] [1946] AC 347; 15 AD, p. 91.

[97] 关于美国的实践,参见:*Rocha* v. *US* 288 F. 2d 545 (1961); *United States* v. *Pizzarusso* 388 F. 2d 8 (1968)以及 *United States* v. *Layton* 509 F. Supp. 212 (1981). 还可以参见:*Third US Restatement of Foreign Relations Law*, vol. I, pp. 23 7 ff. 以及1986年的《外交安全和反恐怖主义综合法》。美国还以保护性原则为基础对位于公海的外国人主张管辖权,参见:1986年的《海上贩毒执法法》以及 *US* v. *Gonzalez* 776 F. 2d 931 (1985); 还可以参见:S. Murphy, "Extraterritorial Application of US Laws to Crimes on Foreign Vessels", 97 AJIL, 2003, p. 183.

[98] 例如参见1979年《人质公约》;有关的劫机公约以及1994年《联合国人员和有关人员安全公约》:参见下文,第676页及其以下。

[99] 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", pp. 160—6, Bowett, "Jurisdiction", pp. 11—14; Harvard Research, pp. 563—92; Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction", p. 156; Gilbert, "Crimes", p. 423, and K. C. Randall, "Universal Jurisdiction under International Law", 66 *Texas Law Review*, 1988, p. 785; M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992; L. Reydams, *Universal Jurisdiction*, Oxford, 2003; Redress Report on Legal Redress for Victims of International Crimes, March 2004; M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Lawfor Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Antwerp, 2005; R. O'Keefe, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", 2 *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 735; A. H. Butler, "The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature," 11 *Criminal Law Forum*, 2001, p. 353; M. Henzelin, *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International*, Brussels, 2000, and L. Benvenides, "The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope", 1 *Annuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, p. 58. 还可以参见《关于普遍管辖的普林斯顿原则》,普林斯顿,2001年,以及《关于对严重侵犯人权的普遍管辖的阿鲁沙原则》,Inazumi, *Universal Jurisdiction*, p. 5. 还应该注意: H. Kissinger, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, July/August 2001.

别针对国际社会整体的犯罪。普遍管辖被定义为国家追诉被指控的罪犯和如果被定罪的话,对它们进行惩罚的权限,不论犯罪实施地在哪里,也不论是否存在主动或被动人格的任何联系或得到国际法承认的其他管辖权基础。[100] 明确属于普遍管辖范围的罪行有两类。它们是海盗[101]和战争罪。但是,有越来越多的其他犯罪根据国际法可以受到缔约方的管辖,并且形成一个与普遍管辖概念密切联系的不同类型。

战争罪、破坏和平罪和危害人类罪

669 除海盗外,战争罪现在已经被大多数权威学者接受为普遍管辖的对象,当然,其中涉及的问题非常敏感,并具有高度政治性。[102] 虽然对第二次世界大战后出现的关于战争罪判决的合法性和原则几乎不存在疑问,但是,美军人员在越南战争[103]、巴基斯坦士兵在 1971 年的孟加拉战争以及后来发生的冲突中有关人员涉嫌实施的战争罪却引起了很大争议。

1945 年《国际军事法庭宪章》第 6 条将破坏和平罪、违反战争法规和惯例的行为以及违反人道罪规定为该法庭管辖范围内的罪行,并产生个人的责任。[104] 该条款现在可以被视为国际法的一部分。1946 年,联合国大会一致通过决议,明确确认《纽伦堡法庭宪章》承认的国际法原则以及该法庭的判决。[105] 1968 年,大会通过了《对战争犯罪和反人类罪不适用法定时效的公约》。这加强了一个一般信念,即:战争罪在国际法上是一个独立的犯罪类型,是允许进行普遍管辖的[106],而 1949 年四个日内瓦"红十字"公约也含

---

[100] 参见国际法研究院在 2005 年 8 月 26 日通过的决议,第 1 段。

[101] 关于海盗,参见上文,第 8 章,第 398 页,以及第 11 章,第 615 页。

[102] 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", p. 160; A. Cowles, "*Universality of Jurisdiction over War Crimes*", 33 *California Law Review*, 1945, p. 177; Brownlie, *Principles*, pp. 303—5; Bowett, "Jurisdiction", p. 12; Higgins, *Problems and Process*, p. 56; Mann, "Doctrine of Jurisdiction", p. 93, and Bassiouni, *Crimes against Humanity*, p. 510. See also the *Eichmann* case, 36 ILR, pp. 5 and 277 and the UN War Crimes Commission, 15 *Law Reports of Trials of War Criminals*, 1949, p. 26. 但是,比较纪尧姆法官的个别意见,*Congo* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2002, para. 3, 42 (认为普遍管辖只限于海盗)以及联合个别意见,同上, para. 3, 78 (普遍管辖可能可以针对 1949 年日内瓦公约所规定的战争罪等)。进一步参见上文,第 8 章。

[103] 例如参见:*Calley* v. *Calloway* 382 F. Supp. 650 (1974), rev'd 519 F. 2d 184 (1975), cert. denied 425 US 911 (1976).

[104] 也可以参见 1919 年的《凡尔赛和约》第 228 条。

[105] Resolution 95 (I). 还可以参见:*Yearbook of the ILC*, 1950, vol. II, p. 195; 253 HL Deb., col. 831, 1963 年 12 月 2 日;the *British Manual of Military Law*, Part III, 1958, para. 637; Brownlie, *Principles*, p. 561 ff., 以及 P. Weiss, "Time Limits for the Prosecution of Crimes against International Law", 53 BYIL, 1982, pp. 163, 188 ff.

[106] 例如参见:Weiss, "Time Limits".

有对严重破坏行为进行普遍管辖的条款。[107] 这种严重破坏行为包括故意杀害、酷刑或虐待、非法驱逐受保护的人员以及劫持人质。在1977年的《第一附加议定书》中，增加规 670
定了严重破坏行为，例如把攻击平民居民的行为也包括在内。[108]

纽伦堡实践表明，破坏和平罪是由国家当局实施的侵略行为构成的。在理论上，这是没有争议的，但是在实践中，在普遍管辖的框架内可能会产生严重的问题。[109] 然而，这种犯罪是否能够扩大到包括支持国际恐怖主义行为，是可以质疑的。危害人类罪明确包括种族灭绝和相关行为。它们在国际性武装冲突的情形外的适用是与战争罪不同的，但基本上涵盖了相同的实质犯罪。[110] 联合国秘书长在其《关于建立一个前南斯拉夫国际法庭的报告》[111]中对后来成为该法庭规约[112]的第5条进行评注时指出："危害人类罪是指不论在国际或国内的军事冲突中对任何平民的犯罪"，"危害人类罪指非常严重的不人道行为，例如基于民族、政治、人种、种族或宗教原因在大规模或有计划的攻击平民中故意杀戮、酷刑或强奸"。[113] 1998年的《国际刑事法院罗马规约》规定，国际刑事法院的管辖权限于"整个国际社会关注的最严重犯罪"，即种族灭绝、危害人类罪、战争罪和侵略[114]，并且实施了该法院管辖范围的罪行的人根据本规约"应当负个人责任，并受到处罚"。[115] 671

国际法委员会在1996年通过了《危害人类和平与安全罪法典草案》。[116] 第8条规

---

[107] 参见《日内瓦第一公约》第49条；《日内瓦第二公约》第50条；《日内瓦第三公约》第129条以及《日内瓦第四公约》第146条。例如，还可以参见：G. I. A. D. Draper, *The Red Cross Conventions*, London, 1958, p. 105. Cf. Bowett, "Jurisdiction", p. 12.

[108] 进一步参见上文，第8章，以及下文，第21章。

[109] 例如参见：*Calley* v. *Calloway* 382 F. Supp. 650 (1974), rev'd 519 F. 2d 184 (1975), cert. denied 425 US 911 (1976).

[110] 例如参见：Brownlie, *Principles*, p. 562; L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edn, Manchester, 2000, chapter 18; E. Schwelb, "Crimes Against Humanity", 23 BYIL, 1946, p. 178. 也可以参见《国际刑事法院规约草案》第20条。该条款称该概念属于专门术语，*Report of the International Law Commission*, A/49/10, 1994, p. 75.

[111] S/25704, 1993，第47—48段。

[112] 安理会第827号决议（1993年）。

[113] 参见1994年《卢旺达国际法庭规约》第3条，安理会第955号决议（1994年）。还可以参见：the *Barbie* case, 100 ILR, p. 330 以及 the *Touvier* case, ibid., p. 337.

[114] 第5条。

[115] 第25条。

[116] *Report of the International Law Commission*, A/51/10, 1996, p. 9. 自从1982年以来，这个问题一直都在考察之中：参见联大1981年12月10日第106号决议。1954年，国际法委员会起草了一个法典草案，并提交给联大，参见：*Yearbook of the ILC*, 1954, vol. II, p. 150. 在没有出现对侵略的定义之前，联大一直推迟对法典草案的审查，参见第897号决议（IX）。在1974年，终于出现了对侵略的定义：参见第3314号决议（XXIX）。在1991年，临时通过了一个法典草案，参见：A/46/10 and 30 ILM, 1991, p. 1584.

定,每个国家应当采取一切必要措施对本草案中规定的罪行确立管辖权;第9条规定,在其领土上发现涉嫌实施了危害人类和平与安全的罪行之每一个缔约国应引渡或起诉该个人。该条款的评注宣布:缔约国的国内法院有权"根据普遍管辖原则"对那些罪行行使"尽可能广泛的管辖权"。[117] 产生个人责任的危害人类和平与安全的罪行包括侵略(第16条)[118]、种族灭绝(第17条)、危害人类罪(第18条)、侵害联合国人员以及有关人员的犯罪(第19条)以及战争罪(第20条)。[119]

尽管某个特定行为可以被视为国际犯罪,但这本身并不意味着普遍管辖的确立;就允许实施这种管辖权而言,国家实践好像也没有超出战争罪、破坏和平罪和危害人类罪的范围。特别是,例如,在1991年的草案中曾经提到过种族隔离、雇佣兵以及环境犯罪,但在1996年通过的法典草案中被删除了。应当认为,它们是应然法的体现。

国内法院实施普遍管辖始于1961年以色列耶路撒冷地区法院和最高法院审理的"艾希曼"案(*Eichmann* case)。[120] 根据以色列1951年制定的一项法律,艾希曼被控并被
672 判定犯有危害犹太人的罪行和危害人类罪。该地区法院宣布:对于这些犯罪,国际法非但没有限制国家的管辖权,实际上反而需要每个国家的立法和司法机构行动起来禁止这种犯罪,并将罪犯绳之以法。尽管该犯罪是在以色列国家成立之前实施的,但这并不能妨碍根据国际法中的普遍管辖正确行使管辖权。以色列国内法只是反映了国际法中已经存在的罪行。

就某个国家的国内法院行使管辖权来说,是否需要被告出现在该国领土是一个国内法上的问题。不同的国家采取了不同的做法。在2003年2月12日"HSA等人诉沙龙等人"案(*HSA et al.* v. *SA et al.*)的判决中,比利时最高法院采取的观点是:没有必要要求被告已经出现在比利时领土上。[121] 但是,这是在比利时1993年制定并经1999年修正后的法律的情况下作出的。该法律规定了对种族灭绝、危害人类罪和战争罪的广泛管辖权。该法律在2003年4月23日得到了修正,规定:被指控的有关严重违反国际法的行为在实施时必须针对的是比利时国民或至少已经在比利时合法居住满三年的人,而且包

---

[117] *Report of the International Law Commission*, A/51/10, 1996, p.51. 这对于侵略罪是不适用的。

[118] 第8条规定,关于个人的管辖权属于国际刑事法院。

[119] 1991年的草案提到的其他犯罪还包括征募、使用、资助和培训雇佣兵、国际恐怖主义、非法贩运麻醉品和故意严重破坏环境。

[120] 36 ILR, pp.5 and 277. 还可以参见:the *Barbie* cases, 78 ILR, pp.78, 125, 136 以及 *Demjanjuk* v. *Petrovsky* 776 F. 2d 571 (1985); 79 ILR, p.534. 关于在以色列的 *Demjanjuk* 案,也可以参见 *Keesing's Record of World Events*, p.36189.

[121] 关于对被告阿里尔·沙龙(Ariel Sharon)和阿莫斯·亚龙(Amos Yaron)和其他人在1982年黎巴嫩沙布拉(Shabra)和沙地拉(Shatilla)难民营事件的指控令,No. P. 02.1139. F/1.

括初步调查在内的任何追诉必须在联邦检察官请求的情况下才能展开。另外,从案件来看,为便于恰当执法以及履行比利时承担的国际义务,如果案件在国际的法庭、行为实施地国家的法院、被指控的罪犯国籍国的法院、或罪犯可能被发现地国家的法院审理更好的话,联邦检察官可以决定不再继续追诉。[122] 2003 年 8 月 5 日,该法律进一步得到修正,规定:想要提交申请的外国人必须是在比利时已经至少居住满三年的人。[123] 看来,在被告没有出现在比利时领土的情况下,比利时实际上已经不再允许基于普遍管辖模式进行追诉。[124] 这和国际法研究院(Institut de Droit International)的做法是一致的。该研究院称:"行使普遍管辖要求被指控的罪犯出现在追诉国的领土、悬挂其旗帜的船上或根 673
据该国法律登记的飞机上,或要求对被指控的罪犯实施了其他合法形式的控制。"[125]

2003 年 2 月 25 日,在"危地马拉种族灭绝"案(*Guatemalan Genocide* case)中,西班牙最高法院判决认为:该国的管辖权只限于西班牙国民是被害人的那些种族灭绝行为。[126] 不过,这项判决在 2006 年 9 月 26 日被宪法法院推翻。宪法法院判决认为:关于危害人类罪的国内管辖条款不限于那些西班牙国民是种族灭绝罪被害人的案件,而且为了启动申诉,不需要与西班牙之间存在联系。[127]

规定管辖权的条约

除了已经被接受的逮捕和审判海盗以及战争罪的普遍管辖权之外,还有许多条约规定了国际社会对各种不同行为的惩治:从破坏海底电缆到贩运毒品和奴隶制。[128] 这些条约规定了国家管辖权的实施,但并不是普遍管辖权。一些公约确立了可被称之为"准普遍管辖权"的制度,规定了由尽可能多的缔约国根据不同的基础实施的管辖权,并且还伴有缔约国在国内法中确立这种管辖权的义务。在许多情形中,有关的犯罪将构成(对)强行法(的违反)。时常提出的观点是:当强行法规范存在时,特别是有关的犯罪被

---

[122] 参见第 16 条第 2 款,42 ILM, 2003, pp. 1258 ff.

[123] *Moniteur Belge*, 7 August 2003, pp. 40506—15.

[124] 例如参见:Inazumi, *Universal Jurisdiction*, p. 97. 还可以参见:S. Ratner, "Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem", 97 AJIL, 2003, p. 888.

[125] 2005 年 8 月 26 日通过的决议,para. 3(b).

[126] Judgment No. 327/2003. 还可以参见该法院在几个月之后的"秘鲁种族灭绝案"中作出的判决。在该案中,法院认为,西班牙法院不可以对秘鲁官员从 1986 年开始据称实施的种族灭绝和其他严重犯罪行使普遍管辖权,参见:Judgment No. 712/2003.

[127] Judgment No. 237/2005. 例如参见:N. Roht-Arriaza, "*Guatemala Genocide* Case. Judgment no. STC 237/2005", 100 AJIL, 2006, p. 207.

[128] 例如参见:Akehurst, "Jurisdiction", pp. 160—1.

视为特别严重时，此种普遍管辖就可以成立。[129] 更为准确的做法是：在这种情况下，国际法承认国内法可以有效地对犯罪嫌疑人确立和行使管辖权。这些情况包括犯罪嫌疑
674 人在有关国家内的出现。因此，这就与（例如）对海盗的普遍管辖存在区别，海盗就可以在公海上被抓捕后在国内提起诉讼。因此，就不能说在这些情况下的这种管辖类型是普遍的，而只是"准普遍"的。[130] 在"刚果诉比利时"案（*Congo* v. *Belgium*）的联合个别意见中，希金斯（Higgins）、科艾曼斯（Kooijmans）和比尔根塔尔（Buergenthal）三位法官将这种情形形容为"对人的一种领土管辖义务"或者"对人在域外的行为确立领土管辖的一种管辖权"，而不是真正的普遍管辖。[131]

许多条约遵循了准普遍管辖的模式，规定某些确定的罪行在缔约国国内秩序中被确立为刑事犯罪，并承担下述义务：必须逮捕在其国家领土上发现的犯罪嫌疑人，然后根据许多已经陈述的管辖权基础，包括从领土、国籍到被动人格基础，对这些人进行追诉。这些条约通常也会规定互相协助，以及将有关犯罪视为缔约国之间缔结的任何引渡条约中可引渡的罪行。有关的协议例如包括：1984 年联合国《禁止酷刑公约》[132]、以及关于劫持人质、伪造货币、劫机和贩运毒品的条约。这些条约后来通常在国内得到实施。[133]

非常有趣的是，国际法委员会在建立国际刑事法院规约草案中建议：在某些条件下，
675 该法院对一系列的"条约犯罪"具有管辖权。[134] 但是，这个建议在后面的讨论中没有被接受，并且最终没有出现在 1998 年《罗马规约》中。如果看一下这些条约中的某些条款，就会明白其中的原因。1984 年的《禁止酷刑公约》规定，每一缔约国应保证，凡一切酷刑行为均应定为触犯刑法的罪行[135]，并且当酷刑犯罪发生在其管辖的任何领土内，或在该国注册的飞机或船舶上，或者当被指控的罪犯是该国国民，或者当受害人是该国国民，而

---

[129] 例如参见米利特法官（Millett）的意见，*Ex parte Pinochet*（No. 3）[2000] 1 AC 147, 275. 还可以参见：R. Van Alebeek, "The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial", 71 BYIL, 2000, p. 29.

[130] 有人还提出"有条件的普遍管辖"这种说法，参见：A. Cassese, "When may Senior State Officials be Tried for International Crimes?", 13 EJIL, 2002, pp. 853, 856.

[131] ICJ Reports, 2002, pp. 3, 74—5; 128 ILR, pp. 60, 130—1. 也可以参见纪尧姆法官的个别意见，他用"补充性的普遍管辖"来指称国际公约中规定的缔约国对在其领土之上被逮捕、但没有被引渡的犯罪嫌疑人的管辖，参见：同上，p. 40; 128 ILR, p. 96。

[132] 进一步参见上文，第 6 章，第 326 页。

[133] 例如参见英国 1982 年的《劫持人质法》。

[134] 那种犯罪来自 1949 年《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》、1970 年的《海牙公约》、1971 年的《蒙特利尔公约》、1973 年的《种族隔离公约》、1973 年的《受国际保护人员公约》、1979 年的《人质公约》、1984 年的《酷刑公约》、1988 年的《海上航行安全公约》及其议定书以及 1988 年的《非法贩运麻醉品和精神调理物质的公约》，参见：*Report of the International Law Commission*, A/49/10, 1994, pp. 141 ff.

[135] 第 4 条。

该国认为确系如此时，应采取一些必要的措施以确立对其的管辖权。[136] 而且，每个缔约国同意对犯罪嫌疑人引渡或提起诉讼[137]，还同意该行为属于各缔约国间缔结的引渡条约所列的可引渡的罪行。[138] 这个公约是“皮诺切特（第三）”案中讨论的主题。在该案件中，上议院的多数意见认为：在《禁止酷刑公约》的条款通过 1988 年的《刑事司法法》第 134 条得到实施之前，在英国境外实施的酷刑并不是根据英国法律应受惩罚的犯罪。[139] 但是，米利特勋爵认为，根据习惯国际法，酷刑是可以进行普遍管辖的犯罪。既然习惯国际法是普通法的组成部分[140]，那么英国法院“就在习惯国际法中的普遍管辖方面具有、而且过去早就具有域外刑事管辖权”。[141] 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》在 1973 年由联合国大会通过，并于 1977 年开始生效。该公约规定，缔约国应当将袭击这些人员的人身、寓所以及交通工具的行为定为是其国内法中的罪行。[142] 当然，如果需要的话，也仅仅需要对已有的刑事法律进行微小的修改。每一缔约国应采取必要措施，以确定对这些罪行的管辖权：当其发生在本国领土之内或在本国登记的船舶或飞机上时；或者当嫌疑犯是本国国民时；或者当所犯罪行是对因代表本国执行职务而享有应受国际保护地位的人员所犯时。[143] 当某人是某个国家的国家元首、政府首脑或外交部长，并在外国境内时，或某个国际组织中的国家代表或官员 676
时，该人就被视为是受国际保护的人员。[144]

1979 年通过的《反对劫持人质国际公约》于 1983 年开始生效。如同《受国际保护人员公约》一样，它要求每一个缔约国将该行为规定为国内法中可惩罚的罪行[145]；还规定缔约国必须对在它们领土内发现的犯罪嫌疑人引渡或起诉，以及将劫持人质罪行纳入现有的以及将来的引渡条约方面进行合作。缔约国可以实施管辖权的基础规定在第 5 条，包括：在其领土或在该国登记的船舶或航空器上所实施的罪行；该国任何一个国民所犯的罪行，或经常居住于其领土内的无国籍人（如该国认为恰当时）所犯的罪行；犯罪是为

---

〔136〕 第 5 条。

〔137〕 第 7 条。

〔138〕 第 8 条。

〔139〕 [2000] 1 AC 147, 148, 159—60, 188—90, 202, 218—19 and 233; 119 ILR, p. 135.

〔140〕 进一步参见上文，第 4 章，第 141 页。

〔141〕 [2000] 1 AC 147, 276; 119 ILR, p. 135. 例如，还可以参见：R. O'Keefe, "Customary International Crimes in English Courts", 72 BYIL, 2001, p. 293.

〔142〕 第 2 条。例如参见英国 1978 年的《受国际保护人员法》。

〔143〕 第 3 条。

〔144〕 第 1 条。

〔145〕 例如参见英国 1982 年的《劫持人质法》。

了迫使该国实施或者不实施某种行为;或者犯罪是以该国国民为人质,而该国认为适当时。

1994 年通过的《联合国人员和有关人员安全公约》规定:每一缔约国应当将袭击联合国人员或有关人员或财产的行为定为国内法中的犯罪[146],并且规定对这些犯罪行为应当确立管辖权,当该犯罪是在该国领土内实施或者在该国登记的船舶或者航空器上实施,或者当犯罪嫌疑人是该国国民。缔约国也可以对任何这些犯罪确立起管辖权,当其是在该国拥有惯常居所的无国籍人实施时,或者涉及该国的国民,或者企图迫使该国实施或者不实施某种行为。[147] 另外,在其领土上出现犯罪嫌疑人的国家应当起诉或者引渡。[148]

就劫持和其他与航空器有关的非法行为而言,主要的条约是 1963 年的《关于在航空器内犯罪和其他某些行为的东京公约》、1970 年的《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》以及 1971 年的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》。之所以通过后两个条约,是因为 20 世纪 60 年代后期劫持航空器和袭击民用飞机的事件频频发
677 生,其目的是处理如何逮捕和惩治实施这些行为的人。

《东京公约》既适用于普通犯罪,也适用于那些可能危及或者确实危及航空器或航空器内的人员或财产的安全,或者危及机上良好秩序和纪律的行为,无论这种行为是否是犯罪。它规定了当该航空器正在飞行中、在公海上空、或在任何国家领土以外的其他区域上空时,缔约国对在其境内进行登记的航空器的管辖权。该公约还敦促缔约国采取必要措施,根据国内法确立在这些情形下对这些航空器的管辖权。另外,该公约允许对飞行中的航空器进行干预,以便在某些具体情形下,登记国以外的缔约国对机上实施的犯罪确立刑事管辖权。这些具体的情形是:该犯罪对该国的领土具有效果的;由或者针对该国的国民或者永久居民所实施的;针对该国安全的;违反该国有效的关于航空器飞行或者操作的任何规则或规章的;或者该国有必要实施管辖权以便确保其遵守多边国际协议中的任何规则的。[149] 该公约没有规定引渡的义务。

《海牙公约》规定,在飞行中的航空器内的任何人如果与非法劫持该航空器(或者具有同样企图)有关,就实施了犯罪,缔约国承允对上述罪行给予严厉惩罚。每个缔约国应

---

[146] 第 9 条。

[147] 第 10 条。

[148] 第 14 条。

[149] 第 4 条。参见:S. Shuber, *Jurisdiction over Crimes on Board Aircraft*, The Hague, 1973; N. D. Joyner, *Aerial Hijacking as an International Crime*, Dobbs Ferry, 1974, 以及 E. McWhinney, *Aerial Piracy and International Terrorism*, 2nd edn, Dordrecht, 1987. 也可以参见美国 1974 年的《反劫机法》。

采取必要措施对罪行或者相关的暴力行为确立管辖权，包括：当该罪行是在该国登记的航空器内实施时；当该航空器在其领土上降落且犯罪嫌疑人仍在该航空器内时；或当罪行是在租来时不带机组的航空器内实施的，而承租人的主要营业地，或如承租人没有这种营业地，则其永久居所是在该国。该公约还规定在其领土内发现犯罪嫌疑人的缔约国必须对其进行引渡或者起诉。

《蒙特利尔公约》在管辖权和引渡方面规定了和《海牙公约》相同的规则。但是，其目的是为了控制和惩罚对在飞行中的以及在地面上的民用航空器的袭击和破坏行为，而 678
不是直接处理劫机问题。[150] 1988 年，还通过了一项《〈蒙特利尔公约〉的议定书》。该议定书规定，对在用于国际民用航空的机场内的造成或者足以造成严重伤害的非法暴力行为，以及破坏或者严重损坏用于国际民用航空的机场设施，或者停于机场上未在使用的航空器，或者中断机场服务的暴力行为进行惩治。[151]

尽管广泛的管辖权基础没有包括普遍管辖本身，但应当对此引起注意。由于国际社会广泛谴责危害民用航空安全的行为，因此劫机很有可能已经变成一项在实践中实际上可以进行普遍管辖的国际犯罪。[152] 而且，国际恐怖主义也有可能迅速被视为可以进行普遍管辖的犯罪。[153]

当然，当国家未能尊重上述公约规定的义务时，或者当非缔约国不尊重习惯法的下述合理假定时，即国家实践现在承认劫机是一种非法行为[154]，就会产生与执行有关的问

---

〔150〕 注意，《东京公约》和《海牙公约》对那些用于军事、海关或警察的航空器都是不适用的：分别参见第 1 条第(4)款和第 3 条第(2)款。

〔151〕 注意，在“欣达维间谍案”(Hindawi episode)中，英国一个法院在审理案件时，发现叙利亚情报机关在 1986 年曾经支持企图通过在伦敦的一架以色列班机走私炸弹。欧洲共同体于是对叙利亚开始实施制裁：参见：*Keesing's Contemporary Archives*, pp. 34771—2 and 34883—4.

〔152〕 参见：*US* v. *Yunis* (No. 2) 681 F. Supp. 896, 900-1 (1988); 82 ILR, pp. 344, 348. 还可以参见：*US* v. *Yunis* (No. 3) 24 F. 2d 1086, 1091 (1991); 88 ILR, pp. 176, 181.

〔153〕 注意，在“弗莱托诉伊朗伊斯兰共和国案”(*Flatow* v. *Islamic Republic of Iran*)中，美国的一个地区法院声称，“国际恐怖主义属于普遍管辖的对象”，999 F. Supp. 1, 14 (1998); 121 ILR, p. 618. 还可以参见 2006 年的《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。该公约要求所有国家规定强迫失踪是一种刑事犯罪，而且还规定广泛的或系统的强迫失踪构成危害人类罪。缔约国必须采取必要措施在属地性、国籍或国家认为必要的情况下，在被动人格原则的基础上确立管辖权，然后必须追诉或引渡。必须在该公约生效之前缔约国之间签订的任何引渡条约中规定强迫失踪犯罪构成可引渡的犯罪，而且缔约国承诺在将来的条约中把它规定为可引渡的犯罪，不得把该犯罪看作是政治犯罪、与政治犯罪有关的犯罪、或因政治动机引发的犯罪。因此，不得仅仅以上述理由拒绝对这种犯罪的引渡请求。而且，如果有重大理由相信被请求引渡的人可能会遭到强迫失踪，则不得将此人引渡给此种国家。

〔154〕 例如参见联大第 2645 (XXV)号决议和安理会第 286 号决议(1970 年)。

679 题。除了寻求联合国以及相关的国际航空组织外，还存在许多可能性。[155] 志同道合的国家可以设法对犯错的国家实施制裁。例如，1978 年的《波恩宣言》同意“在某个国家拒绝引渡或者起诉已经劫持航空器以及(或者)不将该航空器予以归还的情形下”，采取行动停止所有往来该国及其航线的飞行。[156] 也可以缔结双边协定，规定移交或起诉劫机犯。[157] 当然，国家也可以通过立法，使其能够对在其领土内发现的劫机嫌疑人提起诉讼[158]，或者更为一般性地设法与恐怖主义作斗争。例如，美国 1984 年的《打击国际恐怖主义法》规定，对主要(尽管不是专门)与美国领土管辖范围内的各种恐怖主义行为有关信息的提供者进行奖赏。[159]

还可能诉诸其他一般的自助行为。例如，1973 年，以色列战机在黎巴嫩上空拦截了一架民用航空器，企图逮捕一位对杀害被劫持的航空器上的平民负有责任的游击队首领。以色列为此受到联合国安理会[160]和国际民用航空组织[161]的谴责。

1985 年 10 月 10 日深夜至 11 日凌晨，一架埃及民用航空器在地中海上空被美国海军战斗机拦截，被迫在西西里降落，因为航空器上载有劫持意大利“阿其利劳罗号”旅游船的嫌疑人。美国以与国际恐怖主义作斗争的一般需要为其行为辩护，英国外交大臣则指出，应当考虑关于劫机以及劫持人质的国际公约。[162] 但是，有人认为，这些公约并没
680 有规定可以在公海或者在拦截国领土以外的任何地区为特定的原因而拦截民用航空器。逮捕恐怖主义分子应当受到鼓励，但方式必须是合法的。1986 年 2 月 4 日，以色列空军拦截了一架正从利比亚飞往叙利亚的利比亚民用航空器，试图抓捕恐怖主义分子。以色列辩称，该航空器是一次恐怖主义行动的组成部分。[163]

不过，当一国因敌对的劫机或者恐怖主义行动而采取行动时，可能会有以自卫为合

---

[155] 参见上文，第 10 章，第 542 页。

[156] 参见：UKMIL, 49 BYIL, 1978, p. 423. 作出这种声明的国家是英国、法国、美国、加拿大、西德、意大利和日本。

[157] 例如参见 1973 年的《美国—古巴关于劫持航空器、船舶和其他犯罪的谅解备忘录》。

[158] 例如参见 1974 年的美国《反劫机法》、1982 年的英国《民用航空法》第 92 条以及 1982 年的《航空安全法》。

[159] 关于国际恐怖主义，可以进一步参见下文，第 20 章，第 1159 页。

[160] 1973 年第 337 号决议。

[161] CAO Doc. 9050-LC/169-1, at p. 196 (1973).

[162] 参见：*Keesing's Contemporary Archives*, p. 34078 以及 *The Times*, 6 February 1986, p. 4. 在这个方面，我们还应当注意 1985 年 6 月发生在黎巴嫩的劫持美国环球航空公司航班、谋杀一位乘客以及长期扣留其他乘客和机组人员的事件，参见：*Keesing's Contemporary Archives*, p. 34130. 还可以参见：A. Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, Cambridge, 1988, chapter 4.

[163] 参见：*The Times*, 5 February 1986, p. 1.

法理由的情形。[164]

非法逮捕嫌疑人与行使管辖权[165]

看来,一国国家工作人员在他国领土上非法逮捕嫌疑人并不构成行使管辖权的障碍。当然,这种逮捕将违反产生国家责任的国际法和不干涉内政的规则[166],除非该情形可以用行使自卫权来辩解。[167] 有人主张,只有当绑架国可以行使管辖权的情形下,违反国际法的逮捕行为才能够私了。[168] 但是,总体说来,国际实践表明恰恰相反。[169] 在许多案件中,在逮捕和提起诉讼的管辖权之间存在明显区别。我们也应当将在公海上或者 681
公海上空实施的逮捕行为与在未经同意的情况下在他国领土上实施的逮捕行为区分开来。还需要作出的进一步区分是,逮捕国从与其存在引渡条约的国家进行的绑架,并且该引渡条约已经规定了两国之间可以移交犯罪嫌疑人的条件。最后一个可以在案件之间作出的区分取决于罪犯受到指控的犯罪的性质。当涉及公认的国际犯罪时,妨碍提起诉讼的逮捕问题可能变得不是很关键。[170] 当然,任何这种逮捕都将构成侵犯有关人员的人权,但是,其是否会影响到管辖权本身的行使则是一个关键问题。

国家之间采取的不同解决问题的方法是很明显的。在"美国诉托斯卡尼诺"案[171](*US* v. *Toscanino*)中,美国的一个上诉法院判定:当被告的出庭是通过武力或欺诈实现

---

[164] 关于1976年的恩德培事件,例如可以参见下文,第20章,第1143页。

[165] 例如参见:F. Morgenstern, "Jurisdiction in Seizures Effected in Violation of International Law", 29 BYIL, 1952, p.256; P. O'Higgins, "Unlawful Seizure and Irregular Extradition", 36 BYIL, 1960, p.279; A. Lowenfeld, "US Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law", 83 AJIL, 1989, p.880; Lowenfeld, "US Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued", 84 AJIL, 1990, p.444; Lowenfeld, "Kidnapping by Government Order: A Follow-Up", 84 AJIL, 1990, p.712, 以及 Lowenfeld, "Still More on Kidnapping", 85 AJIL, 1991, p.655. 还可以参见:F. A. Mann, "Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law" in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, p.407, 以及 Higgins, *Problems and Process*, p.69.

[166] 例如参见《联合国宪章》第2条第(4)款,以及 *Nicaragua* v. *US*, ICJ Reports, 1986, p.110; 76 ILR, p.349. 进一步参见下文,第20章。

[167] 特别需要注意的是,美国国务院法律顾问的观点,即:"因此,尽管国际法允许对那些可以有效主张自卫的情形进行域外'逮捕',但任何关于域外逮捕的决定都将对美国的人员、对美国以及对我们与其他国家的关系产生潜在的严重影响。"84 AJIL, 1990, pp.725, 727.

[168] 参见:Mann, "Jurisdiction", p.415.

[169] 例如参见:the *Eichmann* case, 36 ILR, pp.5 and 277.

[170] 参见:Higgins, *Problems and Process*, p.69.

[171] 500 F. 2d 267 (1974); 61 ILR, p.190.

时,不应适用管辖权不受非法逮捕影响的规则[172]。不过,这种方法好像已经受到了很大挑战。在"美国根据卢洪诉金格勒"案(*US ex rel. Lujan* v. *Gengler*)[173]中,法院指出:"托斯卡尼诺案"的规则只适用于"酷刑、残酷的以及类似的残忍行为"。[174] 在"美国诉阿尔瓦雷斯—马查纳"案(*US* v. *Alvarez-Machain*)[175]中,这个问题被提到了美国联邦最高法院。在该案件中,美国联邦最高法院的观点是:该问题基本上是围绕着对墨西哥和美国之间相关引渡条约进行的严格解释。该法院指出,当国家之间生效的引渡条约规定的条款禁止绑架时,就不能实施管辖权。否则,就可以适用"克尔"案(*Ker*)中的规则,起诉就应当继续进行。即使案件之间存在一些不同之处时,也应当适用,因为,与"克尔案"中
682 的情形不同,美国政府参与了绑架行为,并且逮捕行为发生国提出了抗议。[176]

在英国,采取的方法好像有点不同。在"德赖弗"案(*R* v. *Plymouth Justices*, *ex parte Driver*)[177]中,法官指出:一旦某人在英国管辖范围内被合法监禁,法院就没有权力去审查他是在何种情形下被带到英国的。但是,在"贝内特"案(*R* v. *Horseferry Road Magistrates' Court*, *ex parte Bennett*)[178]中,上议院宣布:在与有关国家存在引渡条约并且根据该条约犯罪嫌疑人可以被引渡的情形下,"如果他是在我们自己的警察、起诉或者其

---

[172] 特别参见:*Ker* v. *Illinois*. 119 US 436 (1886) 以及 *Frisbie* v. *Collins* 342 US 519 (1952). 这些案件已经习惯地被称为是"克尔—弗里斯比理论"。

[173] 510 F. 2d 62 (1975); 61 ILR, p.206. 还可以参见:*US* v. *Lira* 515 F. 2d 68 (1975); Lowenfeld, "Kidnapping", p.712; *Afouneh* v. *Attorney-General* 10 AD, p.327, 以及 *Re Argoud* 45 ILR, p.90.

[174] 在"美国诉郁尼斯案"(*US* v. *Yunis*)中,地区法院(681 F. Supp. 909, 918—21 (1988))和上诉法院(30 ILM, 1991, pp.403,408—9.)都再次确认了这种做法。

[175] 119 L Ed 2d 441 (1992); 95 ILR, p.355. 还可以参见:M Halberstam, "In Defence of the Supreme Court Decision in Alvarez-Machain", 86 AJIL, 1992, p.736, 以及 M. J. Glennon, "State-sponsored Abduction: A Comment on United States v. Alvarez-Machain", 同上, p.746.

[176] 119 L Ed 2d 451; 95 ILR, p.363. 也可以参见反对意见,该意见认为绑架实际上已经违反了国际法和引渡条约,119 L Ed 2d 456—79; 95 ILR, pp.369—79. 犯罪嫌疑人最后被判无罪,释放后被遣送回墨西哥,参见:*Alvarez-Machain* v. *United States* 107 F. 3d 696, 699 (9th Cir. 1996). 他还提出了诉讼,要求得到赔偿。在该诉讼中,美国第九巡回上诉法院认为,对他的绑架违反了国际法,因为违反了国际人权法,参见:*Alvarez-Machain* v. *United States* 41 ILM, 2002, pp.130, 133.

[177] [1986] 1 QB 95; 77 ILR, p.351. 还可以参见:*Ex parte Susannah Scott* (1829) 9 B & C 446; *Sinclair* v. *HM Advocate* (1890) 17 R (J) 38 以及 *R* v. *Officer Commanding Depot Battalion RASC Colchester*, *ex parte Elliott* [1949] 1 All ER 373. 比较:*R* v. *Bow Street Magistrates*, *ex parte Mackerson* (1901) 75 Cr. App R 24.

[178] [1993] 3 WLR 90; 95 ILR p.380.

他行政当局故意不顾那些诉讼程序而被强行带到英国，我们的法院将拒绝审理该人”。[179] 在“拉提夫”案（*R* v. *Latif*）中，该案所采取的方法得到了进一步扩展，把诱捕也包括在内。[180] 但是，当犯罪嫌疑人正采取法律行动要求取消处理引渡请求的决定时，尽管他是被诱捕到英国的，这不足以对诉讼产生影响，因为从内政大臣拥有自由裁量权和他将被引渡回去的国家的法律来看，确保正当程序的措施是存在的。[181] 而且，在“韦斯特法伦”案（*Ex parte Westfallen*）中，高等法院采取的观点是：在不存在非法性、滥用权力或者违反国际法或有关外国国内法的情形下，不能指责遭到质疑的决定，此后的刑事诉 683
讼也不能受到影响。[182]

美国《外国人侵权求偿法》[183]

根据该法，当外国人就“违反万国公法或美国（缔结）的条约而造成的”侵权提起诉讼时，（美国）第一届国会对所有相关诉因确立了地区法院独有的管辖权。[184] 在“费拉蒂加诉贝尼亚—易拉拉”案（*Filartiga* v. *Pena-Irala*）[185] 中，美国联邦第二巡回上诉法院对该条款进行了解释。它允许对一位巴拉圭公民针对一位巴拉圭警官在该国实施的酷刑行为提起的私人侵权诉讼进行管辖，因为国家官员实施酷刑违反了国际法。虽然这显然是基于允许这种法院管辖权的国内法，但却是试图对违反国际人权法的行为实施管辖权的一个重要举措。因此，此类诉讼中的相关问题取决于在具体案件中如何界定“万国公法”。[186]

---

[179] [1993] 3 WLR 105; 95 ILR, p. 393, 格里菲思勋爵（Griffiths）的意见。也可以参见布里奇勋爵（Bridge）的观点，[1993] 3 WLR 110; 95 ILR, p. 399 以及斯莱恩勋爵（Slynn）的意见，[1993] 3 WLR 125; 95 ILR, p. 416. 上议院也受到了南非最高法院对“国家诉依伯拉欣”案（*State* v. *Ebrahim*, 95 ILR, p. 417）作出的判决的影响。南非最高法院撤销了一家南非下级法院对一个人的定罪与量刑，因为国家官员从瑞士将其绑架回国的行为是非法的。得出这种观点的依据是罗马—荷兰法、南非普通法和国际法。

[180] [1996] 1 WLR 104, 参见斯泰恩勋爵的意见, at 112—13. 还可以参见：*R* v. *Mullen* [1999] 2 Cr App R 143.

[181] 参见：*In re Schmidt* [1995] 1 AC 339; 111 ILR, p. 548 （上议院）.

[182] [1998] 1 WLR 652, 665—7. 还可以参见：C. Warbrick, “Judicial Jurisdiction and Abuse of Process”, 49 ICLQ, 2000, p. 489.

[183] 28 USC, para. 1350 (1982), 起初是以 1789 年的《司法机关法》的一部分的形式颁布的。还可以参见：28 USC, para. 1331, 以及上文，第 4 章，第 159 页。

[184] 卡塞塞注意到，其他国家对根据该法实施的广泛的民事管辖权从来没有提出过抗议，“When may Senior State Officials”, p. 859.

[185] 630 F. 2d 876 (2d Cir. 1980); 77 ILR, p. 169. 还可以参见：577 F. Supp. 860 (1984); 77 ILR, p. 185, 作出了惩罚性的损害赔偿判决。

[186] 为了确立“国际法”的内容，法院必须根据今天的国际法进行解释，630 F. 2d 876, 881 (1980); 77 ILR, pp. 169, 175.

但是,在"特尔—奥伦诉利比亚阿拉伯共和国"案(*Tel-Oren* v. *Libyan Arab Republic*)[187]中,(审理该案件的)法院驳回了一项诉讼,理由是缺乏属事管辖权。该诉讼是发生在1978年的对一辆以色列公共汽车发动武装袭击(事件中的)幸存者及其死者代表根据该法提起的。在推理过程中,(审理该案件的)三位法官产生了分歧。爱德华兹法官(Edwards)认为,万国公法并没有对像巴勒斯坦解放组织那样的非国家实体施加责任。伯克法官(Bork)背离了"费拉蒂加案"的原则,宣布:"(必须存在)一个明示赋予的诉因,才能允许私人(将)向联邦法庭要求履行国际法原则"[188],而罗伯高级法官(Robb)认为,
684 根据政治问题理论,该案件是不可裁判的。

已经出现了需要对"费拉蒂加案"的理论作进一步限制的观点。例如,有人认为,《外国人侵权请求法》并不构成主权豁免原则的例外,因此,不能起诉外国国家。[189] 而且,还认为,美国公民并不能根据该法对违反万国公法(的行为)提起诉讼。[190]

在"桑切斯—埃斯比诺扎诉里根"案(*Sanchez-Espinoza* v. *Reagan*)[191]中,有人针对美国各种现任和前任的政府官员提起了诉讼,指控其由于美国支持尼加拉瓜反政府游击队对抗尼加拉瓜政府尤其违反了国内法和国际法。(原告)援引了《外国人侵权求偿法》,但是,(审理该案件的)上诉法院注意到:可以说,该法只涉及违反条约或者习惯国际法的私人或非政府的行为;并且,该法院还通过援引"特尔—奥伦案"指出:习惯国际法并不涉及"这种类型的"私人行为。[192] 因此,损害赔偿请求只能在被告是以官方身份行为的范围内得到支持;并且,即使《外国人侵权求偿法》适用于国家的官方行为,由于存在国内主权豁免理论,因此也将排除此种求偿。在"卡迪奇诉卡拉季奇"案(*Kadic* v. *Karadzic*)[193]中,(审理该案件的)美国上诉法院强调了"私人违反某些习惯国际法的责任以及《外国人侵权(求偿)法》对这种违反行为提供救济的可用性"。[194] 特别是,(该法院)注意到:尽管酷刑和即决处决(如果不在种族灭绝或战争罪过程中实施时)只有在国家官员或在法律的幌子下实施时才受到国际法的禁止,但是,禁止酷刑、战争罪和其他违

---

[187] 726 F. 2d 774 (1984); 77 ILR, p. 204. 还可以参见:"Agora", 79 AJIL, 1985, pp. 92 ff,专门讨论了该案件。

[188] 726 F. 2d 801; 77 ILR, p. 230.

[189] *Siderman* v. *Republic of Argentina*, 965 F. 2d 699 (1992).

[190] *Handel* v. *Artukovic* 601 F. Supp. 1421 (1985); 79 ILR, p. 397.

[191] 770 F. 2d 202 (1985); 80 ILR, p. 586.

[192] 770 F. 2d 206—7; 80 ILR, pp. 590—1.

[193] 34 ILM, 1995, p. 1592.

[194] 同上, p. 1600.

反国际人道法(的行为)既对国家适用,也对非国家行为主体适用。[195] 甚至在这种情形下,也许只要具备"官方权力的表象"就足够了,不论是否存在根据国际法的正式标准而确立的国家资格。[196] 该法院还认为:1992 年的《酷刑被害人保护法》为"根据任何外国国家的实际或表面授权,或在其法律幌子下"由个人实施的酷刑和法外杀害规定了诉因,尽管其本身并不是调整管辖权的法,而需要取决于《外国人侵权求偿法》或规定一般联 685
邦管辖权问题的第 1331 条确立的管辖权。[197]

在"阿梅拉达·海斯"案(*Amerada Hess*)中,再次援引了《外国人侵权求偿法》。该案件涉及阿根廷在福克兰群岛战争(即阿根廷所称的"马尔维纳斯群岛"—译者注)期间在国际水域对一艘船只的轰炸。在该案件中,(原告)声称,根据该法,(美国)联邦法院具有管辖权。尽管在审理该案件的美国上诉法院的法官之间出现了分歧[198],但是,法院认为,针对外国主权者违反国际法的行为而提起的外国人侵权诉讼,联邦法院都具有属事管辖权,《外国主权豁免法》并没有排除这种管辖权。[199] 然而,美国联邦最高法院却一致表示不同意。[200] 美国联邦最高法院注意到:该法(指《外国人侵权求偿法》—译者注)并没有明确授权针对外国国家(提起的)诉讼,并且在《外国主权豁免法》制定的时候,1789 年的法律从来没有为针对外国国家提起的诉讼规定管辖权基础。[201] 由于美国国会决定全面处理《外国主权豁免法》中的主权豁免问题,看来,结论是:只有该法(指《外国主权豁免法》—译者注)才为针对外国国家的案件规定了联邦法院的管辖权基础。因此,这个基础是排他的。然而,该法院的确注意到:就非国家的被告而言,《外国人侵权求偿法》并没有受到《外国主权豁免法》的影响。[202] 在"阿尔瓦雷斯—马查纳诉美国"案(*Alvarez-Machain* v. *US*)中,前面提到的该案件的犯罪嫌疑人[203]在被宣布无罪后,就根据该法提起了要求赔偿的诉讼。第九巡回上诉法院驳回了那种认为该法要求被违反的国际

---

[195] 同上, pp. 1602—6.

[196] 同上, p. 1607.

[197] 同上, pp. 1607—8. 然而,应当注意的是,由于 1996 年的《反恐怖主义和有效死刑法》对《外国主权豁免法》进行了修改,因此又出现了国家豁免的另一个例外,即:被国务院指定为是恐怖主义国家的国家如果实施了一项恐怖主义行为,或对实施此种行为的个人或实体提供重大支持或资源,并且导致一位美国公民的死亡或人身伤害的,则不享有豁免。

[198] *Amerada Hess Shipping Corp.* v. *Argentine Republic* 830 F. 2d 421 (1987); 79 ILR, p. 8.

[199] 参见下文,第 13 章,第 707 页。

[200] *Argentine Republic* v. *Amerada Hess Shipping Corp.* 109 S. Ct. 683 (1989); 81 ILR, p. 658.

[201] 109 S. Ct. 689; 81 ILR, pp. 664—5.

[202] 109 S. Ct. 690. 还可以参见:*Smith* v. *Lybia* 101 F. 3d 239 (1996); 113 ILR, p. 534.

[203] 参见上文,第 681 页。

法原则必须是强行法规范的主张。该法院还驳回了那种认为申请人可以对绑架行为中暗含侵犯墨西哥主权的行为提起诉讼的观点。然而,该法院确认:申请人的迁徙自由权、留在本国的权利和获得人身安全的权利(这些是"万国公法"的一部分)受到了侵犯,并
686 且,对他的羁押是任意的,因为不是根据墨西哥的逮捕令作出的。因此,可以根据该法提出赔偿要求。[204]

在"索萨诉阿尔瓦雷斯—马查纳"案(*Sosa* v. *Alvarez-Machain*)中,联邦最高法院对《外国人侵权求偿法》进行了更深入的探讨。最高法院的判决认为,《外国人侵权求偿法》是一部关于管辖权的法律,它并没有规定新的诉因。它的制定是基于这样一种理解,即当犯罪是针对大使的犯罪、破坏安全的行为和海盗这种少量违反国际法的犯罪时,普通法在当时就已经为要求个人承担责任规定了诉因。[205]

引渡[206]

根据引渡的实践,一国将逃到自己领土上的犯罪嫌疑人或罪犯移交给另一国。它是建立在双边条约的基础之上的,而不是作为习惯法对国家施加的义务而存在的。[207] 引渡通常来自现有条约。这些现有条约是关于某些一般原则的,例如双重犯罪原则,即有关犯罪应当在两个有关的国家都构成犯罪。[208] 还有罪行特定原则,即只能对被移交的
687 人就其被请求和同意引渡的罪行进行审判和惩罚。[209] 一般说来,具有政治性质的犯罪

---

[204] 41 ILM, 2002, p. 130. 参见2003年6月3日的判决。

[205] 542 US 692, 714 ff. (2004) 以及参见上文,第4章,第160页。注意在下面这个案件中,美国联邦最高法院判决认为,援引《外国人侵权求偿法》的申请者被军队羁押在关塔纳摩湾是无关紧要的。参见:*Rasul* v. *Bush*, 542 US 466 (2004).

[206] 例如参见:I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Leiden, 1971; M. C. Bassiouni, *International Extradition and World Public Order*, Leiden, 1974; I. Stanbrook and C. Stanbrook, *The Law and Practice of Extradition*, Chichester, 1980; M. Forde, *The Law of Extradition in the UK*, London, 1995; A. Jones, *Jones on Extradition*, London, 1995; G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, 1991, 以及 Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms*, The Hague, 1998; Henkin *et al.*, *International Law Cases and Materials*, p. 1111 以及 *Oppenheim's International Law*, p. 958. 还可以参见:Study of the Secretariat on Succession of States in Respect of Bilateral Treaties, *Yearbook of the ILC*, 1970, vol. II, pp. 102, 105.

[207] 例如参见埃文森法官(Evensen)、塔拉索夫法官(Tarassov)、纪尧姆法官(Guillaume)和阿奎拉·摩德斯莱法官(Aguilar Maudsley)在"洛克比案"中的联合声明,ICJ Reports, 1992, pp. 3, 24; 94 ILR, pp. 478, 507 以及贝加韦法官(Bedjaoui)的反对意见,ICJ Reports, 1992, p. 38; 94 ILR, p. 521.

[208] 但是,现在可以参见上议院在下列案件中的判决意见,*Government of Denmark* v. *Nielsen* [1984] 2 All ER 81; 74 ILR, p. 458 以及 *United States Government* v. *McCaffery* [1984] 2 All ER 570.

[209] 例如参见:*Oppenheim's International Law*, p. 961.

是被排除在外的[210]，但并不包括恐怖活动。[211] 前面已经提到，许多条约都规定了行使管辖权的多个基础，这些条约普遍坚持：在其领土出现犯罪嫌疑人的缔约国对这种人要么提起诉讼，要么进行引渡。[212] 另外，许多条约规定：在这些条约的缔约国之间的现有双边引渡条约中应当自动规定相关犯罪。[213] 许多国家不允许将本国国民引渡给其他国家[214]，但是，这通常是在该国对其国民在境外实施的犯罪拥有广泛起诉权的情形中。而且，还应当注意引渡过程中涉及的人权法，因为向一个可能会对有关人员实施酷刑或虐待的国家进行引渡将会违反《欧洲人权公约》等人权公约。[215]

域外管辖权[216]

688

在经济问题中，一些国家，特别是美国，提出了企图把它们的法律适用到境

---

[210] 同上，p. 962.

[211] 例如参见 1977 年的《关于惩治恐怖主义的欧洲公约》，该公约第 1 条规定了不得视为是政治犯罪或具有政治动机的一系列犯罪。这样的一种规定方法也出现在 1997 年的《制止恐怖主义爆炸的公约》第 11 条中。还可以参见：the *McMullen* case, 74 AJIL, 1980, p. 434; the *Eain* case, *ibid.*, p. 435; *Re Piperno*, *ibid.*, p. 683 以及 *US* v. *Mackin* 668 E2d 122 (1981); 79 ILR, p. 459. 美国国务院在 1981 年颁布了一项经过修改的国际引渡指令，参见：76 AJIL, 1982, pp. 154—9. 还应当注意英国内政部的意见，*The Times*, 25 June 1985, p. 1, 即：适用于暴力犯罪的政治犯罪这种"漏洞"对于"具有同样高度的基本司法原则和独立司法制度的"民主国家之间的引渡协议来说是不适用的。英国关于引渡的法律已经被并入 1989 年的《引渡法》。还可以参见：*Government of Belgium* v. *Postlethwaite* [1987] 2 All ER 985 以及 *R* v. *Chief Metropolitan Magistrate*, *ex parte Secretary of State for the Home Department* [1988] 1 WLR 1204.

[212] 参见上文，第 673 页。

[213] 例如参见 1970 年的《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 8 条、1971 年的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》第 8 条、1973 年的《受国际保护人员公约》第 8 条和 1977 年的《关于惩治恐怖主义的欧洲公约》第 4 条。

[214] 例如参见 1927 年的《法国引渡法》第 3 条第 1 款以及《德意志联邦共和国基本法》第 16 条。

[215] 例如参见：the *Soering* case, European Court of Human Rights, 1989, Series A, No. 161; 98 ILR, p. 270 以及"萨阿迪诉意大利"案（*Saadi* v. *Italy*），欧洲人权法院，2008 年 2 月 28 日判决。

[216] 例如参见：*Extraterritorial Jurisdiction* (ed. A. V. Lowe), London, 1983; D. Rosenthal and W. Knighton, *National Laws and International Commerce*, London, 1982; K. M. Meessen, "Antitrust Jurisdiction under Customary International Law", 78 AJIL, 1984, p. 783; A. V. Lowe, "Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act 1980", 75 AJIL, 1981, p. 257; Akehurst, "Jurisdiction", pp. 190 ff., *Extraterritorial Application of Law and Responses Thereto* (ed. C. Olmstead), Oxford, 1984; B. Stern, "L"Extra-territorialité "Revisité": Où Il est Question des Affaires Alvarez-Machain, Pate de Bois et de Quelques Autres', AFDI, 1992, p. 239; Higgins, *Problems and Process*, p. 73, 以及 *Oppenheim's International Law*, p. 466. 还可以参见：P. Torremans, "Extraterritorial Application of EC and US Competition Law", 21 *European Law Review*, 1996, p. 280.

外[217]的主张，并且以可能与其他国家产生冲突的方式进行。[218] 在基于领土和国籍的管辖权理论而提出的主张中，这通常不会遇到问题。但是，基于所谓的"效果"理论而提出的主张却引起相当大的争论。如果国家因为一方的行为已经在其领土内产生"效果"而主张管辖权，那么就超出了客观领土原则的范围。即使所有指控的行为都发生在另一国领土之内，也是如此。[219] 美国在反垄断领域特别积极地坚持效果理论。[220] 这个美国理
689 论的经典论述体现在"美国诉美国铝业公司"案（*US* v. *Alumimum Co. of America*）中。[221] 在该案中，法院宣布：

> 任何国家甚至可以对外国人在国外的行为施加责任，只要该行为在其边界之内具有该国谴责的后果。[222]

由于必须存在目的条件以及效果必须是重大的条件，这个理论在某种程度上得到了

---

[217] 注意，一般应当推定国内立法不具有域外适用性：例如参见上议院的判决，*Holmes* v. *Bangladesh Biman Corporation* [1989] 1 AC 1112, 1126; 87 ILR, pp. 365, 369，布里奇勋爵的意见，以及 *Air India* v. *Wiggins* [1980] 1 WLR 815, 819; 77 ILR, pp. 276, 279，布里奇勋爵的意见，以及美国最高法院的判决，*EEOC* v. *Arabian American Oil Company and Aramco Services* 113 L Ed 2d 274, 282 (1991); 90 ILR, pp. 617, 622.

[218] 英国政府已经声称：它反对其他国家对英国个人和（或）公司主张域外管辖权，参见：Ministerial Statement, HL Deb., vol. 673, cWA277-8, 21 July 2005, UKMIL, 76 BYIL, 2006, p. 850.

[219] 真正的"效果"理论方法应当与其他管辖权形式，例如客观领土原则，进行区别。后者是指部分犯罪行为发生在管辖范围之内的情形，例如参见：*US* v. *Noriega* 808 F. Supp. 791 (1992); 99 ILR, p. 143. 在许多案件中，争议集中在国籍问题上，美国将美国公司的子公司也视为具有美国国籍，甚至在这种子公司是在外国设立的情形下也是如此，而这种子公司的设立地国家则将其视为是具有该国的国籍，因此不受美国法律而受设立地国家法律的支配，例如参见：Higgins, *Problems and Process*, p. 73.

[220] 例如参见 1896 年的美国《谢尔曼反垄断法》，15 USC, paras. 1 ff. 也可以参见美国在 1979 年冻结伊朗的资产和在 1981 年和 1982 年根据《出口管制法》的规定对用于西伯利亚天然气输送管道的设备实施禁运而引起的争议，参见：R. Edwards, "Extraterritorial Application of the US Iranian Assets Control Regulations", 75 AIIL, 1981, p. 870; J. Bridge, "The Law and Politics of United States Foreign Policy Export Controls", 4 *Legal Studies*, 1984, p. 2，以及 A. V. Lowe, "Public International Law and the Conflict of Laws", 33 ICLQ, 1984, p. 575.

[221] 148 F. 2d 416 (1945).

[222] 同上，p. 443. 在后来的一系列案件中都再次确认了这种方法，例如参见：*US* v. *Timken Roller Bearing Co.* 83 F. Supp. 284 (1949), affirmed 341 US 593 (1951); *US* v. *The Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc.* cases, 133 F. Supp. 40 and 134 F. Supp. 710 (1963); 22 ILR, p. 168，以及 *US* v. *General Electric Co.* 82 F. Supp. 753 (1949) and 115 F. Supp. 835 (1953). 还可以参见：*Hazeltine Research Inc.* v. *Zenith Radio Corporation* 239 F. Supp. 51 (1965), affirmed 395 US 100 (1969).

修正。但是,由于这个概念具有广泛的适用性,因此,在美国境外遭到了相当强烈的反对[223],因为美国企图依据美国法律中非常广泛的审前调查条款并且可能要求三倍损害赔偿的裁决[224]。可能是因为已经考虑到了来自国外越来越大的反对,美国法院在"廷伯兰木材公司诉美洲银行(美国)"案(*Timberlane Lumber Co.* v. *Bank of America*)[225]和"曼宁顿工厂诉刚果石油公司"案(*Mannington Mills* v. *Congoleum Corporation*)[226]中修改了它们的观点,认为:除了以前案件中的效果标准之外,法院还必须考虑平衡标准,必须考虑其他国家的利益以及有关行为者与美国之间关系的全面性质的"合理的管辖权规则"。[227] 在后来的案件中,还提出了在平衡过程中需要进行考虑的一系列因素。[228] 应当注意的是,《对外关系法第三次重述》[229]对此采取的观点是:如果效果或预期效果很重 690
大,而且实施管辖权是合理的,那么国家可以基于在该国的效果而实施管辖权。值得指出的是,合理性原则要求限制管辖权的实施,以便把与其他国家的管辖权发生冲突的可能性降到最低,特别是与行为发生地国家。[230] 但是,由法院来承担这样一个基本上是外交性质的职能,即对外国的国家利益进行权衡和考虑,已经遭到了批评。[231]

美国法院已经修改了它们的做法。在"莱克航空诉撒贝纳"案(*Laker Airways* v. *Sa-*

---

[223] 例如参见英国总检察长发表的声明,即"根据美国反垄断法而对位于美国之外非美国公民的人启动的各种调查程序构成对英国自己的管辖权和主权的'域外'侵犯",*Rio Tinto Zinc* v. *Westinghouse Electric Corporation* [1978] 2 WLR 81; 73 ILR, p.296. 还可以参见:Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, pp.159—60 and 165—71. 但是参见:*Société Internationale* v. *Rogers* 357 US 197 (1958); 26 ILR, p.123; *US* v. *First National City Bank* 396 F. 2d 897 (1968); 38 ILR, p.112; *In re Westinghouse Electric Corporation* 563 F. 2d 992 (1977) 以及 *In re Uranium Antitrust Litigation* 480 F. Supp. 1138 (1979).

[224] 例如参见:Meessen, "Antitrust Jurisdiction", p.794.

[225] 549 F. 2d 597 (1976); 66 ILR, p.270.

[226] 595 F. 2d 1287 (1979); 66 ILR, p.487.

[227] 特别参见:K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, New York, 1958.

[228] 595 F. 2d 1287, 1297 (1979); 66 ILR, pp.54.87, 496. 还可以参见:the *Timberlane case*, 5.49 F. 2d 597, 614 (1976); 66 ILR, pp.270, 28. 国务院强调司法机关根据礼让原则在适用效果理论时需要进行自我限制,参见:74 AJIL, 1980, pp.179—83. 也可以参见美国1982年的《外贸垄断提升法》,该法规定的管辖权据说是建立在"直接、实质和合理可预见的效果"之上。

[229] Para. 402, p.239 and para. 403, p.250.

[230] 还可以参见:the US Department of Justice, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 1988, pp.31—2. 但是,现在可以参见美国最高法院在下列案件中的判决,*Hartford Fire Insurance Co.* v. *California* 113 S. Ct. 2891 (1993), 参见后面的讨论。

[231] 例如参见:H. Maier, "Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction", 31 *American Journal of Comparative Law*, 1983, p.579, 以及 Maier, "Resolving Extraterritorial Conflicts or There and Back Again", 25 Va. JIL, 1984, p.7; W. Fugate, "Antitrust Aspect of the Revised Restatement of Foreign Relations Law", ibid., p.49, 以及 Bowett, "Jurisdiction", pp.21—2. 还可以参见:Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, pp.58—62.

bena)[232]中,除其他外,法院认为:一旦宣布可以适用美国的反垄断法,就不可以因为礼让而否定或忽视该法律。它还认为,不应当适用在"廷伯兰"案的判例中提到的平衡司法利益的做法,因为大西洋两岸的法院有义务遵守行政机关的指令。因此,只有通过外交谈判才能对发生冲突的利益进行协调。的确,可以讨论如何解决对效果理论这些基本而关键的观点分歧。有人建议,通过国际法庭是眼前最合适的解决方式。[233]

在美国最高法院审理的"哈特福火灾保险公司诉加利福尼亚"案(*Hartford Fire Insurance Co.* v. *California*)[234]中,苏特大法官(Souter)撰写了多数意见。该意见认为:相关
691 的美国法律(《谢尔曼法》)"适用于意图在美国产生、而且事实上的确产生了某种重大效果的外国行为",这是完全成立的。[235] 该判决认为:受到两个国家(这个案子里是关于伦敦再保险市场的英国和美国)规范的人能够遵守两个国家的法律,因此,在本案中,没有必要提到涉及国际礼让的其他考虑。[236] 本案中的反对意见采取的观点则是:行使这种域外管辖权需要经过合理性标准的检测。[237] 但是,这种观点并没有被多数意见采纳。

20世纪70年代末80年代初,外国通过制定封锁法律对效果理论开始作出反应。例如,根据1980年英国《贸易利益保护法》,处理外国域外行为的外交大臣可以禁止向外国法院或当局提供文件或信息。另外,英国国民或居民可以在英国法院提起诉讼,要求返还根据外国法院的判决付出的多种损害赔偿费用。[238]

作为清算人的莱克航空公司在美国起诉各家主要航空公司、(英国)米特兰银行(又

---

[232] 731 F. 2d 909 (1984). 但是,比较"廷伯兰"案中的后续判决,749 F. 2d 1378 (1984),该判决重新确认了"廷伯兰案"第一次判决的做法。

[233] 例如参见:Bowett, "Jurisdiction", pp. 24—6 以及 Meessen, "Antitrust Jurisdiction", pp. 808—10. 还可以参见:Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, part 3.

[234] 113 S. Ct. 2891 (1993). 例如参见:A. F. Lowenfeld, "Conflict, Balancing of Interest, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections of the Insurance Antitrust Case", 89 AJIL, 1995, p. 42; P. R. Trimble, "The Supreme Court and International Law: The Demise of Restatement Section 403", *ibid.*, p. 53, 以及 L. Kramer, "Extraterritorial Application of American Law after the Insurance Antitrust Case: A Reply to Professors Lowenfeld and Trimble", *ibid.*, p. 750.

[235] 113 S. Ct. 2891, at 2909.

[236] 同上, at 2911.

[237] 同上, at 2921.

[238] 参见:Lowe, "Conflict of Law", pp. 257—82; 50 BYIL, 1979, pp. 357—62 以及 21 ILM, 1982, pp. 840—50. 也可以参见澳大利亚1976年的《外国诉讼(禁止某些证据)法》、丹麦1967年的《限制丹麦船舶所有人将信息提供给外国国家当局的自由的法案》、芬兰1968年的《在某些案件中禁止船舶所有人提供文件的法案》。在某些案件中,法院适用国内法来达到相同的目的,例如参见:the *Fruehaufcase*, 5 ILM, 1966, p. 476. 一些国家对行使域外管辖权提出了外交抗议,例如参见:*Report of the 51st Session of the International Law Association*, 1964, pp. 565 ff.

译"中部银行")和麦道公司,指控它们共谋违反美国反垄断法律。在该案件中,就适用了《贸易利益保护法》。英国航空公司和英国金狮航空公司两家航空公司为了阻止该清算人在美国的诉讼,在英国提起了诉讼。这样,在本案中,效果理论实际上并没有争论,因为该案件的焦点是就据称的共谋行为在美国适用美国反垄断法律的问题。英国政府认为,规范跨大西洋两岸航空公司行为的《百慕大第二协议》[239]禁止[美国]对英国航空公司采取反垄断诉讼,于是根据1980年的法律发布指令:要求英国的航空公司不得服从 692
美国根据反垄断措施而要求的任何条件,包括信息条款。[240] [美国]上诉法院认为:[英国的]该命令和指令实际上要求它们阻止莱克航空公司在美国的诉讼[241],但是,[英国]上议院却不同意[242],而是认为:该命令和指令并不影响上诉人在美国要求满足其主张的权利,因为1980年的法律是关于外国法院施加的"要求"和"禁止"的。[243] 这样一来,该指令不会禁止被上诉人根据一个在美国对其作出的"判决"而支付损害赔偿。[244] 实际上,法院拒绝阻止在美国的诉讼。

法院也拒绝对该命令和指令进行司法审查,因为上诉人未能向法院说明:一个理性的部长是否本来就不会作出这样的命令和指令,而这又是裁判某个部长作出的关于国际关系的决定时的一个必要标准。[245] 但是,本案实际上并没有援引1980年的法律。不过,这个问题在法院提出的确还是第一次。[246]

自从冻结伊朗的资产以及西伯利亚输油管道事件以来,美国和许多其他国家关于域外适用的争端显然涉及大量情形。由于美国对第三国向共产主义国家的出口行使管辖权,西方对通过巴黎统筹委员会(简称"巴统")向共产主义集团出口技术的监督行动也

---

[239] 参见:*The Use of Airspace and Outer Space* (ed. Chia-Jui Cheng), The Hague, 1993, pp. 25 ff.

[240] 1983年的《贸易利益保护(美国反垄断措施)法令》,同时还颁布了两项指令。

[241] *British Airways Board* v. *Laker Airways Ltd* [1983] 3 All ER 375; 74 ILR, p. 36.

[242] [1984] 3 All ER 39; 74 ILR, p. 65. 但是,还可以参见:*Midland Bank plc* v. *Laker Airways Ltd* [1986] 2 WLR 707; 118 ILR, p. 540.

[243] S. 1(3).

[244] [1984] 3 All ER 39, 55—6; 74 ILR, p. 84.

[245] [1984] 3 All ER 39, 54—5; 74 ILR, p. 83. 还可以参见:*Associated Provincial Picture Houses Ltd* v. *Wednesbury Corp.* [1947] 2 All ER 680.

[246] 也可以参见外交大臣和贸易和产业大臣发表的声明,列出了根据《贸易利益保护法》各种制定法、命令和指令,220 HC Deb., cols. 768—70, Written Answers, 12 March 1993; UKMIL, 64 BYIL, 1993, pp. 644—6.

受到了影响，尽管该制度仍然存在。[247] 美国对古巴、伊朗和利比亚实施制裁而通过的法
693 律也刺激了对域外适用这种措施的反对。例如，1992 年通过的《古巴民主法》扩大了对古巴的制裁，它禁止根据美国《古巴资产控制规章》对在英国和古巴的美国所有或控制的公司之间的某些交易颁发许可证。这导致英国政府根据 1980 年的《贸易利益保护法》通过一项命令。[248] 1996 年 3 月又通过了《赫尔姆斯—伯顿法》，该法是为了加紧对古巴的制裁而修改 1992 年法律的结果。该法特别规定，将在美国法院对外国人或公司提起法律诉讼，因为美国认为它们从事了古巴没收美国国民财产的"交易"。[249] 另外，该法使美国能够拒绝被美国国务院认定为存在这种"交易"的公司高级行政主管（及其配偶和未成年子女）进入该国。该法，以及 1996 年中期通过的《达马托法》[250]，都遭到了许多国家的抗议，包括英国和加拿大。[251] 在美洲国家组织大会"根据国际法审查和决定"《赫尔姆斯—伯顿法》的"有效性"的"指导"下[252]，美洲国家组织下属的美洲间司法委员会一致断定：

> 对"被没收的财产进行交易"的行为实施这种管辖权与国际法关于下列任何一方面的实施管辖权所确立的规范并不一致：
>
> （一）立法国对外国人在境外的"交易"行为并没有实施管辖的权利，除非符合
> 694 特定的条件，而在本情形中，显然不满足条件；
>
> （二）在外国人和有关行为与立法国的领土并不存在任何联系的情形下，以及

---

[247] 1984 年美国和英国的协议规定，当美国的出口控制适用于英国的个人或商业机构，或如果英国正在就美国的出口控制措施考虑适用其《贸易利益保护法》时，美国和英国应当进行磋商，68 HC Deb., col. 332, Written Answer, 23 November 1984, and 88 HC Deb., col. 373, Written Answer, 6 December 1985. 还可以参见：Current Legal Developments, 36 ICLQ, 1987, p. 398.

[248] 参见：UKMIL, 64 BYIL, 1993, p. 643. 建议通过该法律也遭到了英国的抗议，参见：UKMIL, 63 BYIL, 1992, pp. 726 ff.

[249] 美国总统下令从 1996 年 7 月起中止执行该法律的部分内容，关于该法律，参见：35 ILM, 1996, p. 357.

[250] 计划对参与开发伊朗或利比亚的石油资源的个人或实体实施制裁。关于伊朗和利比亚的法律，参见：35 ILM, 1996, p. 1273.

[251] 加拿大也宣布，将根据 1985 年的《外国域外措施法》制定法规，以便保护加拿大公司对抗美国的法律，参见：Canadian Foreign Affairs Ministry Press Release No. 115, 1996 年 6 月 17 日. 注意，联合国大会在 1995 年通过的第 10 号决议，敦促美国结束对古巴的禁运。还可以参见：A. F. Lowenfeld, "Congress and Cuba: The Helms-Burton Act", 90 AJIL, 1996, p. 419; B. M. Clagett, "Title III of the Helms-Burton Act is Consistent with International Law", *ibid.*, p. 434; S. K. Alexander, "Trafficking in Confiscated Cuban Property", 16 *Dickinson Journal of International Law*, 1998, p. 523, 以及 A. V. Lowe, "US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D'Amato Acts", 46 ICLQ, 1997, p. 378.

[252] OAS Doc. OEA/sER. P AG/doc. 3375/96, 1996 年 6 月 4 日。

在这种行为和保护立法国的根本主权利益之间不存在明显的联系的情形下，立法国对外国人在境外的“交易”行为并没有实施管辖的权利。[253]

欧洲共同体对美国的观点尤其采取了强硬立场。它在1984年3月一封致审查改变美国出口控制立法的国会委员会的信中宣布：

美国主张对欧洲的美国子公司和位于美国之外源于美国的货物和技术主张管辖权，这是违反国际法原则的，只能导致政治和法律的冲突。这些子公司、货物和技术必须由它们所在国的法律调整。[254]

1991年9月23日，欧洲委员会与美国之间签订了《关于竞争法适用的协议》，试图解决这种因域外适用而引起的冲突。[255] 该协议特别要求对这种行为进行通知和协调，把重点放在适用礼让上。但是，欧洲法院认为，欧洲委员会缔结这种协议属于越权行为。[256] 1995年4月10日，欧洲理事会和欧洲委员会作出决定，重新与美国缔结了协议，解决了因为该决定而引起的某些权限问题。[257] 不过，它仍然具有不确定性，并不仅仅因为在美国的私法诉讼问题并没有得到处理。冲突的根本问题还没有得到根本解决。

美国在1992年通过了修改《古巴资产控制规章》的法律，这刺激了欧洲共同体采取抗议美国法律域外适用的新行动方针[258]，这与1996年通过《赫尔姆斯—伯顿法》如出一辙。[259] 但是，1997年的《欧盟—美国谅解备忘录》规定，只要欧盟继续促进古巴民主的努力，美国将继续暂停[该备忘录中的]标题三中的[内容]。[260] 695

但是，欧洲共同体自己已经在竞争法领域与对不在[欧洲]共同体的公司实施管辖

---

[253] CJI/SO/II/doc. 67/96 rev. 5, para. 9, 1996年8月23日；35 ILM, 1996, pp. 1329, 1334. 应当指出的是，根据《美洲国家组织宪章》第98条的规定，该委员会的意见没有法律拘束力。

[254] 在下列文件中被引用，Current Legal Developments, 36 ICLQ, 1987, p. 399. 还可以参见：UKMIL, 56 BYIL, 1985, pp. 480—1.

[255] 参见：30 ILM, 1991, p. 1487. 还可以参见：Torremans, “Extraterritorial”, pp. 289 ff.

[256] Case C-327/91, *French Republic* v. *Commission of the European Communities* [1994] ECR I-3641.

[257] [1995] OIL 95/45.

[258] 参见：UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 725.

[259] 例如参见：European Commission Press Release WE 27/96, 18 July 1996 and 35 ILM, 1996, p. 397. 还可以参见：Council Regulation No. 2271/96, 36 ILM, 1997, p. 127, 以及加拿大1996年的《外国域外措施法（反赫尔姆斯—伯顿法）》, *ibid.*, p. 111.

[260] 36 ILM, 1997, p. 529. 1998年5月18日，达成了《关于对加强投资保护进行惩罚的谅解备忘录》。根据该份文件，美国将豁免《赫尔姆斯—伯顿法》在欧盟范围内的域外效力，作为交换，欧盟同意中止该法在世界贸易组织针对该法的域外效力采取的行动，参见：UKMIL, 76 BYIL, 2006, pp. 850—1.

权的问题较起劲来。[261] 在"(英国)帝国化学公司诉委员会"案(*ICI* v. *Commission*)[262]中,欧洲法院认为,被告的承诺含有位于[欧洲]共同体内的公司子公司,因此对其一系列限定染料价格的限制性协议具有管辖权,总法务官(Advocate General)建议管辖权应当建立在直接、立即、合理可预见以及重大效果的基础之上,不过,这一建议被驳回。[263]

"木质纸浆"案(the *Wood Pulp* case)[264]是关于许多非欧洲共同体公司和美国公司的伙伴涉嫌缔结限价安排的案件。欧洲委员会已经进行了罚款,其管辖权基础是:价格协议和实践的效果是直接的、重大的,并且是意图在欧洲共同体内产生的。[265] 然后,这些公司在欧洲法院根据《欧洲共同体条约》第 173 条的规定提起了要求撤销[欧洲]委员会决定的诉讼。总法务官达尔蒙(Darmon)争论说,国际法允许国家(以及欧洲共同体)对外国人在境外的行为适用自己的竞争法,只要那些行为对有关国家国内产生直接、重大而具有可预见的效果。[266]

但是,法院采取的观点却是:有关公司的行为必须在欧洲共同体之内,因此受到[欧洲]共同体法的调整。它指出:如果第三国的生产者直接向位于[欧洲]共同体内的购买者进行销售,并且为了从那些顾客中赢得订单而从事价格竞争,那就构成在[欧洲]共同
696 体内的竞争;并且,如果这些生产者以实际上协同的价格进行销售,那就是限制了《欧洲共同体条约》第 85 条意义上的[欧洲]共同体之内的竞争。它强调:决定性的因素是限价协议实际被执行的地点,而不是协议被签订的地点。[267] 换句话说,法院以对领土原则进行解释为基础确立起它的管辖权,尽管有点牵强附会。它并没有抓住呈现在前面的机会,没有采纳总法务官就管辖权提出的效果原则。不过,该案件看来的确认为:那种意图在[欧洲]共同体内产生效果、并且在其境内执行的限价安排将受到[欧洲]共同体的管辖权,不论有关公司的国籍以及该协议的签订地为何。[268]

---

[261] 但并不是英国,例如参见:*Attorney General's Reference* (No. I of 1982) [1983] 3 WLR 72, 在该案中,上诉法院拒绝根据效果原则对外国实施的共谋行为扩大当地管辖权的范围。

[262] [1972] ECR 619; 48 ILR, p. 106.

[263] 同上, pp. 693—4.

[264] *A. Ahlstrom Oy* v. *Commission* [1988] 4 CMLR 901.

[265] 同上, p. 916.

[266] 同上, p. 932.

[267] 同上, pp. 940—1. 注意,该法院认为,美国公司协会(KEA)并不属于共同体管辖范围之内,因为在共同体内执行有争议的协议方面,它并没有发挥独立作用, 参见:同上, pp. 942—3.

[268] 例如参见:D. Lange and I. B. Sandage, "The Wood Pulp Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law", 26 *Common Market Law Review*, 1989, p. 137, 以及 L. Collins, *European Community Law in the United Kingdom*, 4th edn, London, 1990, p. 7. 还可以参见:S. Weatherill and P. Beaumont, *EU Law*, 3rd edn, London, 1999, chapter 22.

进一步阅读推荐书目

M. Akehurst, "Jurisdiction in International Law", 46 BYIL, 1972-3, p. 145

R. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2nd edn, New York, 1995

F. A. Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited After Twenty Years", 186 HR, 1984, p. 9

L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2002

13
管辖豁免

697 前面一章考察了国家可以对民事和刑事事项寻求实施管辖权的情形。本章将考察这个现象的相反一面，即由于特殊原因而不能照常实施管辖权的那些情形。换句话说，本章将关注管辖豁免以及对通常适用国家的法律权限存在明确例外的那些情形。

管辖这个观念与国家主权、平等和不干涉原则密切相关。国内管辖这个概念就是试图界定一个政府和行政机关的行为至高无上、以及不受国际法原则和干涉制约的一个领域。确实，管辖的大多数基础可以与国际法尊重其他国家的领土完整和政治独立的要求联系起来。

无论是国家的还是国家的外交代表的管辖豁免都建立在这种要求的基础之上。这是对东道国管辖权的削弱，因为在这种情况下，例如英国就不能对它领土内的外国大使行使管辖权。尽管如此，通常的解释是，这是承认外国国家主权的基本要求，也是所有国家法律平等的一个内容。

主权豁免[1]

698 在近代之前，人们还把主权看作与一国某个特定的个人有关，而不是国家的存在和

---

[1] 例如，一般参见：H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002; A. Dickinson, R. Lindsay and J. P. Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford, 2004; I. Pingel-Lenuzza, *Les Immunités des États en Droit International*, Brussels, 1998; J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, 1997; G. M. Badr, *State Immunity*, The Hague, 1984; S. Sucharitkul, *State Immunities and Trading Activities in International Law*, Leiden, 1959, 以及 Sucharitkul, "Immunities of Foreign States before National Authorities", 149 HR, 1976, p. 87; I. Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", 167 HR, 1980, p. 113; A. Aust, "The Law of State Immunity", 53 ICLQ, 2004, p. 255; UN Legislative Series, *Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, New York,

国家权力的抽象体现。[2]主权者是一个确定的人,是人们效忠的对象。作为这个神秘现象不可分割的一部分,主权者免受自己国家的司法诉讼。因此,结果只能是,他也不能在外国法院受到起诉,因为如果法院能够对外国主权者行使管辖权,那么毫无疑问,个人主权者的思想就被否定了。后来,国家主权这个抽象概念逐渐取代了主权集于一身的理念,但它的神秘性基本上依然存在。另外,从哲学和实践的角度来说,由于国家具有独立性和平等性,因此在未经同意的情况下允许一国国内法院对外国主权国家行使权力是难以接受的。[3]关于主权(或国家)豁免的国际法实际上一直依赖国内判例法以及后来的国内立法,1972 年《欧洲国家管辖豁免公约》是个明显的例外。这种情况直到最近才得以改变。2004 年,联合国通过了《国家及其财产管辖豁免公约》。[4] 699

对领土管辖和主权豁免之间关系进行阐明的经典案例是美国联邦最高法院判决的"斯库纳交易号诉麦克法登"案(*The Schooner Exchange* v. *McFaddon*)。[5]在该案中,马歇尔(Marshall)大法官宣布:虽然一国的管辖权在自己领土内是排他和绝对的,但它并不包括外国主权者。他指出:

1982; 10 Netherlands YIL, 1979; J. Candrian, *L'Immunité des États face aux Droits de l'Homme et à la Protection des Biens Culturels*, Zurich, 2005; *Droit des Immunités et Exigencies du Procès Équitable* (ed. I. Pingel), Paris, 2004; H. Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", 28 BYIL, 1951, p. 220; R. Higgins, "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", 29 NILR, 1982, p. 265; J. Crawford, "International Law of Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", 54 BYIL, 1983, p. 75; C. J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity*, 3rd edn, London, 1990; C. H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, 1988; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 450, 以及 *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, p. 341. 还可以参见收录在下列刊物的关于主权豁免的判例: ILR, volumes 63—5; ILA, Report of the Sixtieth Conference, 1982, p. 325 以及 Report of the Sixty-sixth Conference, 1994, p. 452; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 64 I, 1991, p. 84, 以及 Report of the International Law Commission, 1991, A/46/10, p. 8.

[2] 参见:A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers", 247 HR, 1994 III, p. 13.

[3] 也可以参见:*Ex parte Pinochet* (No. 3) [2000] 1 AC 147, 201(布朗—威尔金森勋爵的意见)以及 268—9(米利特勋爵的意见)。119 ILR, pp. 152, 221—3.

[4] 例如参见:E. Denza, "The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective", 55 ICLQ, 2006, p. 395; R. Gardiner, "UN Convention on State Immunity: Form and Function", 55 ICLQ, 2006, p. 407; G. Hafner and L. Lange, "La Convention des Nations Unies sur les Immunités Jurisdictionnelles des États et de Leurs Biens", 50 AFDI, 2004, p. 45, 以及 H. Fox, "In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important", 55 ICLQ, 2006, p. 399.

[5] 7 Cranch 116 (1812).

> 主权者之间的完全平等和绝对独立……已经产生了一类案件。其中,公认的理解是:每个主权者放弃了一部分完全排他的领土管辖权,而且已经把这视为每个国家的属性。[6]

在"皮诺切特案(第三)"(*Ex Parte Pinochet* (*No. 3*))中,布朗—威尔金森勋爵(Browne-Wilkinson)发表声明说:

> 主权国家(法院地国家)对外国国家的行为不得裁决是一项基本的国际法原则。外国国家有权享有法院地国家诉讼的程序豁免权。这种豁免既包含刑事责任,也包含民事责任。[7]

在"霍兰诉兰彭—沃尔夫"案(*Holland* v. *Lampen-Wolfe*)中,米利特勋爵(Millett)指出:

> 国家豁免……是由习惯国际法创设的,并且来自主权国家的平等。它并非是对英国法院决定采取的管辖权的自我限制。它是外部对英国本身主权施加的限制。[8]

主权豁免与不可裁判性和国家行为这两个法律理论有着密切联系。早期,还提到各种不同原则之间的互动。[9] 但是,这里值得注意的是,不可裁判性和国家行为这两个概念是在国家的国际行为领域提出来的。该领域分明是超出了一国国内法庭主张管辖的
700 权限。例如,法院不会对外国主权国家之间的交易行为进行裁决。[10] 另一方面,根据管辖豁免原则,在特定的情形中,一国法院不得行使其具有的管辖权。因此,承认管辖豁免并不是说不受相关领土国法律制度的支配。这两个概念是不同的。在"国际机械师和航

---

〔6〕 同上,第137页。因此,这样一来,"如果国家的军舰驶入友好国家开放接待它们的港口,那么就视为因该国同意而免受该国管辖"。这种规则并不适用于私人船只,私人船只置于外国的管辖之下。还可以参见下面案件:*Republic of the Philippines* v. *Pimentel* 553 US (2008), US Supreme Court, 12 June 2008, Slip Opinion, pp. 11—12.

〔7〕 [2000] 1 AC 147, 201; 119 ILR, p. 152.

〔8〕 [2000] 1 WLR 1573, 1588; 119 ILR, p. 367.

〔9〕 参见上文,第4章,第179页。

〔10〕 例如参见:*Buttes Gas and Oil Co.* v. *Hammer* (No. 3) [1982] AC 888; 64 ILR, p. 332; *Buck* v. *Attorney-General* [1965] 1 Ch. 745; 42 ILR, p. 11 以及 Goff J, *Io Congreso del Partido* [1978] 1 QB 500, 527—8; 64 ILR, pp. 154, 178—9. 也可以参见:Sinclair, "Sovereign Immunity", p. 198. 进一步参见前面,第182页。还应当注意下面案件中的一段判词:"国家豁免的请求基本上是一项需要公开诉讼的公共请求。"参见:*Harb v. King Fahd* [2005] EWCA Civ 632, para. 28, per Thorpe LJ.

空工人协会诉欧佩克"案(*International Association of Machinists and Aerospace Workers* v. *OPEC*)[11]中,法院宣布:这两个概念是相同的,因为它们都反映了尊重外国主权的需要;但它们又是不同的,因为前者指的是法院的管辖权,并且是一项国际法的原则,而后者则是国内法中一项审慎的理论,有国内宪法的依据。因此,主权豁免问题是一个程序问题,而且必须作为一个先决问题得到解决。[12] 从逻辑上来说,它是先于国家行为问题的。[13]

但是,实际上,这种区别并不总是很明显。而且,以不可裁判性和主权豁免为依据向法院提出的观点总是得到采纳。还有一点,考察绝对豁免做法的终结对不可裁判理论产生了何种程度的影响也是非常有意思的。

在这种背景下,尤其是就国家行为理论而言,法院已经表达了某种不安,即:在某些情形下,适用该理论将产生重新导致主权豁免绝对理论的后果。例如,在"莱特利尔诉智利共和国"案(*Letelier* v. *Republic of Chile*)[14]中,智利认为,即使它的官员命令刺杀在美 701
国的莱特利尔,这种行为也不能成为美国法院讨论的对象,因为这些命令是在智利境内发出的。法院没有接受这种观点,因为这样做等于意味着允许一国"以国家行为理论为幌子"恢复绝对豁免说,从而等于否定了《外国主权豁免法》。[15] 在"麦克莱恩·沃森诉国际锡理事会"案[16]中,尽管案情有些不同,但克尔法官(Kerr)就表示,他感到担忧的是,可能出现用不可裁判理论来规避国家的商业行为不享有主权豁免这项规则。

当然,一旦法院认为有关的主权豁免法允许其审理某个案件,它仍然可能面临被告提出的国家行为理论的抗辩。采取限制豁免理论的立法并没有取代国家行为或不可裁

---

[11] 649 F. 2d 1354, 1359; 66 ILR, pp. 413, 418. 在下列案件得到重申:*Asociacion de Reclamantes* v. *The United Mexican States* 22 ILM, 1983, pp. 625, 641—2. 也可以参见:*Ramirez* v. *Weinberger* 23 ILM, 1984, p. 1274; *Goldwater* v. *Carter* 444 US 996 (1979) 以及 *Empresa Exportadora de Azucar* v. *Industria Azucarera Nacional SA* [1983] 2 LL. R 171; 64 ILR, p. 368.

[12] 国际法院在下列案件的咨询意见中重申了这一点:the *Difference Relating to Immunity from Legal Process* case, ICI Reports, 1999, pp. 62, 88; 121 ILR, pp. 405, 432—3. 在"琼斯诉沙特阿拉伯案"(*Jones* v. *Saudi Arabia*)中,曼斯(Mance LJ)法官在上诉法院的判决中指出:"国家豁免的请求应当在诉讼的早期阶段解决"。参见:[2004] EWCA Civ 1394, para. 10; 129 ILR, p. 653. 还可以参见:*Republic of the Philippines* v. *Pimentel* 553 US-(2008), US Supreme Court, 12 June 2008, Slip Opinion, p. 11, 判决书认为:当主张主权豁免时就对案件的实体问题进行审查本身就是对主权豁免的侵犯。

[13] 例如参见:*Siderman* v. *Republic of Argentina* 965 F. 2d 699 (1992); 103 ILR, p. 454.

[14] 488 F. Supp. 665 (1980); 63 ILR, p. 378. 注意:美国的上诉法院已经指出,1976 年的《外国主权豁免法》并不取代国家行为理论,参见:*Helen Liu* v. *Republic of China*, 29 ILM, 1990, p. 192.

[15] 488 F. Supp. 665, 674.

[16] [1988] 3 WLR 1169, 1188; 80 ILR, pp. 191, 209.

判理论[17],尽管那样一来,因不可裁判抗辩而不适用豁免的范围明显缩小了许多。[18]

绝对豁免说

在18和19世纪,由于主权者和政府的作用相对简单,因此产生绝对豁免这个概念是符合逻辑的事情。根据该概念,主权者在所有的情形中都享有外国管辖的完全豁免。然而,国家行为的空前增多,特别是关于商业方面的行为,带来了许多问题。多数国家对上述规则进行了修正。由于政府代理机构、公众公司、国有化工业和其他国家机构数量的增多,国家对绝对豁免概念作出了反应。这一部分是因为这个概念将使国有企业具有优于私人公司的地位。因此,许多国家开始奉行限制豁免理论。根据这种理论,只能给予政府行为豁免权;如果是政府在参与商业行为,那么就不享有豁免。享有豁免权的政府行为被称为"统治权行为"(*jure imperii*),而与私人或贸易有关的行为则被称为"管理
702 权行为"(*jure gestionis*)。

在实践中,英国一直采取绝对豁免说。这是在许多重要判例的基础上确立起来的。[19]

在"比利时议会号"案[20]中,上诉法院强调指出:从以前所有相关案例中可以得出的原则是,每个国家

> 拒绝其法院对任何主权者个人或任何其他国家的大使,或对任何国家供公共使用的公共财产实施领土管辖权……尽管这些主权者、大使或财产位于其管辖范围内。[21]

本案表述了这项非常广泛的原则。但是,这引起了一个问题,就是:当外国主权者对财产具有何种法律利益时它才能够在英国法院享有管辖豁免?

一般认为,对绝对豁免理论作出最极端表述的案件是"亚历山大港号"案(the *Porto*

---

[17] 参见:*International Association of Machinists & Aerospace Workers* v. *OPEC* 649 F. 2d 1354, 1359—60; 66 ILR, pp. 413, 418. 也可以参见:*Liu* v. *Republic of China* 29 ILM, 1990, pp. 192, 205.

[18] 参见埃文斯法官在下列案件对不可裁判性理论和豁免之间关系的讨论:*Australia and New Zealand Bank* v. *Commonwealth of Australia*, 1989, 副本, pp. 59—60.

[19] 但是,应当注意那些并不非常清楚采纳广义绝对豁免做法的早期判例,例如参见:*The Prins Frederik* (1820) 2 Dod. 451; *Duke of Brunswick* v. *King of Hanover* (1848) 2 HLC 1 以及 *De Haber* v. *Queen of Portugal* (1851) 17 QB 171. 也可以参见菲利莫尔法官在下列案件中的意见:*The Charkieh* (1873) LR 4A and E 59.

[20] (1880) 5 PD 197.

[21] 参见布雷特法官的意见,*ibid.*, pp. 214—15. 当然,应当注意该原则针对的是以公共使用为目的的公共财产,而不是以私人使用为目的的财产。

Alexandre case)。[22] 该案件涉及一艘被军事征用的葡萄牙船只。由于它没有支付在利物浦附近接受拖船服务而产生的到期费用,英国一家法院对其签发了令状。该船只完全是在从事私人贸易行为,但是,该法院则认为,自己受到"比利时议会号"案原则的限制,从而在考虑了葡萄牙政府利益的情形下驳回了该案件。

在"克里斯蒂纳号"案(the *Cristina* case)[23]中,上议院的法官们就豁免规则的适用问题发表了各种不同的意见。该案的起因是,当时的西班牙共和国政府对在毕尔巴鄂(Bilbao)登记的船只颁布了军事征用的法令,而那个时候"克里斯蒂纳号"还在公海上。当其抵达卡的夫(Cardiff)之后,西班牙共和国当局就接管了该船只。但是,该船只的所有人却主张对其具有所有权,要求上议院签发令状。西班牙共和国政府以主权豁免为由要求驳回该案件。鉴于接管船只是依据军事征用法令,因此上议院的多数法官接受了西 703
班牙共和国政府的意见。

但是,两位勋爵对"亚历山大港号"案的判决进行了批评,并且对豁免是否涵盖国家从事贸易的船只提出了疑问[24],而阿特金勋爵(Atkin)则对绝对豁免说采取了更为原教旨主义式(fundamentalist)的绝对立场。[25]

在"克拉季娜诉塔斯社"案(*Krajina* v. *Tass Agency*)[26]中,上诉法院裁定:塔斯社是苏联的一个国家机构,因此有权享有当地管辖豁免权。后来,在"巴库斯有限责任公司诉国家小麦服务部"案(*Baccus SRL* v. *Servicio Nacional del Trigo*)[27]中,法院认为:尽管被告根据西班牙法律是一个独立法人,但它实际上是西班牙政府的一个国家部门。至于该实体实际上是如何组成的,法院把它看作是西班牙的国内事项,因此裁定它有权享受诉讼豁免。

辛格尔顿勋爵(Singleton)的意见与多数意见不同。在反对意见中,他反对将主权豁免理论延伸适用到独立的法律实体。[28]

想要英国法院承认具有豁免权,外国主权者不能仅仅提出对争议中的财产具有利益,它还必须予以证实。这可以说是对绝对豁免规则的某种限制。由于这牵涉外国主权

---

[22] [1920] p.30; 1 AD, p.146. 例如参见:Sinclair, "Sovereign Immunity", p.126. 也可以参见:*The Jupiter* [1924] p.236, 3 AD, p.136.

[23] [1938] AC 485; 9 AD, p.250.

[24] 例如参见麦克米伦勋爵的意见,[1938] AC 485,498; 9 AD, p.260.

[25] [1938] AC 485, p.490. 也可以参见:*Berizzi Bros. C.* v. *SS Pesaro* 271 US 562 (1926); 3 AD, p.186 以及 *The Navemar* 303 US 68 (1938); 9 AD, p.176.

[26] [1949] 2 All ER 274; 16 AD, p.129. 也可以参见科恩法官的意见,[1949] 2 All ER 274, 281.

[27] [1957] 1 QB 438; 23 ILR, p.160.

[28] [1957] 1 QB 438, 461, 23 ILR, p.169.

者需要向当地管辖机构提交文件,因此豁免并不是绝对的。一旦法院认为主权者提出的主张并不只是幻想的,或者它所主张的权利基础并没有明显瑕疵,它将驳回该案件。在"胡安·伊斯梅尔诉印度尼西亚共和国"案(*Juan Ysmael* v. *Republic of Indonesia*)[29]中,就提出了这样一个问题。在该案中,法院认为,印度尼西亚政府提出的对一艘船只存在利益的主张明显存在瑕疵,因此该案件不是因为主权豁免而被驳回的。[30]

然而,美国的判例则体现出了一种不同方法。这是一种对所有权和占有及控制权两
704 个方面进行区分的方法。特别是在有两个案件中,尽管被告国主张对其所有的有关船只享有豁免,但仍然遭到了拒绝。法院认为对该有关船只具有管辖权,因为在有关时期,它们并没有处在那些国家的占有或控制之下。[31]

由于法院不会对被告是一个外国的案件进行审判,因此在每个案件中就有必要决定到底什么才是外国。当就外国实体的地位以及是否可以被视为国内法意义上的国家产生疑问时,英国政府出具的行政证明书具有决定性的效力。

在这一点上,"达夫发展公司诉吉兰丹"案(*Duff Development Company* v. *Kelantan*)[32]就是一个很好的例子。吉兰丹当时是处在英国保护下的马来亚的一个州(现在是马来西亚的一个州—译注)。由于它的内政和外交政策都需要接受英国的指导,因此无论如何,它在政治上都不能说是独立的。但是,英国政府出具了行政证明书,大意是:吉兰丹是一个独立的国家,而且英国皇室对其既没有实施、也没有主张任何主权或管辖权利。审理该案件的上议院宣布,一旦皇室承认某个外国统治者为主权者,法院就必须遵守,而且不受理、也不需要任何其他证据。因此,吉兰丹有权享有免于英国法院管辖的主权豁免。

限制说

在相对较早阶段,许多国家实际上已经对豁免采取了限制说,允许对非主权行为实

---

[29] [1955] AC 72; 21 ILR, p. 95. 也可以参见:*USA and France* v. *Dollfus Mieg et Compagnie* [1952] AC 582; 19 ILR, p. 163.

[30] 参见:Higgins, "Unresolved Aspects", p. 273. 她提出了这样一个问题,即:在一个限制豁免的时代里,这种标准是否显得过于严格?也可以参见:R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, chapter 5.

[31] *The Navemar* 303 US 68 (1938); 9 AD, p. 176 以及 *Republic of Mexico* v. *Hoffman* 324 US 30 (1945); 12 AD, p. 143.

[32] [1924] AC 797; 2 AD, p. 124. 根据 1978 年《国家豁免法》第 21 条的规定,在这个方面,例如,对是否是国家出具的行政证明书具有结论性。就英国在柏林的武装力量总司令的地位根据第 21 条出具的证明书,也可以参见:*Trawnik* v. *Gordon Lennox* [1985] 2 All ER 368.

施管辖权。[33] 1950 年,奥地利最高法院在经过对实践的综合考察之后断定,由于国家在商业领域的行为越来越多,绝对豁免的古典理论已经失去了意义,并且已经不再是一项 705
国际法中的规则。[34] 1952 年,美国国务院在泰特信函中宣布:由于政府不断涉足商业领域,加上外国对绝对豁免观的改变,因此有必要对其作出必要的修改,并且认为"国务院[将]遵循主权豁免的限制理论"。[35] 法院也采纳了这种学说,尤其是在"维克托里运输公司诉供应运输总军需处长"案(*Victory Transport Inc.* v. *Comisaria General de Abastecimentos y Transportes*)[36]中。在该案中,被告是西班牙商业部的一个部门,但国务院并没有就它的豁免问题出具"建议",因此法院确认对其具有管辖权,因为租船运输小麦并不是严格意义上的政治行为或公共行为。在"伦敦艾尔弗雷德·邓希尔公司(即'登喜路'—译注)诉古巴共和国"案[37]中,最高法院有四位法官赞成限制理论学说。

就英国而言,其采取限制说是相当晚的事情。[38]

在"菲律宾海军上将号"案(the *Philippine Admiral* case)[39]中,该船只由菲律宾政府所有,应两家海运公司的请求,香港对其签发了令状。在从香港最高法院提出的上诉中,枢密院回顾了以前关于主权豁免的判决,然后得出结论:它将不再遵循"亚历山大港号"案的判例。[40] 克罗斯勋爵(Cross)给出了不遵循早期判例的四个理由:第一,上诉法院

---

[33] 例如比利时和意大利,Lauterpacht, "Problem"; Badr, *State Immunity*, chapter 2; Sinclair, "Sovereign Immunity"; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, pp. 323 ff, 以及泰特信函,26 *Department of State Bulletin*, 984 (1952). 也可以参见 1926 年《关于国有船只豁免的布鲁塞尔公约》,该公约就管辖而言,将从事贸易的这种船只的地位与私人船只等同;以及 1958 年关于领海和公海的公约。参见现在的 1982 年《海洋法公约》第 31 条、第 32 条、第 95 条和第 96 条。

[34] *Dralle* v. *Republic of Czechoslovakia* 17 ILR, p. 155. 该案件被西德最高宪法法院在下列案件中积极引用: *The Empire of Iran* 45 ILR, p. 57;也被美国的上诉法院在下列案件中积极引用:*Victory Transport Inc.* v. *Comisaria General de Abasteciementos y Transportes* 35 ILR, p. 110.

[35] 26 *Department of State Bulletin*, 984 (1952).

[36] 35 ILR, p. 110. 例如,也可以参见:*National City Bank of New York* v. *Republic of China* 22 ILR, p. 210 以及 *Rich* v. *Naviera Vacuba* 32 ILR, p. 127.

[37] 15 ILM, 1976, pp. 735, 744, 746—7; 66 ILR, pp. 212, 221, 224.

[38] 关于一些早期的重新思考,参见丹宁勋爵在下列案件中的意见:*Rahimtoola* v. *Nizam of Hyderabad* [1958] AC 379, 422; 24 ILR, pp. 175, 190.

[39] [1976] 2 WLR 214; 64 ILR, p. 90. 辛克莱将其形容为是"具有历史里程碑意义的案件","Sovereign Immunity", p. 154. 也可以参见:R. Higgins, "Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom", 71 AJIL, 1977, pp. 423, 424.

[40] [1920] p. 30; 1 AD, p. 146.

认为自己受到“比利时议会号”案[41]判决的拘束，这是错误的；第二，在“克里斯蒂纳号”案[42]中，上议院的法官之间已经对从事商业活动的国家所有的船只的豁免问题产生了分歧；第三，发展趋势是反对绝对豁免理论；第四，适用这个理论是“错误的”，因为在西
706 方世界，可以在它们自己的法院对国家的商业合同提起诉讼，为什么就不能平等地对外国国家提起诉讼？这是毫无道理的。[43] 这样一来，枢密院就判决：在国家所有的商船因为从事普通的贸易活动而成为签发令状的对象时，它就不能享有主权豁免，诉讼应当继续进行。

在“泰欧木薯服务有限公司诉巴基斯坦政府”案[44]中，一艘德国所有的船只被租来从事从波兰到巴基斯坦的货物运输。但是，在1971年的印巴战争期间，它在卡拉奇港遭到了印度战斗机的轰炸。由于租船合同中规定，其中的争端应当在英格兰通过仲裁解决，这个事项最终提交到了英国法院。此前，船上货物的接受人应当是一家巴基斯坦公司，但该公司已经被巴基斯坦政府接管。由于遭到轰炸，卸货迟延了67天，该船舶的所有人就对巴基斯坦政府提起了诉讼。巴基斯坦政府主张主权豁免，要求驳回该诉讼。

上诉法院认为，由于所有相关的事实都发生在英国管辖之外，并且该诉讼是针对一个外国政府，而不是针对船舶本身提起的对人诉讼，因此，只能适用主权豁免的一般原则。

在本案中，丹宁勋爵（Denning）宣布主权豁免理论存在某些例外。当诉讼是关于英国境内的土地、存放在英国的信托基金、或为英国境内的财产进行服务而在其管辖之内引起的债务时，主权豁免理论是不适用的；而且，当与英国商人进行商业交易，“并且产生了处在我们法院的领土管辖范围内的争议”时，该理论也是不适用的。[45]

但是，对人诉讼的绝对豁免和对物诉讼的限制豁免之间这种不幸的分歧并没有持续很长时间。在“特兰德克斯贸易有限公司诉尼日利亚中央银行”案[46]中，上诉法院的所有三位法官都认为：限制说是符合正义、礼让和国际实践的。[47] 其中两位法官宣布：国
707 际法中并不存在遵循先例的理论。[48] 这样，就解决了先例问题。此后的案件[49]不断重

---

[41] (1880) 5 PD 197.

[42] [1938] AC 485; 9 AD, p.250.

[43] [1976] 2 WLR 214,232; 64 ILR, pp.90, 108. 注意，克罗斯勋爵相信在关于对人诉讼的案件中，绝对理论仍然是公认的，[1976] 2 WLR 214, 233.

[44] [1975] 1 WLR 1485; 64 ILR, p.81.

[45] [1975] 1 WLR 1485, 1490—1; 64 ILR, p.84.

[46] [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, p.122.

[47] 1977 2 WLR 356, 366—7（丹宁法官的意见），380（斯蒂芬森法官的意见）以及385—6（肖法官的意见）。

[48] 同上，pp.365—6 and 380. 但比较斯蒂芬森法官的意见，同上，p.381。进一步参见上文，第4章，第145页。

[49] 例如参见：*Hispano Americana Mercantil SA* v. *Central Bank of Nigeria* [1979] 2 LL. R 277; 64 ILR, p.221.

申了“特兰德克斯”案中明确阐明的限制豁免理论，特别是上议院审理的“党代会号”案（the *I Congreso del Partido* case）[50]和“阿尔科姆有限公司诉哥伦比亚共和国”案（*Alcom Ltd* v. *Republic of Colombia*）[51]。

现在，多数国家已经倾向于接受限制豁免理论[52]，这可以从国内立法中体现出来。[53] 特别是，美国 1976 年的《外国主权豁免法》[54]在第 1605 条中对一国可以接受管辖的情形（作为一个外国享有管辖豁免的一般例外）作出了具体规定，而英国 1978 年的《国家豁免法》[55]对法院的管辖豁免的一般规则以及一系列的例外同样作出了规定。[56] 708

前苏联和其他一些国家一般还坚持绝对豁免理论，尽管在实践中，这些国家缔结了

---

[50] [1981] 2 All ER 1064; 64 ILR, p. 307, 这是一个关于 1978 年《国家豁免法》颁布之前的普通法判例。也可以参见：*Planmount Ltd* v. *Republic of Zaire* [1981] 1 All ER 1110; 64 ILR, p. 268.

[51] [1984] 2 All ER 6; 74 ILR, p. 179. 还可以参见：*Jones* v. *Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, para. 8 (per Lord Bingham); 129 ILR, pp. 716.

[52] 例如参见：the *Administration des Chemins de Fer du Gouvernement Iranien* case, 52 ILR, p. 315 以及 the *Empire of Iran* case, 45 ILR, p. 57; 也可以参见：Sinclair, “Sovereign Immunity”; Badr, *State Immunity*; 以及 UN, *Materials*. 也应当注意西班牙宪法法院审理的下面这个案件：*Abbott* v. *Republic of South Africa*, 86 ILR, p. 512；以及 *Manauta* v. *Embassy of Russian Federation* 113 ILR, p. 429（阿根廷最高法院）; *USA* v. *Friedland* 182 DLR (4th) 614; 120 ILR, p. 417 以及 *CGM Industrial* v. *KPMG* 1998 (3) SA 738; 121 ILR, p. 472.

[53] 例如参见新加坡 1979 年《国家豁免法》、巴基斯坦 1981 年《国家豁免令》、南非 1981 年《外国国家豁免法》、加拿大 1982 年《国家豁免法》以及澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》。还可以参见 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 5 条。注意：在撰写本书时，该公约尚未生效，而且该公约不适用于刑事诉讼。

[54] 例如参见：G. Delaume, “Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, 71 AJIL, 1977, p. 399; Sinclair, “Sovereign Immunity”, pp. 243 ff., 以及 D. Weber, “The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, 3 *Yale Studies in World Public Order*, 1976, p. 1. 注意：在下面案件中，美国联邦最高法院判决认为，《外国主权豁免法》适用于该法制定之前的行为，甚至还适用于美国在 1952 年采取限制豁免做法之前的行为，参见：*Republic of Austria* v. *Altmann*, 541 US 677 (2004).

[55] 例如参见：D. W. Bowett, “The State Immunity Act 1978”, 37 *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 193; R. C. A. White, “The State Immunity Act 1978”, 42 MLR, 1979, p. 72; Sinclair, “Sovereign Immunity”, pp. 257 ff., 以及 M. N. Shaw, “The State Immunity Act 1978”, *New Law Journal*, 23 November 1978, p. 1136.

[56] 也可以参见 1972 年《欧洲国家豁免公约》。该公约的附加议定书于 1985 年 5 月 22 日开始生效，设立了一个国家豁免方面的欧洲法庭来审理在该公约下引起的争议。该法庭原先由欧洲人权法院的相同法官组成，参见：Council of Europe Press Release, C(85)39. 一般参见：UN, *Materials*, Part I “National Legislation”, 以及 Badr, *State Immunity*, chapter 3. 也可以参见《美洲间国家管辖豁免公约草案》, 22 ILM, 1983, p. 292. 注意：由于 1979 年伊朗人质危机和美国冻结伊朗资产而引起的大量案件在结束之前，也是在限制理论的基础上进行争论的，例如参见：R. Edwards, “Extraterritorial Application of the US Iranian Assets Control Regulations”, 75 AJIL, 1981, p. 870. 也可以参见 *Dames and Moore* v. *Regan* 101 S. Ct. 1972 (1981); 72 ILR, p. 270.

许多双边协定。这些双边协定允许对在对方缔约国领土上签订的商业合同行使管辖权。[57]

主权和非主权行为

在采取了限制理论之后,对那些可以享有豁免的行为和不可以享有豁免的行为之间作出区分就显得非常关键。在"维克托里运输公司"案[58]中,法院宣布:(在不存在国务院建议的情形下)[59]它拒绝赋予豁免权,除非有关行为属于严格意义上的政治行为或公共行为之一,即:内部行政行为、立法行为、关于武装力量或外交和公共贷款的行为。

不过,近期立法[60]的基本做法是首先规定豁免规则,然后再具体列出各种例外。这样,举证责任就落到了主张符合例外情形之一的一方身上。[61] 2004 年通过的《国家及
709 其财产管辖豁免公约》就体现了这样一种做法。第 5 条指出[62]:

> 一国本身及其财产遵照本公约的规定在另一国法院享有管辖豁免。

在这种情形下,对主权豁免意义上的"国家"的定义就显得非常重要。《公约》第 2 条第 1 款第(b)项规定,"国家"是指:(1) 国家及其政府的各种机关;(2) 有权行使主权权力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位;(3) 国家机构、部门或其他实体,但须它们有权行使并且实际在行使国家的主权权力;以及(4) 以国家代表

---

[57] 关于大量例子,可以参见:UN, *Materials*, pp. 134—50. 也可以参见:M. M. Boguslavsky, "Foreign State Immunity: Soviet Doctrine and Practice", 10 Netherlands YIL, 1979, p. 167. 关于非律宾的实践,可以参见:*USA* v. *Ruiz and De Guzman* 102 ILR, p. 122; *USA* v. *Guinto*, *Valencia and Others*, *ibid.*, p. 132 以及 *The Holy See* v. *Starbright Sales Enterprises*, *ibid.*, p. 163.

[58] 336 E2d 354 (1964); 35 ILR, p. 110. 也可以参见:P. Lalive, "L'Immunité de Juridiction des Etats et des Organisations Internationales', 84 HR, 1953, p. 205 以及 Lauterpacht, "Problem", pp. 237—9.

[59] 注意,自从 1976 年的《外国主权豁免法》以来,判断这种地位属于司法行为,不再是行政行为。

[60] 例如参见 1978 年《国家豁免法》第 1 条、1976 年美国《外国主权豁免法》第 1604 条以及 1985 年澳大利亚《外国国家豁免法》第 9 条。也可以参见:*Saudi Arabia* v. *Nelson* 123 L Ed 2d 47 (1993); 100 ILR, p. 544.

[61] 也可以参见 1972 年《欧洲国家豁免公约》第 15 条。国际法协会(International Law Association)在 1994 年通过的《修改后的国家豁免公约条款草案》第 2 条规定,"原则上,外国就其在行使主权权力中实施的行为,即统治权行为,应当免于法院地国家的审判管辖。在第 3 条规定的情形下,它不应当享有豁免。" *Report of the Sixty-sixth Conference*, 1994, p. 22.

[62] 参见:Report of the International Law Commission, 1991, p. 37. 关于是否应当将豁免视为对领土主权的减损从而在每个具体的案件中需要进行裁决,还是说,豁免本身就是一项国际法的规则从而并不需要在每个具体的案件中予以证明的问题,存在大量的国家实践,参见:*Yearbook of the ILC*, 1980, vol. II, part 2, pp. 142 ff.

身份行事的国家代表。[63]

在采取了限制豁免理论之后，接下来的一个问题是：判断有关行为是主权行为（统治权行为）还是非主权行为（管理权行为）的适当标准是什么？在这个问题上，占主导的做法是：应当根据交易的性质而不是目的来判断。[64]

不过，应当注意的是，《公约》第2条第2款规定： 710

> 在确定一项合同或交易是否为……"商业交易"时，应主要参考该合同或交易的性质，但如果合同或交易的当事方已一致同意考虑其目的，或者根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其非商业性质有关，则其目的也应予以考虑。

之所以对"性质"标准进行修改，是为了给发展中国家提供充分的保障和保护，特别是因为尊重它们促进国民经济发展的努力。国际法委员会的评注指出：为了能够适用成功，应当分两个阶段进行。第一，应当首先考察合同或交易的性质。如果得出的结论是该合同或交易在性质上是非商业性的，就不再需要进一步考察。第二，如果该合同或交易是商业性的，为了判断该合同或交易是否真的是主权行为，还必须考察其目的。如果国家坚持认为在它们的实践中，由于一个具体的合同或交易的目的很清楚就是为了公共目的，并且受到国家的支持，因此该合同或交易应当被视为是非商业性时，就应当给该国一个机会。可以举出的例子包括，为了对付正在蔓延的流行病而采购药物，以及采购食品供应。[65] 这种做法是对早期草案的修改[66]，但这并不是没有争议的，因此必须特别小心。例如，如果以某种方式采用目的标准，但实际上将在相当程度上规避限制豁免理论，那么这是没有任何帮助的。不过，这并不是说无论如何都不应当考虑有关交易的目的。

在"党代会号"案[67]中，威尔伯福斯勋爵（Wilberforce）强调指出：在考察是否应当赋

---

[63] 注意：根据第3条的规定，上述条款第（四）点的规定显得有点混乱，因为第3条规定，该公约不影响外交和领事使团、特别使团和派往国际组织的使团的特权和豁免以及赋予国家元首的豁免。

[64] 例如参见美国1976年《外国主权豁免法》第1603条第（d）款。对该法进行逐条分析后强调指出，"通过合同而获取的货物或服务是否用于公共目的是无关的；关键点是行为或交易起初的商业性质"，也可以参见：UN, *Materials*, pp. 103, 107. 还可以参见：the *Empire of Iran* case, 45 ILR, pp. 57, 80—1; *Trendtex Trading Corporation Ltd* v. *Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, p. 122; *Non-resident Petitioner* v. *Central Bank of Nigeria* 16 ILM, p. 268 以及 *Saudi Arabia v. Nelson* 123 L Ed 2d 47 (1993); 100 ILR, p. 544（美国最高法院）。也可以参见国际法协会在1994年通过的《修改后的国家豁免公约条款草案》第1条的规定：*Report of the Sixty-sixth Conference*, 1994, p. 23.

[65] Report of the International Law Commission, 1991, pp. 29—30.

[66] *Yearbook of the ILC*, 1983, vol. II, part2.

[67] [1983] AC 244, 267; 64 ILR, pp. 307, 318.

予豁免时，应当对提出主张的整个情形进行考察，以便查清构成该主张基础的“相关行为”是什么。特别是，它是管理权行为吗？或者，换句话说，它是“私人也可以实施的私法性质的行为”吗？[68] 尽管在不同的大陆法系国家对“私法或公法”这种二分法有不同
711 的区分，但还是应当对这种大陆法系非常熟悉的“私法或公法”的二分法引起特别注意。[69] 还应当注意的是，对于普通法法系来说，这种区分并不是很流行。另外，由于是否把某个行为定性为政府行为而不是私人行为取决于当事国声称的某个特定的政治概念，因此就不可能对这种区别达成一项清晰而全面的国际协议。[70] 将某个行为认定为是统治权行为或管理权行为还取决于法院对要审理的问题的认识。威尔伯福斯勋爵还指出：尽管政府的目的或动机并不能使管理权行为（或私法行为）转变为统治权行为[71]，但在对行为的性质进行解释时，行为的目的也是有关的。[72]

在“美利坚合众国诉加拿大公共服务联盟及其他（《加拿大劳动法典》）”案（*United States of America* v. *The Public Service Alliance of Canada and Others* (*Re Canada Labour Code*)）[73]中，加拿大联邦最高法院也强调需要审查整个案情，至少应当把整个案情作为审查的出发点。该法院指出：审查整个案情这种做法是适用限制豁免理论唯一合理的基础，因为任何其他的做法都是“想要‘一劳永逸’地确定有关行为的性质，这完全是事与愿违”，而且也是不可能的。[74] 在“里德诉瑙鲁共和国”案（*Ried* v. *Republic of Nauru*）[75]中，澳大利亚维多利亚州最高法院也考察了这个问题。该法院认为：在某些情形中，也许不顾行为的动机和目的是不可能的。在某些情形中，决定某个行为的动机或目的可能就是对该行为本身进行定性必不可少的一个组成部分，而在其他情形中，如果不考察实施该行为的整个情形，那么可能无法对其性质或特性作出认定。该法院还指出：特定国家对主权属性本身的认识或采取的政策也应当是一个相关因素。[76] 在“德·桑切斯诉尼加拉瓜中央银行及其他”案（*De Sanchez* v. *Banco Central de Nicaragua and Others*）[77]中，

---

[68] [1983] AC 244, 262; 64 ILR, p. 314.

[69] 例如参见：Sinclair, “Sovereign Immunity”, pp. 210—13, 以及 the *Empire of Iran* case, 45 ILR, pp. 57, 80. 也可以参见 1972 年的《欧洲国家豁免公约》第 7 条。

[70] 例如参见：Crawford, “International Law”, p. 88; Lauterpacht, “Problem”, pp. 220, 224—6.

[71] [1983] AC 244, 267; 64 ILR, p. 318.

[72] [1983] AC 244, 272; 64 ILR, p. 323.

[73] (1992) 91 DLR (4th) 449; 94 ILR, p. 264.

[74] [1992] 91 DLR (4th) 463; 94 ILR, p. 278.

[75] [1993] 1 VR 251; 101 ILR, p. 193.

[76] [1993] 1 VR 253; 101 ILR, pp. 195—6.

[77] 770 F. 2d 1385, 1393 (1985); 88 ILR, pp. 75, 85.

美国一个上诉法院也指出:"除非我们审查这些行为的目的,否则我们就无法确定其性质。"

712

"党代会号"案还引起了另外一个具体问题,即:如果起初的交易的确是商业性质,但后来因国家行使主权权力而导致违反了有关合同,那么这是否应当赋予豁免?在该案中,智利的阿连德政府被推翻,此后,古巴政府就命令古巴国有运输企业两艘正在向一家智利公司运输白糖的船只离开智利。古巴政府主张享有豁免权,因为其违反合同是由一项外国政策的决定造成的。上议院没有赞同这种观点,而是认为:一旦一国涉足贸易领域,为了证明某个行为是否是享有豁免的主权行为必须具备相当高的证明标准。威尔伯福斯勋爵强调指出:

> 为了证明某个行为不是管理权行为,一国必须证明某个行为非常清楚就是统治权行为。[78]

而他对适当的判断标准是这样说的:

> 并不是说,行为的目的或动机就是这个国家的目的;而是说,该行为本身就具有政府行为的性质,而不是那种任何私人都能够实施的行为。[79]

就该案件而言,并没有令人信服地符合那种标准。尽管两艘船只中的其中一艘,即"长滩号"(*Playa Larga*),在所有的相关时间内都是由古巴政府所有的,但第二艘船只,即"大理石岛号"(*Marble Islands*),则是由根本没有豁免权的一家贸易企业所有。该船是在公海的时候被古巴政府接管的。古巴政府然后命令该船开往北越,船上的货物最终被捐献给该国人民。该法院一致驳回了古巴政府就"长滩号"所提出的豁免请求,但对于第二艘船只的豁免问题,法官之间则出现了分歧。

上议院的两位勋爵,即威尔伯福斯勋爵和埃德蒙—戴维斯(Edmund-Davies)勋爵,认为"大理石岛号"的关键是古巴共和国命令把船上的货物交给北越。这与"长滩号"的情形不同。在"长滩号"的情形中,古巴政府是作为该船只的直接所有人采取行为,并不是作为行使政府权力的形式采取行为。把船上的货物交给北越并非光船租船人当时作出的一部分商业安排,因此该租船人必须对实施的民事不法行为负责。古巴政府的行为已经超出了这种框架,因此它纯粹是一种政府性质的行为。[80]

713

不过,多数意见认为:古巴政府命令在北越卸货和处置货物的行为是以货物的私人

---

[78] [1981] 2 All ER 1064, 1075; 64 ILR, p. 320.

[79] *Ibid.*, 援引了初审法官的意见, [1978] 1 All ER 1169, 1192; 64 ILR, p. 179.

[80] [1981] 2 All ER 1064, 1077 and 1081; 64 ILR, pp. 321, 327.

所有人的身份从事的，它从来没有认为自己是在行使主权权力。其所从事的每一个行为据称都是以私法上的权利为依据进行的，因为该光船租船人已经根据一份私法上的普通买卖合同将船上的货物出售给了古巴的另一家国家企业；而且，每一个行为据称都是以在特定的情况下允许销售的提单作出的。是买方把船上的货物捐献给了越南人民。[81]

然而，在许多方面，少数意见则更容易被接受，因为实际上，是古巴政府对该船只的控制及对该船只和船上货物的指挥才对这个问题产生决定性作用，而这是古巴政府作为一项国家政策故意作出的。尽管整个过程是通过私法、而不是直接发布政府命令的方式完成的，但是，这不应当成为解决这个问题的决定性因素。实际上，该案件所反映出来的一点是：在实践中，将公共行为与私人行为进行区分是多么困难！[82]

"利特雷尔诉美利坚合众国（第二）"案（*Littrell* v. *United States of America* (*No. 2*)）[83]是一起为一位在英国的美国军事基地的美国现役军人从事医疗引起的案件。在该案件中，上诉法院的霍夫曼法官（Hoffman）强调指出：如果把一般的军事背景本身作为判断案件的决定性因素，那是很肤浅的。相反，应当仔细考察所有相关情节，以便判断涉及的是一项主权行为还是非主权行为。需要考察的重要因素包括：行为实际上是在哪里发生的、行为涉及谁以及涉及何种行为。[84] 在"霍兰诉兰彭—沃尔夫案"中，上议院需要
714 对案情仔细审理。这是一起因一位美国公民在位于英国的美国军事基地对平民进行教学引起的案件。他诉称，被告所写的备忘录侵害了他的名誉。[85] 在霍夫曼法官上述做法的基础上，上议院强调指出：有关行为发生的背景是在一个军事基地上从事的教育行为。这是"美国职员在基地上为了美国军事当局的需要保持军事力量并联系平民过程的一个组成部分"。[86] 因此，被告有权享有豁免。

在"美国诉加拿大公共服务联盟等（《加拿大劳动法典》）"案[87]中，加拿大联邦最高

---

〔81〕 [1981] 2 All ER 1079—80, 1082 and 1083; 64 ILR, pp. 325, 328, 329.

〔82〕 注意：如果在本案提起诉讼的时候1978年的《国家豁免法》已经生效，那么豁免的主张很有可能完全得不到支持，参见第10条的规定。还可以参见在下面案件中，上议院分离出了一系列事件，并判决认为刚开始是主权的行为并不能对整个情势定性，参见：*Kuwait Airways Corporation* v. *Iraqi Airways Co.* [1995] 1 WLR 1147，还可以参见下文，第714页。

〔83〕 [1995] 1 WLR 82, 95; 100 ILR, p. 438. 注意：由于本案涉及在英国的外国武装力量，因此不能适用1978年《国家豁免法》，而是适用了普通法。

〔84〕 也可以参见：*Hicks* v. *USA* 120 ILR, p. 606, 在该案中，雇佣上诉法庭认为，空军基地娱乐设施的首要目的是提高该基地主要军事行为的有效性，而主要军事行为显然是主权行为。

〔85〕 被告同样也是一位美国公民及平民。

〔86〕 [2000] 1 WLR 1573, 1577（霍普勋爵声称，"案件的背景是非常重要的"，同上）。

〔87〕 (1992) 91 DLR (4th) 449; 94 ILR, p. 264.

法院也遇到了外国军事基地的主权豁免问题。该法院强调指出:在军事基地上的雇佣行为是多方面的行为。在性质上可能既不是主权行为,也不是商业行为。我们必须判断该行为的哪些方面与手头上的诉讼案件有关,然后再去评估该诉讼对整个行为性质的影响。有关行为与毫无疑问的主权行为越接近,例如管理和操控离岸军事基地,就越有可能被赋予豁免。[88] 在"科威特航空公司诉伊拉克航空公司"案(*Kuwait Airways Corporation* v. *Iraqi Airways Co.*)[89]中,戈夫勋爵(Goff)是上议院中作出主要判决的法官。他采纳了威尔伯福斯勋爵在"党代会号"案中阐述的原则,认为:"判断是否构成统治权行为的最终标准是,该行为本身是否具有政府行为的性质,而不是那种任何私人都能够实施的行为。"[90]而且,该法院认为:尽管刚开始属于统治权行为,但这并不能决定后续行为的性质。[91]

715

国家豁免与侵犯人权[92]

随着对国际人权法与国内制度之间的关系越来越重视,在对外国国家提起的违反人权法的民事诉讼中,已经产生了适用主权豁免是否受到影响的问题。迄今为止,国家实践表明,对这个问题的回答是否定的。在"沙特阿拉伯诉纳尔逊"案(*Saudi Arabia* v. *Nelson*)中,美国联邦最高法院指出:对外国国家进行管辖的唯一基础是1976年的《外国主权豁免法》;并且,除非某个事项属于其中的例外,法院都将支持请求豁免的主张。[93] 该

---

[88] [1992] 91 DLR (4th) 466; 94 ILR, p.281.

[89] [1995] 1 WLR 1147, 1160; 103 ILR, p.340. 关于本案后来的诉讼,参见:116 ILR, p.534 (高等法院); [2000] 2 All ER (Comm.) 360; [2001] 2 WLR 1117 (上诉法院)以及 [2002] UKHL 19(上议院)。

[90] 注意:在下面的案件中,法院强调指出,在判断是否适用豁免时,应当考察有关合同是否是那种个人就可以签订的合同、双方当事人中是否有享有国家公共职能的一方参加、据称的违反合同的性质以及对诉讼请求的调查是否将涉及对外国公共行为或主权行为的调查:*Sengupta* v. *Republic of India* 65 ILR, pp. 325, 360.

[91] [1995] 1 WLR 1147, 1162—3. 进一步参见后面,第731页。

[92] 例如参见:Bröhmer, *State Immunity*; S. Marks, "Torture and the Jurisdictional Immunity of Foreign States", 1997 CLJ, p.8, and R. Van Alebeek, "The Pinochet Case", 71 BYIL, 2000, pp.49 ff. 以及 van Alebeek, *Immunities of States and Their Officials in InternationalCriminal Law and International Human Rights Law*, Oxford, 2008; K. Reece Thomas and J. Small, "Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability for Torture?", 50 NILR, 2003, p.1; K. Parlett, "Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception", 2 *European Human Rights Law Review*, 2006, p.49; H. Fox, "State Immunity and the International Crime of Torture", 2 *European Human Rights Law Review*, 2006, p.142; Redress, *Immunity v Accountability*, London, 2005, 以及 L. Caplan, "State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", 97 AJIL, 2003, p.741.

[93] 123 L Ed 2d 47, 61 (1993); 100 ILR, pp.544, 553.

法院认为:尽管沙特政府对纳尔逊据称实施的非法逮捕、监禁和酷刑行为是该国政府警察权的滥用,但"长期以来,从限制理论的目的来看,外国行使警察权都被理解成排他性的主权行为"。[94] 不过,在1996年,《反恐怖主义和实行死刑法》已经对《外国主权豁免法》进行了修改。前者规定了国家豁免的一个新的例外,即:如果被国务院认定为恐怖主义国家为实施包括劫持人质在内的恐怖主义行为或对实施这种行为的个人或实体提供了重要支持和资源,并导致美国公民伤亡的,这种国家就不能享有豁免。[95] 在"辛普森诉利比亚"案(*Simpson* v. *Libya*)中,美国上诉法院判决认为:如果符合以下三个条件,那么劫持人质的行为就可以成为豁免的例外:有关国家已经被认定为"支持恐怖主义的国
716 家";有合理的机会对争议进行仲裁;以及申请人或被害人是美国公民。该法院认为:原告没有必要证明劫持人质者是否已经向第三方提出了表明目的的要求,因为劫持人质的定义关注的是劫持人质者自己的心理状态。因此,第三方是否知道劫持人质者的意图并不是一项必要条件。[96]

在"不扎里诉伊朗"案(*Bouzari* v. *Iran*)中,加拿大安大略省高等法院指出:根据加拿大1982年《国家豁免法》的规定,"无论国家的最终目的是什么,行使警察、执法和安全权的行为当然是对政府权力和主权的行使"[97],因此,习惯国际法上存在一项对法院地国以外实施的酷刑行为享有国家豁免的规则。[98] 在"阿勒—阿德萨尼诉科威特政府案"(*Al-Adsani* v. *Government of Kuwait*)[99]中,英国上诉法院认为:除了《国家豁免法》具体列举的明确例外之外,该法规定国家享有豁免。因此,不存在对这项一般规则的暗含例外,甚至当涉及违反强行法规范(例如禁止酷刑)时也是如此。原告主张,国内法中的"豁免"是指那些符合国际法的主权行为才享有的豁免,但被法院驳回。因此,酷刑并不属于不能主张豁免的情形。在"霍兰诉兰彭—沃尔夫"案中,上议院认为:承认主权豁免并不

---

[94] 123 L Ed 2d 47, 57. 例如,也可以参见:*Controller and Auditor General* v. *Sir Ronald Davidson* [1996] 2 NZLR 278 以及 *Princz* v. *Federal Republic of Germany* 26 F. 3d 1166 (DC Cir. 1994).

[95] 这个条款具有溯及效力。参见:*Flatow* v. *Islamic Republic of Iran* 999 F. Supp. 1 (1998); 121 ILR, p.618 以及 *Alejandre* v. *Republic of Cuba* 996 F. Supp. 1239 (1997); 121 ILR, p.603.

[96] 470 F.3d 356 (2006).

[97] 124 ILR, pp.427, 435.

[98] *Ibid.*, p.443. 该法院认为,《禁止酷刑公约》或《公民权利和政治权利国际公约》都没有为缔约国规定了对境外实施的酷刑行为提供民法上的救济的义务,而且这种义务也不属于强行法规则,参见:pp.441 以及 443.

[99] (1996) 1 LL. R 104; 107 ILR, p.536. 但参见埃文斯法官在该案件中的观点:*Al-Adsani* v. *Government of Kuwait* 100 ILR, p.465。该案件涉及向科威特政府进行留置送达的程序。法院认为,根据《国家豁免法》的规定,有很好的、并且是可论证的理由认为,当涉及据称的酷刑行为时,国家不再享有豁免。

涉及对《欧洲人权公约》第6条中所规定的正当程序权利的侵犯，因为豁免来自习惯国际法，而第6条中的义务则来自英国自由缔结的条约。因此，“由于加入该公约是英国自己的行为，而且也没有征得美国的同意，英国就不能获得对美国作出判决的权力，这是国际法所否认的权力”。[100] 在“阿勒—阿德萨尼诉英国”案（*Al-Adsani* v. *UK*）中，欧洲人权 717
法院对在基于《欧洲人权公约》第6条对酷刑提起的民事诉讼中被告是否享有国家豁免这个问题进行了分析。[101] 该法院指出：在民事诉讼中，赋予一国主权豁免的目的是为了在遵守国际法的过程中通过尊重其他国家的主权来促进国家之间的礼让和良好关系，而且应当根据符合国际法中的其他规则，包括有关国家豁免的规则，来解释《欧洲人权公约》。[102] 该法院断定：从眼前它所掌握的有关材料来看，没有“任何有力的根据可以证明，在据称实施酷刑行为时，作为国际法的一个事项，国家已经在另一国家的法院诉讼中不再享有民事诉讼的豁免权”。[103] 因此，在这种情形下，它判决仍然应当赋予豁免。[104]

在“琼斯诉沙特阿拉伯案”（*Jones* v. *Saudi Arabia*）中，上议院需要审理的案情是：有关人员在沙特阿拉伯被官方羁押期间系统地遭受了酷刑。上议院认为：根据1978年的《国家豁免法》第一部分的规定（该规定也反映了国际法（尤其是《联合国管辖豁免公约》）所通过的方法），除非适用该法律规定的例外，外国国家都享有豁免。该法律规定的任何一项例外都没有提到在境外因为被实施酷刑而遭受伤害这种情形。[105] 而且，虽然酷刑受到国际强行法的禁止，但这不足以剥夺国际法赋予一国的豁免权，也不能使寻求管辖的国家具有对在其境外实施的酷刑引起的民事诉讼的管辖权。[106] 应该特别强调：禁止酷刑作为实体法上的规定与豁免规则之间是有区别的，后者是对行使管辖权的程序法上的障碍，并没有与实体法上的禁止性规定发生冲突。[107] 霍夫曼勋爵（Lord Hoffmann）强调指出：根据国际惯例，在国际法上，尚未出现一项可以使国家具有对据称实施 718

---

[100] [2000] 1 WLR 1573, 1588（米利特勋爵的意见）；119 ILR, p. 384.

[101] 2001年11月21日的判决；123 ILR, p. 24.

[102] *Ibid.*, paras. 54 and 55.

[103] *Ibid.*, para. 61.

[104] *Ibid.*, para. 66. 在下面这个案件中，这个判决得到确认，参见：*Kalogeropoulou* v. *Greece and Germany*, 欧洲人权法院，2002年12月12日判决；129 ILR, p. 537.

[105] [2006] UKHL 26, para. 9（宾厄姆勋爵的意见）；129 ILR, p. 717.

[106] *Ibid.*, paras. 24—8; 129 ILR, pp. 726—8.

[107] 例如参见：para. 24（宾厄姆勋爵的意见）以及 para. 44（霍夫曼勋爵的意见），129 ILR, pp. 726 and 732，都援引了下面这本著作：Fox, *State Immunity*, p. 525，该作者还指出，存在豁免只是把任何违反禁止性规定的注意力转移到“一个不同的解决争议的方法上来”而已。

了酷刑的其他国家境内发生的民事案件行使管辖权的程序规则。[108]

刑事诉讼的情形则相当不同。尽管《国家豁免法》第三部分(关于某些地位问题)可以适用于刑事诉讼,但第一部分(实质部分)则不适用于刑事诉讼。在"皮诺切特(第三)"案[109]中,上议院以六票对一票判决:在(刑事诉讼的)引渡程序中,就有关国家(智利、西班牙和英国)成为《禁止酷刑公约》缔约国之后据称发生的酷刑和共谋酷刑行为提起的指控,皮诺切特将军无权享有豁免,不过,该判决的焦点问题是国家元首的豁免以及该公约中的措辞。[110]

商业行为

在所有不再赋予豁免的国家行为中,国家的商业交易行为是首要的例子。而且,对这种行为的定义也最关键。[111]

1978 年的《国家豁免法》第 3 条第(3)款对"商业交易"一词作出了规定,即:

> (a) 任何提供货物或服务的合同;
>
> (b) 任何贷款或就任何此种交易或任何其他金融债务而提供金融以及其他担保或保证的其他交易;以及
>
> (c) 国家所从事的或除了行使主权权力以外所从事的任何其他交易或行为(无论是否具有商业、工业、金融、专业或其他类似性质)。

719

因此,该法规定了非常广泛的交易行为。[112] 正如迪普洛克勋爵(Diplock)所指出的

---

[108] *Ibid.*, paras. 45 ff.; 129 ILR, pp. 732 ff. 注意下面这个由意大利最高法院审理的有争议的案件具有相反的效果:*Ferrini* v. *Federal Republic of Germany*, (2004) Cass sez un 5044/04; 参见:P. De Sena and F. De Vittor, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case", 16 EJIL, 2005, p. 89; Fox, "State Immunity and the Crime of Torture", 以及宾厄姆勋爵和霍夫曼勋爵在下面这个案件中的意见:*Jones* v. *Saudi Arabia* at paras. 22 and 63 respectively.

[109] [2000] 1 AC 147; 119 ILR, p. 135.

[110] 进一步参见下文,第 735 页。但注意:霍普勋爵、米利特勋爵和非利普勋爵都认为,在出现广泛而有系统的官方酷刑时,并不存在豁免,[2000] 1 AC 147, 246—8, 275—7, 288—92; 119 ILR, pp. 198—201, 228—31, 242—7.

[111] 在审理下面这个案件中,迪普洛克勋爵对主权或国家豁免的限制理论的发展进行了探讨,他注意到下面两者之间存在着关键区别,即:国家的所为是在行使其主权权力过程中进行的或是在商业行为的过程中进行的。前者的情形享有豁免,而后者则并不享有。参见:*Alcom* v. *Republic of Colombia* [1984] 2 All ER 6, 9; 74 ILR, pp. 180, 181, 也可以参见:Schreuer, *State Immunity*, chapter 2.

[112] 这样,例如,因为对大使居住的住所进行修理所签订的合同而引起的诉讼中,用主权豁免作为抗辩将不能成立:*Planmount Ltd* v. *Republic of Zaire* [1981] 1 All ER 1110; 64 ILR, p. 268.

那样[113]，1978年的这个法律对统治权行为和管理权行为并没有采取直接的二分法。任何属于第3条规定的合同都可以受到管辖。在这种情形中，对主权行为和非主权行为进行区分是无关的，除非该交易属于第3条第(3)款(c)项中的"主权权力"。该法并没有提到公共或私人问题，但"党代会号"案(涉及该法颁布之前的法律)的判决说明，可以使用免于外国管辖的例子来判断"行使主权权力"的性质。

《国家豁免法》第3条第(1)款规定：在与下列情形有关的诉讼中，国家不享有豁免权：

(a) 该国从事的商业交易行为；或

(b) 该国以合同(无论是否属于商业交易)的方式在英国全部或部分履行的义务。[114]

在"澳大利亚和新西兰银行集团诉澳大利亚联邦"案(*Australia and New Zealand Banking Group* v. *Commonwealth of Australia*)[115]中，审理该案件的法院就讨论了第3条第(1)款(a)项的适用范围。该案件是由1985年国际锡理事会的破产引起的。随之通过各种途径产生了大量诉讼，目的都是要求确认国际锡理事会(它自己是一个国际组织，具有独立的人格)的成员国自身可以对该组织的债务承担责任，不过遭到了有关国家的强烈反对。在该案件中，那些经纪人和银行要求国际锡理事会的成员国对因为虚假陈述和欺诈交易引起的损失承担侵权责任。

被告辩称，就第3条第(1)款而言，有关行为不仅必须是该法意义上的商业行为，而且还必须是"除了行使主权权力以外"所从事的行为。埃文斯法官(Evans)认为：在实践中，这两个术语之间几乎没有区别。[116] 被告还辩称，"行为"这个术语不仅仅指的是单独 720
一个行为或一连串的行为，还有其他的意思。埃文斯法官并没有支持这个观点。不过，他的确强调指出：必须从整个案情对有关行为进行考察。对该案件的判决认为：在该案件中，讨论的贸易合同和贷款合同都是商业行为；并且，如果能够证明国际锡理事会的成员国授权进行这种行为，这种授权行为就等于是第3条意义上的商业行为。[117] 然而，在实践中，由国家从事的商业行为和披着主权权力外衣而从事的行为之间是很难作出区分的。在"AIC有限公司诉尼日利亚案"(*AIC Ltd* v. *Nigeria*)中，高等法院判决认为：申请

---

[113] *Alcom* v. *Republic of Colombia* [1984] 2 All ER 6, 10; 74 ILR, p. 183.

[114] 注意：根据第3条第(3)款的规定，第3条第(1)款对于国家和个人之间签订的雇佣合同不适用。

[115] 1989，副本，pp. 52 ff.

[116] *Ibid.*, p. 54.

[117] *Ibid.*, pp. 56—7.

执行外国判决的诉讼本身并不是关于商业交易的诉讼，即使该外国判决涉及关于商业交易的诉讼，因此不能适用豁免例外规则。[118] 在“KJ 国际公司诉奥斯卡·朱庇特号案”(*KJ International* v. *MV Oscar Jupiter*)中，南非最高法院判决认为：商业交易不一定是具有商业目的的交易；当一艘船已经被罗马尼亚政府移交给一家公司，而该公司随后又把它移交给另一家公司时，后者的行为就不能被视为是该国政府的商业交易。因此，基于这个理由，并没有发生豁免权丧失的情况。然而，由于罗马尼亚政府向摩尔多瓦政府移交该船只，并让后者运营以便获利，这的确构成了商业交易，因此就丧失了豁免权。[119] 在“瑞典石油勘探公司诉立陶宛案”(*Svenska Petroleum* v. *Lithuania*)中，上诉法院强调指出：《国家豁免法》第 3 条规定要求在商业交易和一国在行使主权权力过程中达成的交易之间作出区分(与《联合国管辖豁免公约》第 2 条第 1 款第 c 项的内容实际上完全一样，而且被公认为是反映现在有关这个问题的国际思维[120])，这并不是一件容易的事情。[121] 该法院判决认为：第 3 条是处理法院司法管辖权的众多条款之一，因此在那种情况下，把该条款解释为针对的是诉讼的主题，而不是产生法律关系的渊源，是很自然的事
721 情。[122] 因此，在申请执行仲裁裁决的诉讼中，立陶宛政府不享有豁免权。

在“麦克莱恩·沃森诉贸易和产业部”案[123]中，上诉法院讨论了第 3 条第(1)款(b)项的范围。在该案件中，经纪人和银行对国际锡理事会成员国就该国际组织因合同债务引起的责任提起了直接诉讼。法院认为：该款项中的“合同”一词不一定指国家所签订的合同。第 3 条第(1)款(b)项并没有对该词的含义作出界定。因此，在原告特别援引[124]的具有担保性质的二级责任中，成员国是不能享有豁免的。在对成员国提起更为困难的侵权诉讼中[125]，法院也采纳了这种观点。在这种情况中，有关债务是成员国产生的侵权之债，它们通过授权或获取虚假陈述引诱有关债权人与另一方(即国际锡理事会)签订合同。[126]

---

[118] [2003] EWHC1357; 129 ILR, p. 571. 在下面这个案件中，这得到了上诉法院的批准，参见：*Svenska Petroleum* v. *Lithuania* [2006] EWCA Civ 1529, para. 137.

[119] 131 ILR, p. 529.

[120] 援引了宾厄姆勋爵在下面这个案件中的意见：*Jones* v. *Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, para. 8，以及参见下文，第 725 页。

[121] [2006] EWCA Civ 1529, paras. 132—3.

[122] *Ibid.*, para. 137.

[123] [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, p. 49.

[124] [1988] 3 WLR 1104-5(克尔法官)以及 1130(诺斯法官); 80 ILR, pp. 119, 148.

[125] *Australia and New Zealand Banking Group* v. *Commonwealth of Australia*, 1989, 副本, pp. 57—9.

[126] 应当注意的是：埃文斯法官只是在这一点上的判决是存有相当的犹豫和勉强的，*ibid.*, p. 59.

美国1976年的《外国主权豁免法》第1603条第(d)款把"商业行为"定义为"一个经常的商业行为过程或一个具体的商业交易或行为"。而且,还应当注意的是:决定某个行为的商业性质是行为的性质,而不是行为的目的。美国的法院认为:购买食物[127]、水泥[128]、政府主管文艺的部门根据美国主办方的邀请派遣剧团在美国演出的行为[129]以及国家航空公司的行为[130]都是商业行为。

外国政府的财政部门发行金融票据的行为也被认为是商业行为,但那些因为时间的流逝而超过诉讼时效的行为不能得到恢复或变更。[131] 722

"卡列乔诉(墨西哥)班科梅尔银行"案(*Callejo* v. *Bancomer*)[132]是关于一家墨西哥银行拒绝兑现存折的案件。在该案件中,审理该案件的地区法院驳回了诉讼,因为该银行是墨西哥政府的一个机构,因此享有主权豁免。不过,上诉法院根据国家行为理论审理了该案件,因为在上诉法院看来,需要对完全在外国领土上实施的主权行为进行调查。在其他案件中,美国法院以主权豁免为依据对墨西哥银行根据墨西哥颁布的控制外汇的法律后实施的行为进行了审查。[133] 然而,在"阿根廷共和国诉韦尔托弗公司"案(*Republic of Argentina* v. *Weltover Inc.*)[134]中,联邦最高法院认为:发行政府债券的行为是商业行为,而且对如何支付这些债券单方面重新制定支付时间表的行为也是商业行为。该法院

---

[127] 例如参见:*Gemini Shipping* v. *Foreign Trade Organisation for Chemicals and Foodstuffs* 63 ILR, p. 569 以及 *ADM Milling Co.* v. *Republic of Bolivia* 63 ILR, p. 56.

[128] *NAC* v. *Federal Republic of Nigeria* 63 ILR, p. 137.

[129] *United Euram Co.* v. *USSR* 63 ILR, p. 228.

[130] *Argentine Airlines* v. *Ross* 63 ILR, p. 195.

[131] *Schmidt* v. *Polish People's Republic* 742 F. 2d 67 (1984). 也可以参见:*Jackson* v. *People's Republic of China* 596 F. Supp. 386 (1984); *Amoco Overseas Oil Co.* v. *Compagnie Nationale Algérienne* 605 F. 2d 648 (1979); 63 ILR, p. 252 以及 *Corporacion Venezolana de Fomenta* v. *Vintero Sales* 629 F. 2d 786 (1980); 63 ILR, p. 477.

[132] 764 F. 2d 1101 (1985). 也可以参见 *Chisholm* v. *Bank of Jamaica* 643 F. Supp. 1393 (1986); 121 ILR, p. 487. 注意:在"多尔食品公司诉帕特里克森案"(*Dole Food Co.* v. *Patrickson*)中,美国最高法院在2003年4月22日的判决中认为,要成为《外国主权豁免法》中规定的"各种部门分支机构",有关的外国必须自身拥有公司的大部分股份。间接的子公司并不能享有豁免,因为这种公司并非属于该法意义上的"其股份或其他所有权利益的多数被外国国家或其政治区分单位拥有的"的情形(参见第1603条第(b)款第(2)项),因此就不享有各种部门分支机构的地位。只有直接的所有权才符合该法规定的条件。该条款中规定的是"股份"的所有权,表明国会的意图是采取正式的公司所有权,公司和它的股东是不同的实体。而且,各种部门分支机构的地位是在对申请予以立案之时起决定的,参见:Case No. 01-593, pp. 4—8.

[133] 例如参见:*Braka* v. *Nacional Financiera*, No. 83-4161 (SDNY 9 July, 1984) 以及 *Frankel* v. *Banco Nacional de Mexico*, No. 82-6457 (SDNY 31 May, 1983) cited in 80 AJIL, 1986, p. 172, note 5.

[134] 119 L Ed 2d 394 (1992); 100 ILR, p. 509.

指出:有关法律在很大程度上并没有对"商业"一词进行界定,而且,该定义与其在限制豁免理论中的定义有关,特别是与"艾尔弗雷德·邓希尔公司诉古巴共和国案"中所讨论的定义。[135] 因此,"当外国政府并非以市场调控者身份、而以市场中私人参与者的身份行为时,该外国主权者的行为就是《外国主权豁免法》意义中的'商业行为'……问题就是:外国国家实施的具体行为(无论其背后的动机是什么)是否就是私人当事方从事
723 '贸易、交通或商业'等这类行为"。在该案中,有关债券是可以由私人持有、并可以在国际市场上流通和交易的债务凭证。[136] 在"格瓦拉诉秘鲁案"(*Guevera* v. *Peru*)中,第十一巡回上诉法院遵循了这种做法,判决认为:外国为了获取有关逃犯的信息,作为交换而提供悬赏奖励的邀请属于国家豁免中的"商业行为"例外。[137]

美国法院的判例认为,海地购买军事装备为其军队使用[138]以及外国士兵在美国接受军事训练的协议不属于商业行为。[139] 而且,索马里参与国际发展署项目的行为属于公共或政府行为[140];另外,当在美国发行的有关期刊属于苏联政府的官方出版物时,在上面刊登诽谤内容的行为也不构成商业行为。[141] 第1604条第(a)款第4项还规定了豁免的另外一个例外,即"争议的是位于美国的不动产上的权利"时。在"印度常驻美国使团诉纽约市案"(*Permanent Mission of India to the US* v. *City of New York*)中,联邦最高法院判决认为,该款项对纽约市为了对印度和蒙古政府拥有的不动产建立税收留置权而提起的诉讼规定了管辖权。[142]

不过,美国法院审理的许多案件的核心问题是第1605条第(a)款所规定的管辖权条件。根据该款规定,当提起的诉讼是以外国国家在美国实施的商业行为、在美国实施的与外国国家在其他地方实施的商业行为有关的行为、或在美国领土以外实施的与外国国家 在其他地方实施的商业行为有关的行为为依据,并在美国引起直接后果时,该外国国

---

[135] 425 US 682 (1976); 66 ILR, p.212. 在本案中,多数意见认为,只有当作为私人的公民也能够行使的那些权力时才可以说该外国是在从事商业行为,425 US 704.

[136] 119 L Ed 2d 394, 405; 100 ILR, p.515. 在下面案件中得到重申:*Saudi Arabia* v. *Nelson* 123 L Ed 2d 47, 61 (1993); 100 ILR, pp.545, 553.

[137] DC Docket No. 04-23223-CV-MGC, 1 November 2006.

[138] *Aerotrade Inc.* v. *Republic of Haiti* 63 ILR, p.41.

[139] *Castro* v. *Saudi Arabia* 63 ILR, p.419.

[140] *Transamerican Steamship Corp.* v. *Somali Democratic Republic* 590 F. Supp. 968 (1984) and 767 F. 2d 998. 这是以1976年该法律的立法历史作为基础的,参见:the H. R. Rep. No. 1487, 94th Cong., 2d Sess. 16 (1976).

[141] *Yessenin-Volpin* v. *Novosti Press Agency* 443 F. Supp. 849 (1978); 63 ILR, p.127. 也可以参见:Schreuer, *State Immunity*, pp.42—3, 其中提供了一系列关于判断商业交易的标准。

[142] 127 S. Ct. 2352 (2007).

家就不享有豁免。[143] 724

例如,在"泽丹诉沙特阿拉伯王国"案(*Zedan* v. *Kingdom of Saudi Arabia*)[144]中,审理该案件的美国上诉法院在讨论了第1605条第(a)款第(2)项的范围后强调指出:发生在美国的有关商业行为必须是重大的商业行为,因此,作为后来原告在沙特工作的后续行为的第一步,即在美国拨打电话的行为,不足以构成商业行为。当在美国实施与外国国家在其他地方实施的商业行为有关的行为时,这种行为本身必须足以构成诉因的基础[145],而是否构成在美国以外实施的与外国国家在其他地方实施的商业行为有关的行为所引起的直接后果则需要很高的标准。就像有关法院指出的那样[146],想要适用该项规定,"法律上意义重大的某些行为必须实际上已经发生在美国境内"。[147] 然而,在"阿根廷共和国诉韦尔托弗公司"案[148]中,审理该案件的法院驳回了第1605条第(a)款第(2)项中暗含规定重大条件或可预见条件的观点,转而支持了上诉法院的观点,即:如果被告的行为立即产生后果,就可以认定行为的后果是直接的。[149] 在该案中,被上诉人已经指定其在纽约的账户作为支付地点,而且在作出重新制定支付时间表的决定之前阿根廷已经向它们支付了部分利息,因此,这已经足够了。

《联合国管辖豁免公约》第10条规定,一国如与外国自然人或法人(而不是另一国)进行"商业交易",而根据国际私法适用的规则,有关该商业交易的争议应由另一国法院管辖,则不存在豁免,除非该商业交易的当事方另有明确协议。但是,当国家企业或国家 725
所设其他实体具有独立的法人资格,并有能力起诉或被诉,以及获得、拥有或占有和处置

---

[143] 例如参见:*International Shoe Co.* v. *Washington* 326 US 310 (1945); *McGee* v. *International Life Insurance Co.* 355 US 220 (1957); *Libyan-American Oil Co.* v. *Libya* 482 F. Supp. 1175 (1980); 62 ILR, p. 220; *Perez et al.* v. *The Bahamas* 482 F. Supp. 1208 (1980); 63 ILR, p. 350 and *Thos. P. Gonzalez Corp* v. *Consejo Nacional de Produccion de Costa Rica* 614 F. 2d 1247 (1980); 63 ILR, p. 370, aff'd 652 F. 2d 186 (1982).

[144] 849 F. 2d 1511 (1988).

[145] *Ibid.* 注意:最高法院在下面案件中认为,该条款中所谓的"基础",是指"某项请求的那些要素,这种要素如果能够得到证明的话,将使原告有权根据他对案件的理解而获得救济",*Saudi Arabia* v. *Nelson* 123 L Ed 2d 47, 58—9; 100 ILR, pp. 545, 550—1.

[146] 849 F. 2d 1515.

[147] 援引了下面案件:*Transamerican Steamship Corp.* v. *Somali Democratic Republic* 767 F. 2d 998, 1004, 在该案件中,法院认定,要求索马里政府的代理机构在美国进行支付以及进行实际的银行转账是足够的;以及 *Texas Trading & Milling Corp.* v. *Federal Republic of Nigeria* 647 F. 2d 300, 312; 63 ILR, pp. 552, 563, 在该案件中,法院认定,拒绝向资金受到损失的申请人支付由美国一家银行开出的在美国可支付的信用证是足够的。

[148] 119 L Ed 2d 394 (1992); 100 ILR, p. 509.

[149] 119 L Ed 2d 407; 100 ILR, p. 517, 援引了941 F. 2d at 152.

财产,包括国家授权其经营或管理的财产,则当其卷入与其从事的商业交易有关的诉讼时,该国享有的管辖豁免不应受影响。

《公约》第2条第(1)款第c项规定:"商业交易"一词是指:

(一)为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易;

(二)任何贷款或其他金融性质之交易的合同,包括涉及任何此类贷款或交易的任何担保义务或补偿义务;

(三)商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易,但不包括雇用人员的合同。[150]

雇佣合同

1978年的《国家豁免法》第4条第(1)款规定,在有关国家和个人之间在英国签订的、全部或部分在英国工作的雇佣合同诉讼中,国家不享有豁免。[151] 如在诉讼时,该人是该国国民[152];或在签订合同时,该人既不是英国国民、也不是在英国有惯常居所的人;或合同当事方以书面形式在合同中有相反约定时,该条款就不适用。不过,这些条款均不适用于使馆或具有领事职位的成员。[153] 这严重削弱了第4条第(1)款的效力。[154] 已经有大量案件涉及豁免和雇佣合同,特别是关于在外国使馆中的雇佣合同。例如,"森古
726 普塔诉印度共和国"案(*Sengupta* v. *Republic of India*)是在1978年该法律颁布之前一个重要的判例。在该案件中,职业上诉法庭以习惯法为依据认定:在关于雇佣合同的争议中,必须赋予豁免,因为有关使团的工作属于主权行为的一种形式。[155]

其他国家的立场各不相同。例如,在"美利坚合众国诉加拿大公共服务联盟及其他(《加拿大劳动法典》)案"中,法院判决认为:由于与外国军事基地建立的劳动关系并不

---

[150] 关于该条款早期的草案,参见:Report of the International Law Commission, 1991, pp. 13 and 69; 以及 *Yearbook of the ILC*, 1986, vol. II, part 2, p. 8.

[151] 例如参见:H. Fox, "Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune?", 66 BYIL, 1995, p. 97, 以及 R. Garnett, "State Immunity in Employment Matters", 46 ICLQ, 1997, p. 81.

[152] 例如参见:*Arab Republic of Egypt* v. *Gamal Eldin* [1996] 2 All ER 237.

[153] 第16条第(1)款a项。

[154] 例如参见:*Saudi Arabia* v. *Ahmed* [1996] 2 All ER 248; 104 ILR, p. 629.

[155] 65 ILR, p. 325. 也可以参见:*Military Affairs Office of the Embassy of the State of Kuwait* v. *Caramba-Coker*, EAT 1054/02/RN, Employment Appeals Tribunal (2003) 以及 *Aziz* v. *Republic of Yemen* [2005] EWCA Civ 745.

是商业行为,因此在劳动法庭的诉讼中,美国有权享受主权豁免。[156] 但是,在"挪威大使馆诉瓜特里"案(*Norwegian Embassy* v. *Quattri*)中,意大利最高法院却指出:雇佣合同方面出现了限制豁免的一种国际趋势。该法院认为:根据习惯国际法是应当给予豁免的,但这只限于在行使外国国家公法职能中作出的行为。因此,外国国家以私人身份根据接受国国内法所实施的行为是不能享有豁免的。可以举出这个方面的一个例子,例如当雇员的关税对于外国公法实体只具有辅助、而不是固有性质时所产生的雇佣纠纷。[157] 在"巴伦登诉美国"案(*Barrandon* v. *USA*)中,法国最高法院(1992 年)和后来的凡尔赛上诉法院(1995 年)都认为:豁免是一种特权,但是,这种特权并非得到法国所缔结的国际条约的保证,而只能通过认为自己有权享有豁免的国家的援引。管辖豁免只限于那些主权权力的行为(公共权限)或以服务公共利益为目的而从事的行为。在该案中,原告是一位在美国大使馆内工作的护士和医务秘书,其履行职责的目的显然是服务于被告国的公共利益,因此应当适用豁免。[158] 然而,在上诉中,最高法院(1998 年)推翻了该判决,转而认为:对于服务大使馆的公共利益来说,她的工作任务并没有任何特殊责任,因此解 727
雇她只是一个普通的行政行为,因此也就不应当适用豁免。[159] 可见,在这个方面的实践是不一致的。在国家豁免与雇佣情形下,许多国家的法院支持豁免的请求[160],而其他国家的法院则驳回这种请求。[161]

其他非豁免领域

在侵权行为的情形下,国内的和国际的文件都是禁止主权豁免的。[162] 例如,1972 年

---

[156] (1992) 91 DLR (4th) 449; 94 ILR, p. 264.

[157] 114 ILR, p. 525. 也可以参见:*Canada* v. *Cargnello* 114 ILR, p. 559. 也可以参见许多德国判例,都认为那些属于外国主权行为核心范围部分的雇佣职能享有豁免,其他的则不享有,参见:*X* v. *Argentina* 114 ILR, p. 502; the *French Consulate Disabled Employee* case, 114 ILR, p. 508 以及 *Muller* v. *USA* 114 ILR, p. 513.

[158] 113 ILR, p. 464.

[159] 116 ILR, p. 622. 该案件被交由上诉法院判决。

[160] 例如参见:the *Brazilian Embassy Employee* case, 116 ILR, p. 625(葡萄牙最高法院)以及 *Ramos* v. *USA* 116 ILR, p. 634(里斯本高等法院)。

[161] 例如参见:*Landano* v. *USA* 116 ILR, p. 636(日内瓦劳动法院);*Nicoud* v. *USA* 116 ILR, p. 650(日内瓦劳动法院);*M* v. *Arab Republic of Egypt* 116 ILR, p. 656(瑞士联邦法庭);*R* v. *Republic of Iraq* 116 ILR, p. 664 (瑞士联邦法庭);*Francois* v. *State of Canada* 115 ILR, p. 418(布鲁塞尔劳动法院);*Kingdom of Morocco* v. *DR* 115 ILR, p. 421(布鲁塞尔劳动法院);*De Queiroz* v. *State of Portugal* 115 ILR, p. 430(布鲁塞尔劳动法院);*Zambian Embassy* v. *Sendanayake* 114 ILR, p. 532(意大利最高法院);以及 *Carbonar* v. *Magurno* 114 ILR, p. 534(意大利最高法院)。

[162] 例如参见:Schreuer, *State Immunity*, chapter 3.

的《欧洲国家豁免公约》第 11 条就规定:"对人身造成的伤害或对有形财产造成的损害的赔偿,如果造成伤害或损害的事实发生在法院地国领土境内,并且造成伤害或损害的人在那些行为发生时就在该领土之内",则不享有豁免。

英国《国家豁免法》第 5 条规定:在英国境内实施的作为或不作为造成死亡或人身伤害,或对有形财产造成损害或损毁的诉讼中,国家不得享有豁免。[163] 美国 1976 年的《外国主权豁免法》第 1605 条第(a)款第(5)项尽管内容基本上是一样的,但却规定了例外。这些例外包括国家行使具有自由裁量性质的职责情形,以及因为恶意追诉、滥用程序、诽谤、侮辱、虚假陈述、欺诈或干涉合同权利而产生的赔偿请求。在"莱特利尔诉智
728 利"案[164]中,法院驳回了认为在该法中侵权例外只是针对私人行为的主张,判决它可以适用于政治暗杀情形。[165]

英国该法律第 6 至 11 条详细规定了非豁免领域广泛的剩余情形,包括有关不动产的诉讼(第 6 条)[166],除非有关诉讼涉及国家为使馆使用的目的而拥有财产的资格或权利[167];专利、商标、设计、植物育种权或版权(第 7 条);关于国家成为法人团体、非法人团体或合伙的成员的诉讼,而这些法人团体、非法人团体或合伙除了国家之外还有其他的成员,并且这些法人团体、非法人团体或合伙是根据英国法设立或成立、其主要营业地在英国、或受到该主要营业地机构的控制(第 8 条);国家以书面形式提交仲裁以及在英国法院中进行的与该仲裁有关的诉讼(第 9 条);关于以商业目的使用或计划使用的国有船只的海事诉讼(第 10 条);以及关于各种税收责任,例如增值税责任(第 11 条)等引起的诉讼。加上其他国家法律中一般相同的条款[168],上述条款说明:在主权豁免情形下,尽管仍然存在对主权行为的界定问题,但这个概念在实践中正在受到越来越大的限制。

---

〔163〕 也可以参见加拿大 1982 年《国家豁免法》第 6 条、南非 1981 年《外国主权豁免法》第 6 条、新加坡 1979 年《国家豁免法》第 7 条和澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》第 13 条。还可以参见《联合国管辖豁免公约》第 12 条。

〔164〕 488 F. Supp. 665 (1980); 63 ILR, p.378.

〔165〕 注意:在下面这个案件中,希腊最高特别法院判决认为,根据习惯国际法,当外国国家武装部队参与在一国领土上实施侵权行为时,该外国国家就该侵权行为继续享有豁免,参见:*Margellos* v. *Federal Republic of Germany*, 129 ILR, p.526. 还可以参见《欧洲国家豁免公约》第 31 条。还可以参见:the *Distomo Massacre* case, 129 ILR, p.556.

〔166〕 在不是直接对国家提起诉讼的情形中,公司的清算并不受豁免的保护,参见:第 6 条第(3)款以及 *Re Rafidain* [1992] BCLC 301; 101 ILR, p.332.

〔167〕 第 16 条第(1)款 b 项。

〔168〕 例如参见美国 1976 年《外国主权豁免法》第 1605 条以及澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》第 10—21 条。特别需要注意的是:美国的该法律中还包括了以违反国际法的方式征收财产时的豁免例外,第 1605 条第(a)款第(3)项,这在其他国家的国内法中是不存在的。

豁免主体资格问题——国家机构与国家的组成部分[169]

无论是适用绝对理论还是相对理论，最关键的因素是如何判断享有豁免的实体问题。如果从一般含义来看，该实体并非国家机构的组成部分，那么就不可能出现豁免问题。在"特兰德克斯贸易有限公司诉尼日利亚中央银行"案[170]中，肖法官(Shaw)告诫 729
说：不要轻易认定享有豁免，特别是政府职能正在变得越来越多的今天，因为认定享有豁免将导致对另一方非常不利的后果。

不过，政府部门是有权享有豁免的，即使根据该国的国内法，该政府部门具有独立的法律人格。[171] 在"特兰德克斯"案中，法官们详细讨论了这个问题。该案判决强调指出：应当考察所有的案情。在"巴库斯有限责任公司诉国家小麦服务部"案[172]中，有关公司享有独立法律人格引起了法官的注意。唐纳森法官(Donaldson)和丹宁(Denning)法官分别在初审和上诉审中强调了这一点。[173] 在分析一个机构是否是一个公司以及是否是政府的一个组成部分时，产生了适用哪个国家的法律问题。每个国家可能都有规范公司的规则，同样，也可能都有关于规范其政府部门的规则。英国只能因此同意外国法的规定吗？在"巴库斯"案中，法院的多数意见认为：在解决涉及公司以及公司是否享有豁免这样的问题时，只能通过外国法来进行，并且，从某种程度上来说，这也被"特兰德克斯"案的判决所确认。肖法官宣布："尼日利亚的公司章程以及权限必须根据尼日利亚的国内法来判断。"[174]但是，该法院又说：有关实体的国际地位必须根据产生该实体地位问题的该国法律来确定。该法院必须判断尼日利亚的该银行是否属于英国法所理解的政府部门。[175] 该法院还指出：在英国法和外国法出现重大分歧的情况下，就会考虑这一点。但是，该法院认为，"特兰德克斯"案并非属于这种情形。

不能把英国法占有首要地位理解成在涉及国家是否给予豁免问题时就一律适用英国法院的判决。这最多只能是作为一种大致的指导，实际上需要根据每个案件的具体情形来判断。如果根据外国法的规定不能得出结论性意见，外国政府的态度也并非是结论性的。也就是说，它只能是需要考虑的一个因素而已，但仅仅考虑这个因素是不够的。

---

[169] 例如参见：Schreuer, *State Immunity*, chapter 5.

[170] [1977] 2 WLR 356, 383; 64 ILR, pp. 122, 147.

[171] *Baccus SrL* v. *Servicio Nacional del Trigo* [1957] 1 QB 438; 23 ILR, p. 160.

[172] [1957] 1 QB 438, 467.

[173] [1977] 2 WLR356, 370; 64 ILR, p. 133.

[174] [1977] 2 WLR 356, 385; 64 ILR, p. 149.

[175] [1977] 2 WLR 356, 385; 64 ILR, p. 175.

730 在这一点上，该法院遵循了“克拉季娜诉塔斯社”案[176]的判决。它还指出：包括高级专员在内的尼日利亚官员所提供的关于该银行是政府机构的证据并非是结论性的。这是因为，那些官员可能是根据政府控制的标准得出的结论，而本国的法院（指英国——译者注）并不认为该标准是决定性的。[177]

政府在设立和规范某个实体时的立法意图以及对其的控制程度更加重要。斯蒂芬森法官（Stephenson）实际上就是根据这一点作出判决的。不一定要求设立该银行的法律中有明确条款规定该银行是政府的组成部分，但该银行却必须证明：1958 年的《尼日利亚中央银行法》以及日后的法令都具有暗含该银行是尼日利亚国家机构组成部分的意图。由于该银行未能如此举证，因此斯蒂芬森法官就受理了该上诉案件。[178] 可以认为，该法官过于强调这个方面，特别是该法院采取的总体做法是职能标准而非人格标准。在许多方面，斯蒂芬森法官也是通过一种稍微不同的视角来审查该银行的性质的。他在考察了该实体的权限和职责后，认为其不享有豁免，因为其未能充分证明政府设立该银行的目的是为了将其作为自己的组成部分。其他法官则关注的是表明该银行本身具有政府地位的职能。

该法院显然将职能标准作为判断主权豁免的关键标准。在这一点上，它采取了一种比较现代的做法。该做法已经预示着一种重心的转变，即法院不再强调要求豁免的实体的人格，转而强调某个具体事项的性质。这种职能标准考察的是该实体的权限、职责以及在宪法和行为框架内对其的控制程度。

在遇到这种模棱两可的困难案件中，肖法官提出的建议应当受到欢迎。他指出：

> 当在模棱两可的情形下难以判定地位时，如果没有任何积极的迹象显示设立有关机构的目的是为了使其拥有主权地位以及特权，那么就必须推定其不享有这种地
731 位，或无权享有那些特权。[179]

在“恰尔尼科夫糖业有限公司诉（波兰）绿带公司”案（*Czarnikow Ltd.* v. *Rolimpex*）[180]中，上议院支持仲裁员作出的裁决，即：尽管绿带公司是由波兰政府设立的，并且也受到波兰政府的控制，但它与该政府的联系并非像该国的机构或部门那样紧密。它具有独立的法律人格，并且在日常的商业行为方面具有相当大的自由。

---

[176] [1949] 2 All ER 274.

[177] [1977] 2 WLR 356, 370 and 374; 64 ILR, p. 137, 139.

[178] [1977] 2 WLR 356, 374—6. 也可以参见肖法官的意见，*ibid.*, p. 384; 64 ILR, p. 149.

[179] *Ibid.*

[180] [1979] AC 351, 364（威尔伯福斯勋爵的意见）以及 367（迪尔霍恩子爵的意见）。

根据1978年的《国家豁免法》第14条第(1)款的规定,"国家"包括君主或其他以其公共身份出现的国家元首[181]、政府和该政府的任何部门,但不包括"独立于该国政府行政机构、并且能够起诉和被诉的"任何实体。这在某种程度上修改了"巴库斯"案和"特兰德克斯"案的判决。只有当诉讼涉及在"行使主权权力"中所从事的行为,并且在该情形下国家也是享有豁免时,这样一个独立的实体才能享有豁免。[182] 在判断这种情形时,必须考察所有相关的情形。[183] 在"科威特航空公司诉伊拉克航空公司"案中,在讨论伊拉克航空公司("伊航")的地位时,上议院从整体上分析了有关交易,认为能够对各种因素作出区别,并且能够对其作出不同处理。简单地说,伊拉克在1990年入侵科威特后,根据伊拉克政府发布的命令,原告("科航")的飞机被伊航占有。伊拉克革命指挥委员会[184]第369号决议声称解散科航,并将其所有的资产转移给伊航。从那时起,伊航就将科航的飞机作为其自己的飞机。现在的问题是,刚开始时政府所采取的没收行为是否意味着伊航也有权主张豁免。上议院的判决认为是不可以的。一旦第369号决议生效,整个案情就发生了转变,就不再可以适用豁免,因为持有和使用飞机并非属于其行使主权权力中从事的行为。尽管没收财产的行为属于主权行为,但这不能决定以后发生的持有和使用行为的性质。[185]

美国1976年的《外国主权豁免法》第1603条规定:"外国"包括该国的政治组成部分及其代理机构或各种部门分支机构。该定义指的是具有独立法人资格、是外国国家机 732
构或其政治区分单位,或其股份或其他所有权利益的多数被外国国家或其政治区分单位拥有、并且既不是美国任何一个州的公民也不是根据任何第三国的法律所创设的任何实体。[186] 人格问题已经带来了问题,并且产生了一些复杂的判例。[187]

例如,在"第一国家城市银行诉古巴对外商业银行"案(*First National City Bank* v.

---

[181] 进一步参见下文,第735页。

[182] 第14条第(2)款。

[183] 例如参见:*Holland* v. *Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573.

[184] 基本上就是伊拉克政府。

[185] [1995] 1 WLR 1147, 1163(戈夫勋爵的意见)。比较马斯蒂尔勋爵的意见(at 1174),他认为需要从整体上来看待案情,因此,豁免还是存在的。

[186] 例如参见:*Gittler* v. *German Information Centre* 408 NYS 2d 600 (1978); 63 ILR, p.170; *Carey* v. *National Oil Co.* 453 F. Supp. 1097 (1978); 63 ILR, p.164 以及 *Yessenin-Volpin* v. *Novosti Press Agency* 443 F. Supp. 849(1978); 63 ILR, p.127. 也可以参见:Sinclair, "Sovereign Immunity", pp.248—9 and 258—9. 另外,需要注意1972年《欧洲国家豁免公约》第6条和第7条。

[187] 也可以参见《联合国管辖豁免公约》第2条第(1)款第b项,参见上文,第725页。

Banco Para el Comercio Exterior de Cuba(*Bancec*))[188]中,最高法院建议:应当推定国家的各种实体具有独立性,据此应当承认它们享有独立的法律人格,除非可以适用的公平原则要求作出相反的认定或母实体完全控制了子实体以致于其成了母实体的代理人。[189]

"普洛彭德金融财产有限公司诉辛格"案(*Propend Finance* v. *Sing*)就讨论了《国家豁免法》第14条第(1)款中"政府"一词的含义。上诉法院认为,它必须对该词进行广义解释,特别是,应当在主权权力的范畴内理解该词。因此,"政府"一词不仅仅指的是英国法中其他范畴内通常所指的英国政府这个含义。尤其是,也应当把警察履行职责的行为看作政府活动的组成部分。而且,外国单个雇员或官员也有权享有国家本身所应当享有的同样保护。这样,该法院认为:该案中的被告,即澳大利亚联邦警察的负责人和专员,享有国家豁免。[190] "P(第二)"案(*Re P* (*No. 2*))再次确认外国代理人实施的具有主权或政府性质的行为享有豁免。该法院承认,生活在英国的该外交代表的家属被除名以
733 及在结束外交代表使命后回到美国是在直接执行政府的命令。因此,这属于具有政府性质的行为,从而享有国家豁免。[191] 在"琼斯诉沙特阿拉伯"案(*Jones* v. *Saudi Arabia*)中,上议院推翻了上诉法院的判决,认为"有大量权威证据证明……外国国家有权为自己的公务员主张豁免,就像如果它自己被诉时自己可以主张豁免一样。不可以通过起诉外国国家的公务员或工作人员来巧妙剥夺外国国家具有的豁免权"。[192]

在过去引起争议的一个特别问题是有关联邦国家构成单位的地位问题。[193] 在这种情形中,存在要求豁免[194]和拒绝豁免[195]的案件。在"梅林杰诉新不伦瑞克发展公司"案(*Mellenger* v. *New Brunswick Development Corporation*)[196]中,丹宁勋爵强调指出:由于根据

---

[188] 462 US 611 (1983); 80 ILR, p. 566.

[189] 也可以参见:*Foremost-McKesson Inc.* v. *Islamic Republic of Iran* 905 E2d 438 (1990).

[190] 111 ILR, pp. 611,667—71.

[191] [1998] 1 FLR 1027, 1034—5; 114 ILR, p. 485. 也可以参见:C. Barker, "State Immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action", 47 ICLQ, 1998, p. 950.

[192] [2006] UKHL 26, para. 10(宾厄姆勋爵的意见);129 ILR, p. 717。这适用于对诸如国家公务员、代理人员、官员或职务人员等实施的行为,同上。

[193] 例如参见:I. Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, London, 1973, pp. 121 ff. 以及 Sucharitkul, *State Immunities*, p. 106.

[194] 例如参见:*Feldman c. Etat de Bahia*, *Pasicrisie Belge*, 208, II, 55; *Etat de Céara c. Dorr et autres* 4 AD, p. 39; *Etat de Céara c. D'Archer de Montgascon*, 6 AD, p. 162 以及 *Dumont c. Etat d'Amazonas* 15 AD, p. 140. 也可以参见:*Etat de Hesse c. Jean Neger* 74 *Revue Générale de Droit International Public*, 1970, p. 1108.

[195] 例如参见:*Sullivan* v. *State of Sao Paulo* 122 F. 2d 355 (1941); 10 AD, p. 178.

[196] [1971] 2 All ER 593, 595; 52 ILR, pp. 322, 324. 也可以参见:*Swiss-Israel Trade Bank* v. *Salta* 55 ILR, p. 411.

加拿大宪法的规定，

> 每个省政府在其自己的领域内保有皇室下直接的独立和自治……因此，新不伦瑞克省从其自身拥有的权利来看就是一个拥有主权的州，享有它自己想要的主权豁免的请求权。

不过，1972 年的《欧洲国家豁免公约》第 28 条规定，组成联邦国家的州并不享有豁免，不过，这项一般原则受到其他条款的限制，即：作为联邦国家的缔约国可以通知的形式宣布组成它们的州可以要求豁免，并且执行该公约下的义务。[197]

《国家豁免法》遵循了这种模式，据此联邦国家的组成单位无权享有豁免。然而，第 734
14 条第(5)款规定，该法可以适用于“枢密院具体命令所指的联邦国家的组成领土”。[198] 在枢密院没有作出这种具体命令的情形下，只有当任何此种“组成领土”符合第 14 条第(2)款的情形，即是在行使主权权力、并符合一国也有权享有豁免的情形的独立实体时，其才能享有豁免。[199] 虽然因此可以说，这个事情需要由该法在具体案件中确定，但第 16 条第(4)款规定，该法第一部分不适用于刑事诉讼。在“阿拉米耶塞加诉皇家检察处”案(*Alamieyeseigha* v. *CPS*)中，法院并不同意巴耶尔萨州(Bayelsa)这个尼日利亚联邦组成单位以及该州州长有权对刑事诉讼享有豁免的观点(该观点是建立在“梅林杰案”(*Mellenger*)的基础之上的)。[200] 法院之所以作出该决定的关键事实是，巴耶尔萨州在法律上没有权力以自己的名义开展对外关系，因为根据《尼日利亚宪法》的规定，外交只能属于联邦政府。还有一个决定性的证据是，法院提到了英国外交部出具的证明，大意是说，巴耶尔萨州是尼日利亚联邦共和国的组成领土。[201]

值得注意的是，《联合国管辖豁免公约》第 2 条第(1)款 b 项在对国家的定义中包括了“联邦国家的组成单位”。[202] 在这个方面，关于国际锡理事会的诉讼提出了欧洲共同体的地位问题，因为欧共体是创立国际锡理事会的 1982 年《第六国际锡协议》的缔约方。

---

[197] 例如参见：I. Sinclair, “The European Convention on State Immunity”, 22 ICLQ, 1973, pp. 254, 279—80.

[198] 枢密院已经就构成奥地利的领土(SI 1979 no. 457)和构成德国的领土(SI 1993 no. 2809)颁布了命令。该法律也可以延伸适用到非自治领土，例如参见 1979 年的《国家豁免(海外领土)令》(SI 1979 no. 458)和 1985 年的《国家豁免(泽西)令》(SI 1985 no. 1642)。

[199] 例如参见：*BCCI* v. *Price Waterhouse* [1997] 4 All ER 108; 111 ILR, p. 604.

[200] [2005] EWHC 2704.

[201] *Ibid.*, paras. 38 ff.

[202] 还可以参见：Report of the International Law Commission, 1991, p. 13. 注意：国际法协会在 1994 年通过的《修改后的国家豁免公约条款草案》第 1 条将“外国”一词包括该国政府以及与国家不同的不具有法律人格的任何其他国家机构、代理机构以及各种分支部门，并没有专门提到联邦国家的单位。

在"麦克莱恩·沃森诉贸易和产业部案"[203]中,上诉法院认为:欧共体主张享有主权豁免的理由是站不住脚的。该法院承认,欧共体并不是一个国家,因此不能援引1978年的《国家豁免法》,但有人主张,根据普通法的规则,欧共体有权享有与主权豁免类似的豁
735 免。克尔法官称这种说法"完全错误"。[204] 尽管欧共体在国际法中具有人格,并可以行使类似于主权国家所具有的那种权限和职责,但这并不能产生类似的豁免。这是因为,主权豁免是"对法院正常行使管辖权的一种减损,因此,只能在非常明确的情形下才能享有"[205],而该概念本身就是建立在国家平等的基础之上的。1957年的《欧共体条约》以及1965年的《合并条约》本身都没有要求享受一般的豁免权,并且也不存在任何可以要求享受豁免的其他任何基础。[206]

豁免主体资格问题——政府官员的豁免[207]

特别是在国家元首的情形下,就会产生身份豁免问题。这也是最容易产生这个问题的情形。在国际法庭或国内秩序中,就可能遇到这种豁免问题。就第一种情形而言,现任的国家元首和其他政府官员可以接受国际法庭的管辖,这是非常清楚的,当然,这还取决于这种法庭宪章的规定。例如,1919年的《凡尔赛和约》(第227条)、1945年的《纽伦堡国际军事法庭宪章》(第7条)、南斯拉夫和卢旺达战争罪法庭规约(分别是第7条和第6条)、1998年的《国际刑事法院罗马规约》(第27条)以及2002年的《塞拉利昂特别法院规约》(第6条第2款)都明确规定了个人的刑事责任,不论任何官方的地位,包括国家元首在内。在一项关于查尔斯·泰勒(Charles Taylor)提出的豁免请求的决定中,塞
736 拉利昂特别法院重申了这一点。[208]

在国内法院的豁免问题则更为复杂。[209] 第一,在国内法院判断某人是否具有该国

---

[203] [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, p. 49.

[204] [1988] 3 WLR 1107; 80 ILR, p. 122.

[205] *Victory Transport* v. *Comisaria General de Abastecimientos y Transportes* 336 F. 2d 354 (1964), 积极引用了阿克纳法官在下面案件中的意见:*Empresa Exportadora de Azucar* v. *Industria Azucarera Nacional* [1983] 2 LL. R 171,193 以及埃德蒙—戴维斯勋爵在下面案件中的意见:*Io Congreso del Partido* [1983] 1 AC 244, 2 76.

[206] [1988] 3 WLR 1033, 1108—12; 80 ILR, pp. 49, 123. 在这个问题上,诺斯法官和拉尔夫·吉布森法官完全同意克尔法官的意见,ibid., pp. 1131 以及 1158; 80 ILR, pp. 150, 180.

[207] 例如参见: Y. Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, 2004, 以及 A. Borghi, *L'Immunité des Dirigeants Politiques en Droit International*, Geneva, 2003.

[208] Case No. SCSL-2003-01-I, 关于管辖豁免的决定,2004年5月31日,128 ILR, p. 239.

[209] 例如参见在下面这个案件中,英国政府就在法国进行的有关利比亚卡扎菲总统的刑事和民事诉讼管辖豁免问题向欧洲人权法院提交的意见:*Association SOS Attentats* v. *France*, UKMIL, 77 BYIL, 2006, pp. 735 ff.

的国家元首的地位基本上是该人自己国家国内法中的问题。例如,在"菲律宾共和国诉马科斯(第一)"案(*Republic of the Philippines* v. *Marcos* (*No. 1*))[210]中,美国第二巡回上诉法院认为,作为已经被免职的菲律宾前总统马科斯及其夫人,无权主张主权豁免。在另外一个案件,即"大陪审团诉讼,多伊第770号"案(*In re Grand Jury Proceedings*, *Doe No. 770*)[211]中,第四巡回上诉法院认为,国家元首的豁免基本上是国家主权的性质,而不是一项个人的权利,因此,应当完全承认菲律宾政府撤销马科斯一家的豁免的决定。而且,受理案件的国家行政机关的态度也是相关的。[212] 在"美国诉诺列加"案(*US* v. *Noriega*)[213]中,审理该案件的地区法院注意到,国家元首的豁免来自习惯国际法,但如果想要主张这种豁免,该政府官员就必须被承认为是该国的国家元首,而这并没有发生在诺列加将军的身上。[214] 第十一巡回上诉法院支持这种观点。该法院注意到,在涉及外国主权者及其各种部门分支机构的管辖权方面,司法机关是听从行政机关的命令的。在诺列加的案件中,行政机关已经表示,他并不具有国家元首的地位。这尤其是因为他从来没有成为巴拿马合宪的统治者,该国也没有要求给予诺列加豁免权;而且对其的指控还涉及他的私人敛财问题。[215] 在"第一美国公司诉阿勒—纳哈扬"案(*First American Corporation* v. *Al-Nahyan*)中,审理该案件的地区法院注意到,《外国主权豁免法》并不影响美国政府对某位国家元首提交要求豁免的《豁免建议书》的权利,并且该建议书对法 737
院具有拘束力。[216]

第二,传统上,国际法对国家元首的官方行为和私人行为进行区分。[217] 在民事诉讼中,这意味着,当有关问题纯粹涉及的是私人行为,而不是其行使或表面上使人相信行使公共权力中所从事的行为时,就可以对该国家元首进行管辖。[218]

---

[210] 806 F. 2d 344 (1986); 81 ILR, p. 581. 例如,也可以参见:*Re Honecker* 80 ILR, p. 365.

[211] 817 F. 2d 1108 (1987); 81 ILR, p. 599.

[212] 也可以参见:*Doe* v. *United States of America* 860 F. 2d 40 (1988); 121 ILR, p. 567.

[213] 746 F. Supp. 1506, 1519 (1990); 99 ILR, pp. 143, 161.

[214] 也可以参见:Watts, "Legal Position", pp. 52 ff. 还可以参见:H. Fox, "The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government", 51 ICLQ, 2002, p. 119.

[215] 117 F. 3d 1206 (1997); 121 ILR, p. 591. 也可以参见:*Flatow* v. *Islamic Republic of Iran* 999 F. Supp. 1 (1998); 121 ILR, p. 618.

[216] 948 F. Supp. 1107 (1996); 121 ILR, p. 577.

[217] 例如参见:Draft Articles with Commentary on Jurisdictional Immunities, ILC Report, 1991, A/46/10, pp. 12, 15, 18 and 22.

[218] 例如参见:*Republic of the Philippines* v. *Marcos* (No. 1), 806 F. 2d 344 (1986); 81 ILR, p. 581; *Jimenez* v. *Aristeguieta* 33 ILR, p. 353; *Lafontant* v. *Aristide* 103 ILR, pp. 581, 585 以及 *Mobutu and Republic of Zaire* v. *Société Logrine* 113 ILR, p. 481. 也可以参见:Watts, "Legal Position", pp. 54 ff.

第三,在任的国家元首在外国国内法院享有绝对的管辖豁免。[219] 这在"皮诺切特(第三)"案中再次得到确认。例如,布朗—威尔金森勋爵指出,"在任国家元首和在任大使所享有的这种豁免是一种依附于国家元首或大使个人的完全的豁免权,使其免于所有的诉讼或指控,无论它们是否与为该国利益而从事的行为有关"。[220] 霍普勋爵称:"在任国家元首所享有的身份豁免具有强行法的性质"。[221] 这种确认在任国家元首豁免权的做法得到了法国最高法院审理的"卡扎菲"案(*Ghaddafi* case)判决的支持。[222] 在"塔奇尔纳诉美国案"(*Tachiona* v. *USA*)中,尽管第二巡回上诉法院基于外交豁免对津巴布韦总统穆
738 加贝(Mugabe)的豁免问题作出了决定,但对《外国主权豁免法》是否有意改变普通法中关于国家元首豁免的规则明确提出了质疑。[223] 那种主张曾经在以前的判例法中确认过。[224]

第四,前任国家元首的豁免则是不同的,因为它可能被视为是从一种地位的豁免(身份豁免)转向了一种职能的豁免(职务豁免)。这样一来,只有那些在任期间从事的官方行为才能享有豁免。尽管对官方行为的定义还有点不清楚,但有人建议,明显违反国际法的行为应当排除在官方行为之外。从"皮诺切特(第三)"案的判决来看,至少可以这样说,如果有关行为属于公约规定的国际法中的犯罪,并且存在某种普遍的或域外的执行机制时,就该有关条约的缔约国而言,就不能主张职务豁免权。[225] 这可能还只是一种谨慎的解读,这一领域的法律还可能在进一步发展中。

关于其他政府官员是否适用身份豁免权,这个问题还存在争议。[226] 例如,国际法委

---

[219] 例如参见:Watts, "Legal Position", p. 54. 还可以参见:*Djibouti* v. *France*, ICJ Reports, 2008, paras. 170 ff.

[220] [2000] 1 AC 147, 201—2; 119 ILR, p. 135.

[221] [2000] 1 AC 244. 也可以参见戈夫勋爵的意见,at 210; 萨维尔勋爵的意见, at 265 以及米利特勋爵的意见,at 269. 也可以参见比利时最高法院在 2003 年 2 月 12 日关于下面案件的判决:*HAS et al.* v. *SA et al.*, No. P. 02.1139. F/1, 确认以色列总理沙龙享有豁免权。

[222] Arrêt no. 1414, 14 March 2001, Cass. Crim. 1. 例如参见:S. Zappala, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The *Ghaddafi* Case Before the French Cour de Cassation", 12 EJIL, 2001, p. 595. 还可以参见:*Tatchell* v. *Mugabe*, 鲍街(Bow Street)治安法院判决(未报告记录),2004 年 1 月 14 日,该判决确认津巴布韦国家元首穆加贝总统享有绝对豁免权。

[223] 386 F. 3d 205 (2004).

[224] 参见:*Wei Ye* v. *Jiang Zemin* 383 F. 3d 620 (2004)。该判决指出,国务院关于豁免的建议是决定性的。

[225] [2000] 1 AC 147 at e. g. 204—5(布朗—威尔金森勋爵的意见);246(霍普勋爵的意见);262(赫顿勋爵的意见);266—7(萨维尔勋爵的意见);277(米利特勋爵的意见);290(菲利普斯勋爵的意见);119 ILR, p. 135. 注意,《国家豁免法》第 20 条交叉引用了 1964 年的《外交特权法》(并入 1961 年的《维也纳外交关系公约》),根据该条的规定,国家元首的豁免与使馆馆长的豁免相同。《维也纳外交关系公约》第 39 条第(2)款规定,一旦外交职能停止,只有就"在行使其职能中"所实施的行为才存在豁免。

[226] 注意,就英国法而言,并不能适用《国家豁免法》第 20 条第(1)款的规定,因此,将其与外交代表进行类推是无关的,参见上文一个脚注。

员会在其对《管辖豁免条款草案》(后来成为《联合国管辖豁免公约》)的评注中,对作为个人的主权者(包括国家元首)与外交代表进行了区分。前者的特殊地位使其享有身份豁免权,而后者与政府的其他代表一样只享有职务豁免权。[227] 然而,在"刚果诉比利时" 739
案的判决中,国际法院却认为,"在国际法中,……一国某些高层官员,例如国家元首、政府首脑和外交部长,在其他国家享有管辖豁免,无论是在民事诉讼还是刑事诉讼之中。这是一项确定的规则"。[228] 该法院采纳的观点是,在任外交部长享有身份豁免,因为这种豁免的目的是为了确保以其国家的名义有效履行职责。[229] 这种豁免的范围取决于需要履行的职责,但"在其整个任期之内,其在国外时享有全部的刑事管辖豁免和不可侵犯权"[230],无论是以官方身份还是以私人身份从事该行为。[231] 这种在外国法院的绝对管辖豁免也适用于战争罪或危害人类罪。[232] 来自习惯国际法的豁免仍然可以对抗国内法院,即使各种国际公约要求缔约国对有关犯罪行使刑事管辖权,而这种法院就是在行使这种管辖权。[233] 该法院的结论指出,某人不再担任外交部长的职位后,其他国家的法院 740
可以对任期之前或之后以及"该任期内以私人身份"[234]实施的行为提起诉讼。看来,这

---

[227] 参见:the Report of the International Law Commission, 1991, pp. 24—7. 也可以参见:Watts, "Legal Position", pp. 53 and 102, 他采取了相同的立场。在"皮诺切特案(第三)"中,米利特勋爵采取的观点是,身份豁免权"只是在狭窄的范围内存在。它只限于在任的国家元首和使馆馆长、他们的家属以及仆役。对于在任的并非同时是国家元首的政府首脑而言,它是不存在的……",[2000] 1 AC 147 at 268, 119 ILR, p. 135。

[228] ICJ Reports, 2002, para. 51. 也可以参见:A. Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes?", 13 EJIL, 2002, p. 853. 还可以参见:*Djibouti* v. *France*, ICJ Reports, 2008, paras. 181 ff.

[229] ICJ Reports, 2002, pp. 3, 21—2.

[230] *Ibid.*, p. 22.

[231] *Ibid.*

[232] *Ibid.*, p. 24.

[233] *Ibid.*, pp. 24—5. 关于这些公约,参见上文,第12章,第673页。也可以参见2002年12月9日刚果政府针对法国提出的申请。法国在2003年4月11日同意了法院的管辖权。在其申请书中,刚果要求撤销法国司法当局所采取的调查和指控措施。法国司法当局采取这些措施是因为有各种协会向其提交了反人类罪和酷刑的申请,特别是针对刚果共和国总统丹尼斯·萨苏·恩格索(Denis Sassou Nguesso)先生、刚果内政部长皮埃尔·奥巴(Pierre Oba)先生以及其他包括刚果军队总监察长诺伯特·达比拉(Norbert Dabira)将军在内的个人。刚果提交的申请书还提到,与这些诉讼有关的是,法国莫市(Meaux)初审法庭的一位调查法官针对刚果共和国总统签发令状,要求其作为证人出庭接受质证。刚果认为这种做法违反了国际法。也可以参见国际法院在2003年6月17日发布的对本案拒绝指示临时措施的命令。2007年4月18日,卢旺达向国际法院提交申请书,起诉法国司法当局在2006年11月20日对三位卢旺达官员发出了国际逮捕令,还起诉法国曾经向联合国秘书长发去请求函要求卢旺达问题国际刑事法庭审判卢旺达总统保罗·卡加梅(Paul Kagame)。直到今天,法国还没有对该申请书表示同意,因此国际法院对该申请无法获得管辖权。

[234] ICJ Reports, 2002, para. 61. 但是参见阿勒—卡索内法官的反对意见。

并没有解决对违反国际法的行为(例如酷刑)提起诉讼的问题,除非这种行为被视为是私人行为。

而且,关于法院所使用的术语,即"一国某些高层官员"到底范围有多广也是不确定的,实践也是不清楚的。[235]

豁免的放弃

国家可能放弃免于法院管辖的豁免权。明确表示放弃管辖的豁免权必须由该国的有权代表作出[236],但是,这种放弃本身并不意味放弃免于执行的豁免权。[237] 在默示放弃的情形下,需要格外小心。《国家豁免法》第2条规定:在事先有书面协议[238]或某个具
741 体的争议产生之后一旦要求进行管辖,就视为丧失豁免权。当一国主动提起诉讼、介入诉讼或在诉讼中采取任何行动[239],都被视为已接受管辖。《联合国管辖豁免公约》第8条的规定基本上也是这种意思。[240]

---

[235] 参见上文,脚注228。还可以参见:*Application for ArrestWarrant Against General Shaul Mofaz*, 鲍街(Bow Street)治安法院的判决,2004年2月12日。在该判决中,法院认为,外国在任的国防部长在英国法院享有管辖豁免,参见:128 ILR, p.709.

[236] 例如参见:*R* v. *Madan* [1961] QB 1, 7. 尽管这是一件发生在1964年《外交特权法》(该法并入了1961年的《维也纳外交关系公约》)制定之前关于外交豁免的案件,但上诉法院在下面这个案件中判决认为:该声明是一般适用的,包括根据1978年的法律对放弃国家豁免问题的审查,参见:*Aziz* v. *Republic of Yemen* [2005] EWCA Civ 745, para. 48.

[237] 例如参见《联合国管辖豁免公约》第20条。但注意:这个问题取决于对弃权证书中用词的解释,参见:*A Company* v. *Republic of X* [1990] 2 LL. R 520; 87 ILR, p.412. 不过,有人建议,放弃管辖豁免本身并不构成放弃免于由法院予以救济这项原则具有假定的性质,因此,应当将相反的举证责任放到私人一方的身上,而且也对所需的证明标准产生影响。也可以参见:*Sabah Shipyard* v. *Pakistan* [2002] EWCA Civ. 1643 at paras. 18 ff.

[238] 否决了下面这个判决:*Kahan* v. *Pakistan Federation* [1951] 2 KB 1003; 18 ILR, p.210. 以合同条款的方式提交管辖时必须使用清楚而明确的语言。将英国法作为合同的准据法并不等于同意提交管辖,参见:*Mills* v. *USA* 120 ILR, p.612.

[239] 但是,当介入或采取行动的目的只是为了主张享有豁免,或国家所采取的行动疏忽了有权享有豁免的事实时,如果这些事实本来就不能被合理地查明以及一旦可以合理地实行就能立即提出豁免时,则并非如此。参见第2条第(5)款。也可以参见1972年《欧洲国家豁免公约》第1条。

[240] 该条款规定:"1. 在下列情况下,一国不得在另一国法院的诉讼中援引管辖豁免:(a) 该国本身提起该诉讼,或(b) 介入该诉讼或采取与案件实体有关的任何其他步骤。但如该国使法院确信它在采取这一步骤之前不可能知道可据以主张豁免的事实,则它可以根据那些事实主张豁免,条件是它必须尽早这样做。2. 一国不应被视为同意另一国的法院行使管辖权,如果该国仅为下列目的介入诉讼或采取任何其他步骤:(a) 援引豁免;或(b) 对诉讼中有待裁决的财产主张一项权利或利益。3. 一国代表在另一国法院出庭作证不应被解释为前一国同意法院行使管辖权。4. 一国未在另一国法院的诉讼中出庭不应被解释为前一国同意法院行使管辖权。"

如果一国主动提起诉讼,就视为其已接受就该诉讼中相同的法律关系或事实提起的反诉。[241] 协议中有条款规定其受到英国法的调整并非表示同意诉讼。根据《国家豁免法》第9条的规定,一国以书面形式同意将争议提交仲裁解决,不能免于与仲裁有关的法院的诉讼管辖。[242] 在"瑞典石油勘探公司诉立陶宛"案(*Svenska Petroleum* v. *Lithuania*)中,上诉法院判决认为:虽然要求撤销一项在没有管辖权基础上作出的仲裁裁决的请求没有得到支持,但这本身并不等于立陶宛书面同意把该项争议提交仲裁裁决。[243] 然而,该法院指出,把《国家豁免法》第9条解释成排除关于执行外国仲裁裁决的诉讼是没有根据的(尤其是根据处理执行问题的第13条考察时)。法院强调指出:仲裁是一种建立 742
在双方自愿基础上的程序,第9条强调的原则是,如果一国同意把争议提交仲裁解决,那么它应当服从使仲裁变得有效所必需的步骤。[244]

在美国的许多案件中,放弃问题也是一个非常重要的问题。1976年的《外国主权豁免法》第1605条第(a)款第(1)项规定,当外国明示或默示表示放弃豁免时,它就不能享有豁免权,尽管该外国可能试图撤回放弃豁免的声明,除非放弃声明中有不同的规定。[245] 但是,有关上诉法院认为:默示放弃条款对构成违反强行法的行为并不适用。[246]

判决前对财产的扣押[247]

1976年的美国《外国主权豁免法》第1610条第(d)款禁止在作出判决之前对外国财产进行扣押,除非在判决作出之前该国已明确表示放弃扣押的豁免权,并且扣押的目的是为了确保有效执行已经对该外国作出或可能作出的对其不利的判决。在美国的各种案件中,经常引起是否应当把条约规定的一般放弃解释成允许在判决作出之前对财产进行扣押、以便阻止被告将其财产转移出境的问题。法院一般要求提交充分的证据、证明

---

[241] 也可以参见1972年的《欧洲国家豁免公约》第1条以及《联合国管辖豁免公约》第9条。

[242] 也可以参见1972年的《欧洲国家豁免公约》第12条以及《联合国管辖豁免公约》第17条。

[243] [2006]EWCACiv 1529, para. 113. 还可以参见:*Donegal* v. *Zambia* [2007]EWHC197 (Comm),该案判决认为,向审理案件的法院书面提交仲裁协议就等于放弃豁免。

[244] [2006] EWCA Civ 1529, paras. 117 and 123. 还可以参见:*The Akademik Fyodorov* 131 ILR, p. 460.

[245] 例如参见:*Siderman* v. *Republic of Argentina* 965 F. 2d 699 (1992); 103 ILR, p. 454; 也应当注意的是:有相当多的双边条约都明确规定放弃管辖豁免,特别是在坚持绝对豁免做法的国家的情形下。例如参见:UN, *Materials*, part III. 也可以参见:*USA* v. *Friedland* (1998) 40 OR (3d) 747; 120 ILR, p. 418.

[246] *Smith* v. *Libya* 101 E 3d 239 (1996); 113 ILR, p. 534. 也可以参见:*Hirsch* v. *State of Israel* 962 F. Supp. 377 (1997); 113 ILR, p. 543.

[247] 例如参见:Crawford, "Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity", 75 AJIL, 1981, pp. 820, 867 ff., and Schreuer, *State Immunity*, p. 162.

743 存在作出判决之前放弃扣押财产的意图，不过，在实践中不一定需要经历这个阶段。[248]

根据1978年英国《国家豁免法》的规定，在没有经过一国书面同意的情形下，不得对该国作出要求实际履行、恢复土地或任何财产的禁令或命令。[249] 根据"玛瑞瓦"禁令（a *Mareva* injunction）[250]，法院作出的禁令要求在判决结果出来之前有关财产必须仍然留在英国境内。但是，法院是否可以作出这样的禁令，特别当这种类型的禁令只是临时性质，并且在没有发出通知的情况下（单方面）作出时，就产生了问题。有人建议，的确可以申请发出"玛瑞瓦"禁令，因为从该案的情形来看并不可以适用豁免。在申请此种禁令时，原告有义务公开披露全部信息，并且其承担的证明标准是，例如，它必须拿出"很好的、并且是可论证的理由"来解释诸如为什么不可以适用豁免等问题。那么，被告就要通过主张没有符合这些标准来要求不发出禁令。在"某公司诉X共和国"案（*A Company* v. *Republic of X*）[251]中，法院就讨论了应当如何审理这种情形的问题。萨维尔法官（Saville）指出，豁免问题必须在刚开始的时候得到彻底解决。这样，当一国以享有豁免为由要求不发出"玛瑞瓦"禁令时，法院就不能坚持发出这种禁令，因为原告有很好的、并且是可论证的理由来证明并不存在豁免。如果的确存在豁免，"那么法院显然将无权坚持发出禁令"。因此，在法院单方面发出禁令与对案件作出最终判决之间存在迟延，这可能是不可
744 避免的。[252] 其他国家的情形一般也是这样的。[253]

---

[248] 例如参见：*Behring International Inc.* v. *Imperial Iranian Air Force* 475 F. Supp. 383 (1979); 63 ILR, p. 261; *Reading & Bates Corp.* v. *National Iranian Oil Company* 478 F. Supp. 724 (1979); 63 ILR, p. 305; *New England Merchants National Bank* v. *Iran Power Generation and Transmission Company* 19 ILM, 1980, p. 1298; 63 ILR, p. 408; *Security Pacific National Bank* v. *Government of Iran* 513 F. Supp. 864; (1981); *Libra Bank Ltd* v. *Banco Nacional de Costa Rica* 676 F. 2d 47 (1982); 72 ILR, p. 119; *S & S Machinery Co.* v. *Masinexportimport* 706 F. 2d 411 (1981); 107 ILR, p. 239, 以及 *O'Connell Machinery* v. *MV Americana* 734 F;2d. 115 (1984); 81 ILR, p. 539. 也可以参见《欧洲国家豁免公约》，该公约第2条就禁止这种行为。《联合国管辖豁免公约》第18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前的强制措施，例如查封、扣押和执行措施，除非：(a) 该国以下列方式明示同意采取此类措施：(一) 国际协定；(二) 仲裁协议或书面合同；或(三) 在法院发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件；或(b) 该国已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的请求。"

[249] 第13条第(2)款。

[250] 参见：*Mareva Compania Naviera* v. *International Bulkcarriers* [1975] 2 LL. R 509. 也可以参见：S. Gee, *Mareva Injunctions & Anton Piller Relief*, 2nd edn, London, 1990, 特别是第22页。

[251] [1990] 2 LL. R 520; 87 ILR, p. 412.

[252] [1990] 2 LL. R 525; 87 ILR, p. 417, 引用了下面这个判例：*Maclaine Watson* v. *Department of Trade and Industry* [1988] 3 WLR 1033 at 1103—4 and 1157—8.

[253] 但是，参见意大利宪法法院在1992年审理的下面这个案件：*Condor and Filvem* v. *Minister of Justice* 101 ILR, p. 394.

执行豁免[254]

执行豁免与管辖豁免是有区别的，特别是因为它涉及实际上执行外国财产的问题。因此，它对国家之间的关系提出了重大挑战，而且实践证明，与管辖豁免情形相比，国家更加不愿意对执行豁免进行限制。同意行使管辖权并不意味着同意执行或实施任何已经作出的判决。[255]

1972 年的《欧洲国家豁免公约》第 23 条就规定，在任何具体的案件中，如果未经书面形式的事先同意，不得对缔约国的财产采取任何执行措施或预防措施。然而，该公约规定了互相执行根据该公约条款作出的最终判决的制度[256]，而且，该公约的附加议定书规定可以在欧洲国家豁免法庭提起诉讼，该法庭基本上是由欧洲人权法院的成员组成的。《联合国管辖豁免公约》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，除非该国以下列方式明示同意采取此类措施：国际协定；仲裁协议或书面合同；在发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件；该国已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的请求；或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，并且处于法院地国领土内，但条件是只可对与被诉实体有联系的财产采取判决后强制措施。 745

例如，英国《国家豁免法》第 13 条第(2)款 b 项规定，“一国财产不应当在执行判决或仲裁裁决的诉讼或对物诉讼中被扣押、查封或变卖”。可以通过书面同意的形式放弃这种豁免，但仅仅接受法院管辖并不表示放弃这种豁免。[257] 在以商业为目的暂时使用或计划暂时使用财产的情形下，是不存在执行豁免的。[258] 特别需要注意的是，后者的规定并不适用于一国中央银行或其他货币机构。[259] 因此，像“特兰德克斯”案那种类型的

---

[254] 例如参见：Schreuer, *State Immunity*, chapter 6; Sinclair, “Sovereign Immunity”, chapter 4; Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 453; Crawford, “Execution of Judgments”; H. Fox, “Enforcement Jurisdiction, Foreign State Property and Diplomatic Immunity”, 34 ICLQ, 1985, p. 115, 以及在下面这个杂志中的各篇论文：10 Netherlands YIL, 1979.

[255] 例如参见《联合国管辖豁免公约》第 20 条。

[256] 《欧洲国家豁免公约》第 20 条。

[257] 第 13 条第(3)款。也可以参见南非 1981 年《外国主权豁免法》第 14 条、巴基斯坦 1981 年《国家豁免令》第 14 条、新加坡 1979 年《国家豁免法》第 15 条以及澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》第 31 条。

[258] 第 13 条第(4)款。

[259] 第 14 条第(4)款。它规定：“不得把一国中央银行或其他货币当局的财产看作是第 13 条第 4 款意义上的使用或意图用于商业目的；而且当任何此种银行或当局属于一个独立实体时，该条款第 1 款至第 3 款应当适用，就像提到一国是提到该国银行或当局一样。”还可以参见：Fox, *State Immunity*, p. 393, 以及 W. Blair, “The Legal Status of Central Bank Investments under English Law” [1998] CLJ, pp. 374, 380—1.

情形是不可能重演的。在"AIC 有限公司诉尼日利亚联邦政府"案(*AIC Ltd* v. *Federal Government of Nigeria*)中,法院强调指出:必须适用给予外国中央银行财产的这种绝对豁免,不论该账户中资金来源为何,也不论维持该账户的目的为何[260];而在"AIC 资本合伙公司诉哈萨克斯坦共和国案"(*AIG Capital Partners Inc.* v. *Republic of Kazakhstan*)中,法院指出:必须对该法中的"财产"一词作扩大解释,把它包括所有不动产和个人财产,包括任何权利或利息,不论是合法、公平还是基于契约的。如果有关财产是以中央银行的名义拥有的,那么就属于该中央银行,不论它是否具备拥有该财产的能力,也不论拥有该财产的目的为何。[261]

美国 1976 年《外国主权豁免法》的相应条款对执行豁免作出了更严格的规定,这也
746 是值得注意的。[262] 许多案件的判决不断确认这项原则,即:管辖豁免并不自动产生执行豁免。[263]

1977 年,在"菲律宾大使馆"案(the *Philippine Embassy* case)[264]中,联邦德国的联邦宪法法院宣布:

> 未经外国同意,如果……外国非主权行为或位于法院地国领土内的财产用于外国主权目的,那么未经该外国同意,不可以根据对该财产作出的执行令状强制执行法院地国法院作出的判决。

该法院特别指出:

> 法院地国不可以强制执行对位于法院地国境内、并以使馆成本和费用为目的而设立的外国大使馆的普通活期银行账户提出的诉讼请求。[265]

---

[260] [2003] EWHC 1357, paras. 46 ff.; 129 ILR, p. 571.

[261] [2005] EWHC 2239 (Comm), paras. 33 ff.; 129 ILR, p. 589.

[262] 第 1610 条。因此,例如,征收财产属于违反国际法时就不再存在豁免。也可以参见:*First National City Bank* v. *Banco Para El Comercio Exterior de Cuba* 462 US 611 (1983), *Leteher* v. *Republic of Chile* 748 F. 2d 790 (1984) 以及 *Foxworth* v. *Permanent Mission of the Republic of Uganda to the United Nations* 796 F. Supp. 761 (1992); 99 ILR, p. 138. 还可以参见:G. R. Delaume, "The Foreign Sovereign Immunities Act and Public Debt Litigation: Some Fifteen Years Later", 88 AJIL, 1994, pp. 257, 266. 注意,在 1988 年,该法律进行了修改,增加了一个条款,规定就确认仲裁裁决之后的执行措施而言,仲裁裁决中确认的债务人的所有商业财产都可以被执行,参见新的第 1610 条第(a)款第(6)项的规定,*ibid.*

[263] 例如参见:*Abbott* v. *South Africa* 113 ILR, p. 411(西班牙宪法法院); *Centre for Industrial Development* v. *Naidu* 115 ILR, p. 424 以及 *Flatow* v. *Islamic Republic of Iran* 999 F. Supp. 1 (1998); 121 ILR, p. 618. 还可以参见:*The Akademik Fyodorov*, 131 ILR, pp. 460, 485—6.

[264] 参见:UN, *Materials*, p. 297; 65 ILR, pp. 146, 150.

[265] UN, *Materials*, pp. 300—1; 65 ILR, p. 164.

在"阿尔科姆有限公司诉哥伦比亚共和国"案[266]中,迪普洛克勋爵提到了上述内容,并表示同意。该案件同样涉及对一个使馆的银行账户的查封问题。上议院一致同意,《国家豁免法》并非取代国际法的一般规则。"阿尔科姆"案被形容为涉及一个"国际上非常重要的"[267]法律问题。在该案中,法院认为,这种银行账号不属于第13条第(4)款所规定的商业目的例外情形,除非要求查封账户的人能够证明"该银行账户只是被该外 747
国专门用于……解决因商业交易而引起的责任"。[268] 因此,举证责任就落到了申请方的身上。而且,也应当指出的是,根据该法第13条第(5)款的规定,外国使团的团长提出的说明该财产并非用于商业目的的证明文件是对该事实的充分证据,除非能够证明相反的主张。[269] 如何判断财产是否用于商业目的是一个非常重要而复杂的问题,总是取决于根据法院地国的法律对各种不同因素进行分析[270],例如,对资金当前以及将来的使用、及其资金来源等。[271]

在"巴拿玛尔诉阿尔及利亚民主和人民共和国大使馆"案(*Banamar* v. *Embassy of the Democratic and Popular Republic of Algeria*)[272]中,意大利最高法院再次确认了习惯国际法禁止对位于实施管辖国领土境内、并以主权目的使用的外国财产采取执行措施这项规则,并且认为,它无权通过执行以外国大使馆为名称的银行账户来执行针对此外国的判决。在1992年意大利宪法法院审理的"康多尔和菲尔文姆诉司法部长"案(*Condor and Filvem* v. *Minister of Justice*)[273]中,上述结论好像得到了某种修正。该法院认为,它不再相信存在一项绝对禁止对外国财产采取强制措施的习惯国际法规则。为了不适用执行豁免,不仅有必要证明有关行为或交易属于管理权行为,而且还必须证明要求执行的财产不是为了履行外国的公共职责(统治权行为)。[274]

然而,在"阿博特诉南非"案(*Abbott* v. *South Africa*)中,西班牙宪法法院却认为,外国

---

[266] [1984] 2 All ER 6; 74 ILR, p. 180, 推翻了上诉法院的判决,[1984] 1 All ER 1; 74 ILR, p. 170.

[267] [1984] 2 All ER 14; 74 ILR, p. 189.

[268] [1984] 2 All ER 13; 74 ILR, p. 187. 但比较:*Birch Shipping Corporation* v. *Embassy of the United Republic of Tanzania* 507 F. Supp. 311 (1980); 63 ILR, p. 524. 但参见瑞士联邦法庭在1990年对下面这个案件作出的判决:*Z* v. *Geneva Supervisory Authority for the Enforcement of Debts and Bankruptcy*, 102 ILR, p. 205, 在该案件中,该法庭认为外国用作外交服务的资金免于扣押。

[269] 哥伦比亚大使曾经出具过这种证明书。关于外交豁免,参见后面,第750页。

[270] 参见联邦德国的联邦宪法法院在下面案件中的判决:*National Iranian Oil Co.* case, 22 ILM, 1993, p. 1279.

[271] 例如参见:*Eurodif Corporation* v. *Islamic Republic of Iran* 23 ILM, 1984, p. 1062.

[272] 84 AJIL, 1990, p. 573; 87 ILR, p. 56. 也可以参见:*Libya* v. *Rossbeton SRL*, 87 ILR, p. 63.

[273] 101 ILR, p. 394.

[274] *Ibid.*, pp. 401—2.

以一般的外交或领事行为为目的而使用的银行账户是享有执行或查封豁免的，甚至在有
748 关资金是以商业目的而使用的情形也是如此[275]，而在“西方租赁公司诉阿尔及利亚”案（*Leasing West GmbH* v. *Algeria*）中，奥地利最高法院认为，外国大使馆中部分而不是全部用于外交目的的那一部分普通银行账户，在未经有关国家同意的情形下，是享有执行诉讼豁免的。只有当能够证明该账户只是用于私人目的时，才能予以查封。[276]

举证责任和标准

由于《国家豁免法》第 1 条规定除非出现后面的条款所规定的情形，一国免于英国法院的管辖，因此，非常清楚的是，原告承担证明符合豁免例外的举证责任。[277] 然而，法院有义务确保赋予 1978 年《国家豁免法》规定的豁免得以实现，而且如有必要，它还必须自己主动采取行动。[278]

就证明标准而言，在“麦克莱恩·沃森诉贸易和产业部”案[279]中，上诉法院认为：无论何时提出豁免请求，法院必须作为先决问题根据权衡可能性的通常标准审理这个问题。[280] 在第 11 号命令[281]中，有关送达的许可令状案件中适用“很好的、并且是可论证的理由”的通常标准是不够的。[282] 作出相反的决定等于意味着，该国可能已经丧失了基于“很好的、并且是可论证的理由”而提出的豁免请求权，尽管该依据通常给人留下深刻的印象。在实践中，这只是通过证明书来决定的，而且在后面的诉讼阶段中再也不能提
749 出这种豁免请求，因为那可能被解释成已经接受了《国家豁免法》第 2 条第（3）款规定的

---

[275] 113 ILR, pp. 411, 423—4.

[276] 116 ILR, p. 526.

[277] 也可以参见斯托顿法官（Staughton）在下面案件中的意见：*Rayner* v. *Department of Trade and Industry* [1987] BCLC 667. *Donegal* v. *Zambia* [2007] EWHC 197 (Comm), para. 428, and Fox, *State Immunity*, p. 177.

[278] 马默里（Mummery J）法官指出：“法院自己应当切实承担的义务是赋予 1978 年《国家豁免法》规定的豁免。那项义务是所有法庭和法院必须承担的，而不仅仅是审理初审案件的法院或法庭。如果初审案件的法庭没有赋予该法所规定的豁免，那么上诉法庭必须有义务纠正错误，使豁免得以实现。”参见：*United Arab Emirates* v. *Abdelghafar* [1995] ICR 65, 73—4; 104 ILR, pp. 647, 654—5. 还可以参见：*Military Affairs Office of the Embassy of Kuwait* v. *Caramba-Coker*, Appeal No. EAT/1054/02/RN, Employment Appeal Tribunal (2003).

[279] [1988] 3 WLR 1033, 1103 以及 1157; 80 ILR, pp. 49, 118, 179.

[280] 从程序上来说，这是根据 1991 年的《最高法院规则》中的规则八第十二项命令作出的。也可以参见：*A Company* v. *Republic of X* 87 ILR, pp. 412, 417.

[281] 1991 年的《最高法院规则》。

[282] 例如参见：*Vitkovice Horni* v. *Korner* [1951] AC 869.

管辖。

在"威斯敏斯特城市理事会诉伊朗伊斯兰共和国政府"案(*Westminster City Council* v. *Government of the Islamic Republic of Iran*)[283]中,产生了对外国政府的送达问题。在该案中,威斯敏斯特城市委员会要求伊朗政府支付因1980年围攻伊朗大使馆事件中支出的确保使馆安全的巨额费用。彼得·吉布森法官(Gibson)认为:在没有事先对伊朗政府送达的情况下,法院不能审理该案件的实体问题。由于当时英国和伊朗没有建立外交关系,并且也没有征得伊朗同意,因此看来没有办法使该案件符合《国家豁免法》第12条所规定的条件,即:"在对一国提起的诉讼中,送达任何令状或其他文件应当由外交和英联邦办公室向该外国的外交部进行"。在"科威特航空公司诉伊拉克航空公司"案[284]中,也出现了这个问题。由于那时英国在巴格达并没有外交机构,于是根据第11号命令中的第7项规则将必要的文件送达到中央办公室,然后再送达到英国外交和英联邦部,最后才送达到伊拉克驻伦敦的大使馆,并请求其传送到巴格达。上议院认为:由于该令状并没有被送达到在巴格达的伊拉克外交部,因此该令状并非以1978年该法第12条第(1)款所规定的要求送达的。[285]

结论

尽管在各国的国内法中,主权豁免被视为一项具有广泛例外的一般原则,但它本身当然是对领土管辖这项一般规则的例外。各种非豁免情形是如此之多,以致于应当正视管辖例外正在快速缩小这一现实。在许多情形中,只有在实践中才能发现,根据国内法接受管辖的情形要多得多。例如,第1605条第(a)款第5项规定外国应当对在美国发生的伤害、死亡和财产损毁承担国家责任。在"莱特利尔诉智利共和国"案[286]中,该条款就被用来对智利情报部门在华盛顿谋杀一位智利前外交部长的行为提起诉讼。同样,在 750
"维林顿诉尼日利亚中央银行"案(*Verlinden* v. *Central Bank of Nigeria*)[287]中,最高法院允许一家荷兰公司在美国对尼日利亚中央银行提起诉讼[288],不过,"特尔—奥伦"案[289]

---

[283] [1986] 3 All ER 284; 108 ILR, p.557.

[284] [1995] 1 WLR 1 147; 103 ILR, p.340.

[285] [1995] 1 WLR 1156(戈夫勋爵的意见)。也可以参见:*AN International Bank Plc* v. *Zambia* 118 ILR, p.602.

[286] 488 F. Supp. 665 (1980); 63 ILR, p.378.

[287] 22 ILM, 1983, p.647; 79 ILR, p.548.

[288] 不过,看来1976年《外国主权豁免法》的确需要某种最低限度的管辖权方面的联系,一般性地参见: *International Shoe Co.* v. *Washington* 326 US 310 (1945) 以及 *Perez* v. *The Bahamas* 482 F. Supp. 1208 (1980); 63 ILR, p.350, 比较1978年《国家豁免法》。

[289] 726 F. 2d 774 (1984); 77 ILR, p.193. 进一步参见上文,第683页。

可能已经对这种方法进行了修正。为了对受国家支持的恐怖主义案件获得管辖权，对该法案进行修正也是一个重大发展。[290]

在主权豁免案件中，外交豁免原则通常也是相关的。下面将对其进行考察。

外交法[291]

751 调整外交关系各个方面的规则是国际法最为古老的内容之一。在历史上任何时期，只要有一群独立的国家共同存在，就会发展出一套如何对待其他国家大使及其他特别代表的特殊习惯。[292]

作为各方交流的一种方式，外交、包括得到承认的代表之间的协商在内，是一项古老的手段。调整这种手段的国际法规定是历经几个世纪的国家实践的结果。有关各种外交人员的特权与豁免一部分来自主权豁免以及国家之间的独立和平等，还有一部分来自

---

[290] 参见上文，第715页。

[291] 例如参见：E. Denza, *Diplomatic Law*, 3rd edn, Oxford, 2008; P. Cahier, *Le Droit Diplomatique Contemporain*, Geneva, 1962; M. Hardy, *Modern Diplomatic Law*, Manchester, 1968; Do Naslimento e Silva, *Diplomacy in International Law*, Leiden, 1973; L. S. Frey and M. L. Frey, *The History of Diplomatic Immunity*, Ohio, 1999; *Satow's Guide to Diplomatic Practice* (ed. P. Gore-Booth), 5th edn, London, 1979; B. Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, 3rd edn, The Hague, 1988; J. Brown, "Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations", 37 ICLQ, 1988, p. 53; Société Français de Droit International, *Aspects Récents du Droit des Relations Diplomatiques*, Paris, 1989; G. V. McClanahan, *Diplomatic Immunity*, London, 1989; B. S. Murty, *The International Law of Diplomacy*, Dordrecht, 1989; L. Dembinski, *The Modern Law of Diplomacy*, Dordrecht, 1990; J. Salmon, *Manuel de Droit Diplomatique*, Brussels, 1994, 以及 Salmon, "Immunités et Actes de la Fonction", AFDI, 1992, p. 313; J. C. Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities*, Aldershot, 1996, 以及 Barker, *The Protection of Diplomatic Personnel*, Aldershot, 2006; C. E. Wilson, *Diplomatic Privileges and Immunities*, Tucson, 1967; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1970, vol. VII; *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, pp. 455 ff.; House of Commons Foreign Affairs Committee, *The Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges*, 1984 以及 the UK Government Response to the *Report*, Cmnd 9497, 以及 *Memorandum on Diplomatic Privileges and Immunities in the United Kingdom*, UKMIL, 63 BYIL, 1992, p. 688. 还可以参见：R. Higgins, "The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience", 79 AJIL, 1985, p. 641, 以及 Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, p. 86; A. James, "Diplomatic Relations and Contacts", 62 BYIL, 1991, p. 347; Nguyen QuocDinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 739, 以及 *Oppenheim's International Law*, chapters 10 and 11.

[292] 例如参见：G. Mattingley, *Renaissance Diplomacy*, London, 1955, 以及 D. Elgavish, "Did Diplomatic Immunity Exist in the Ancient Near East?", 2 *Journal of the History of International Law*, 2000, p. 73. 也可以参见：Watts, "Legal Position".

维持国际体系的基本需要。国家必须与其他国家和国际组织进行谈判和协商，因此就必须要有外交工作人员。由于这些人员以各种方式代表国家，因此他们就从国家主权的法律原则中获益。这在实践中也是一个便利问题。

传统上，外交关系是通过大使[293]及其工作人员的媒介维系的，但随着贸易和商业往来的频繁，建立起了领事这个职位，并且得到扩展。交流的飞速发展促使特别使团的出现。他们为了特定目的被派往特定地区，通常是在国家元首或政府首脑的负责之下进行的。不过，从某种程度上来说，电话、电报、电信和传真服务的出现强化了集合的过程，使得传统外交人员的重要性得到了削弱。然而，外交代表和领事在收集信息、发展友好关系以及在外国维持常设存在方面，的确仍然具有某种有用的功能，当然那还暗含着商业和经济行为。[294]

外交豁免这个领域是国际法中最受承认和不具争议的领域之一，因为保持大致的外交关系符合几乎所有国家的利益，尽管并非所有国家都按其行事。就像国际法院在“在伊朗的美国外交和领事人员”案（the *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case）[295]中指出的那样：

752

> 简而言之，外交法的规则属于一套独立的体制。它一方面规定了接受国给予使馆的便利、特权和豁免的义务；另一方面预见到它们可能被使团成员滥用，并指出了接受国可以对任何此种滥用采取的方式。[296]

1961 年《维也纳外交关系公约》

这个于 1964 年生效的条约[297]强调了外交特权和豁免对于有效处理国际关系[298]的

---

[293] 关于大使的职权，参见：*First Fidelity Bank NA* v. *Government of Antigua and Barbuda Permanent Mission* 877 F. 2d 189 (1989); 99 ILR, p. 125.

[294] 一般性地参见：*Satow's Guide*, chapter 1.

[295] ICJ Reports, 1980, p. 3; 61 ILR, p. 504.

[296] ICJ Reports, 1980, p. 40; 61 ILR, p. 566. 也可以参见德国联邦宪法法院在 1997 年 6 月 10 日在下面这个案件中的意见，该法院确认外交法规则属于一套独立的体制：*Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic* 115 ILR, p. 597.

[297] 在关于伊朗的案件中，国际法院强调了该公约的重要性，参见：ICJ Reports, 1980, pp. 330—430; 61 ILR, p. 556. 该公约中的许多条款已经通过 1964 年的《外交特权法》被并入英国国内法。

[298] 也可以参见：*767 Third Avenue Associates* v. *Permanent Mission of the Republic of Zaire to the United Nations* 988 F. 2d 295 (1993); 99 ILR, p. 194.

职能必要，同时指出使馆的特征是代表国家。[299] 它既是对现有法律的编纂，也发展了其他法律。[300] 该公约没有明确规定的问题仍然受习惯国际法规则的调整。[301] 国际法院近期强调指出，即使在有关国家之间存在武装冲突状态，该公约仍然继续适用。[302]

在国际法中，并不存在建立外交关系这种权利。外交关系是根据互相同意的方式存
753 在的。[303] 如果某个国家不愿确立外交关系，它在法律上没有义务这样做。因此，该公约在第 4 条明确规定，派遣国对于拟派驻接受国之使馆馆长的人选务须查明其确已获得接受国之同意（或“批准”），而且接受国无须向派遣国说明不予同意之理由。同样，根据第 9 条的规定，接受国可以随时不具解释地宣布使馆的任何成员为“不受欢迎的人”，从而可以不承认该人为使馆人员。[304] 然而，作为外交关系基础的同意原则可能受到国际法其他规则的影响。例如，安理会在 1992 年通过第 748 号决议对利比亚实施制裁。在该决议中，“所有国家应当：(a) 大幅度裁减利比亚外交使团和领馆人员的数目和降低其级别，并限制或控制所有留下人员在其领土内的行动……”。

第 3 条规定了使馆的主要职能，包括代表、保护派遣国及其国民的利益以及获取信息和促进友好关系。第 41 条第 1 款还强调所有享有特权和豁免的人员具有尊重接受国法律和法规的义务，而且还具有不干涉该国内政的义务。

第 13 条规定，使馆馆长在呈递国书后即视为已在接受国内开始执行职务。根据第 14 条的规定，使馆馆长分为三级，即：向国家元首派遣之大使或教廷大使，及其他同等级位之使馆馆长；向国家元首派遣之使节、公使及教廷公使；以及向外交部长派遣之代

---

[299] 参见：*Yearbook of the ILC*, 1958, vol. II, pp. 94—5. 根据外交法中的治外法权理论，使馆属于派遣国领土的延伸。这种理论只是在历史上具有某种价值，已经不具有实际意义，ibid. 也可以参见：*Radwan* v. *Radwan* [1973] Fam. 24; 55 ILR, p. 579 以及 *McKeel* v. *Islamic Republic of Iran* 722 F. 2d 582 (1983); 81 ILR, p. 543. 注意，在下面一个案件中，将公约中的“使团”一词不是定义为外交代表所占据的馆舍，而是定义为一个国家向另一个国家所派遣的一群人：*US* v. *Kostadinov* 734 F. 2d 906, 908 (1984); 99 ILR, pp. 103, 107.

[300] 例如参见：the *Iran* case, ICI Reports, 1980, pp. 3, 24; 61 ILR, p. 550.

[301] 该公约的序言。

[302] *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 274. 还可以参见：the *Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, pp. 3, 40; 以及厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会在 2005 年 12 月 19 日下列案件中的裁决：the Partial Award, Diplomatic Claim, Ethiopia's Claim 8, para. 24 以及 the Partial Award, Diplomatic Claim, Eritrea's Claim 20, para. 20.

[303] 第 2 条。

[304] 例如，在武装冲突开始的时候，埃塞俄比亚要求厄立特里亚减少外交人员的数量，参见 2005 年 12 月 19 日的裁决：Partial Award, Eritrea's Claim 20, paras. 40 ff.

办。[305] 要求指派某个人对使馆负责已经成为一项习惯。1979 年,当利比亚将其使馆作为"人民办公室"由革命委员会接管时,英国坚持要求指定某人成为使馆馆长,并最终获得成功。[306] 754

使馆馆舍不可侵犯

为了便于开展正常的外交行为,该公约第 22 条特别宣布:使馆馆舍不得侵犯;并且,接受国官吏非经使馆馆长许可,不得进入使馆馆舍。看来,这是一项绝对的规则。[307] 在 1896 年的"孙中山事件"中,法院拒绝向一位被强迫拘禁在中国驻伦敦公使馆内的中国难民签发人身保护令。[308] 在没有征得明确同意而进入使馆的情形下,例如由于需要灭火或由于里面的某些人正处于危险之中,习惯法在这个问题上的立场是不确定的。但是,根据该公约,任何以默示同意为根据的说法都极有可能产生重大争议。[309] 接受国负有特殊责任保护使馆馆舍免受侵入、损害或"有损使馆尊严之情事"。[310] 例如,美国最高法院在"布斯诉巴里"案(*Boos* v. *Barry*)中,特别提到了《维也纳公约》第 22 条的规定,并强调指出:"保护外交代表的需要是以我们国家在国际关系中的重要利益为根据的。……在从事我们国家的福利至关重要的国际事务上,外交人员是根本的。"[311] 它还指出:如果对驻在美国的外交代表提供保护,那么就能够确保美国在国外的外交代表也获得相同的保护。[312] 最高法院支持哥伦比亚特区的一项法律。根据该法律的规定,在外交馆舍 500 英尺范围内聚集,并且拒绝遵守警察发出的疏散命令属于非法行为。最高法院 755

---

[305] 有关使馆馆长的规则是现在对欧洲列强在 1815 年确立的规则的重新表述,参见:Denza, *Diplomatic Law*, p. 110.

[306] 安东尼·阿克兰(Antony Acland)爵士的评论,Minutes of Evidence Taken Before the Foreign Affairs Committee, *Report*, p. 20. 也可以参见:DUSPIL, 1979, pp. 571—3.

[307] 例如参见:767 *Third Avenue Associates* v. *Permanent Mission of the Republic of Zaire to the United Nations* 988 F. 2d 295 (1993); 99 ILR, p. 194.

[308] A. D. McNair, *International Law Opinions*, Oxford, 1956, vol. I, p. 85. 该问题通过外交途径予以解决。

[309] 该条款原先的草案本来允许在紧急情况下可以进入使馆,但后来被拒绝,参见:Denza, *Diplomatic Law*, pp. 144 ff. 1973 年,在巴基斯坦发生对伊拉克大使馆的武装搜查行动,发现了相当数量的武器。结果,伊拉克大使及其随员被宣布为"不受欢迎的人",*ibid.*, p. 125. 关于其他例子,参见:Denza, *Diplomatic Law*, p. 149. 1989 年,美国军队搜查在巴拿马的尼加拉瓜大使的寓邸。相当多的国家在安理会的决议草案中谴责了美国的行为,但该草案被美国否决,*ibid.* 不过,登泽(Denza)的结论是,"然而,作为最后一种手段,不能排除以下情形,即:可以为了保护人的生命起见在没有派遣国同意的情形下进入使馆,这在国际法中是有正当理由的。"*ibid.*, p. 150.

[310] 例如参见美国总统约翰逊对 1964 年至 1965 年发生在美国驻莫斯科大使馆前的一系列示威事件发表的声明,4 ILM, 1965, p. 698.

[311] 99 L. Ed. 2d 333, 345—6 (1988); 121 ILR, p. 551.

[312] *Ibid.*

说："'受到禁止的骚乱的数量'取决于正常的使馆行为是否已经受到或将受到干扰。"[313]同样，使馆馆舍不得用作与使馆职务不相符合的用途。[314]

1979年，几百名示威人员占领了美国在伊朗德黑兰的大使馆。所有的档案和文件被扣押，五十多位外交和领事人员被劫持为人质。1980年，国际法院宣布：根据1961年公约（以及1963年的《领事关系公约》），

> 作为接受国，伊朗负有绝对的义务采取适当措施保护美国大使馆以及领事馆、人员、档案、通讯方式以及人员的行动和旅行自由。[315]

这也是一般国际法中的义务。[316] 法院特别强调了伊朗行为的严重性以及其行为与"构成外交和领事法整个国际规则下其所承担的义务之间的冲突，法院在这里必须再次确认这些规则的基本特性"。[317] 在"刚果诉乌干达案"（*Congo* v. *Uganda*）中，国际法院判决认为：刚果武装部队攻击在刚果首都金沙萨的乌干达使馆以及在馆舍的人员构成对第22条的违反。[318] 另外，国际法院强调指出：《维也纳公约》不仅禁止接受国自己对使
756 馆不受侵犯性的任何侵犯，而且还规定接受国有义务防止诸如武装民兵团体等其他人那样做。[319]

1999年5月8日，在科索沃战争中，中国在贝尔格莱德的大使馆遭到美国的轰炸。美国宣布这是一场误会，并予以道歉。1999年12月，美国和中国签订了一项协议，规定

---

[313] 99 L. Ed. 2d 351. 也可以参见：*Minister for Foreign Affairs and Trade* v. *Magno* 112 ALR 529 (1992—3); 101 ILR, p. 202.

[314] 《维也纳（外交关系）公约》第41条第3款。注意：在下面这个案件中，以色列最高法院的判决认为，出租给加拿大（由加拿大大使代表）一块土地产生的争议涉及的是国家豁免问题，而不是外交豁免问题。它的判决还认为，就出租一幢建筑物供大使居住而言，并不存在国家豁免问题，因为出租行为属于私法上的行为：*Canada* v. *Edelson*, 131 ILR, p. 279。

[315] The *Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, pp. 3, 30—1; 61 ILR, p. 556. 这是伊朗所没有做的，ICJ Reports, 1980, pp. 31—2. 法院强调指出，即使在武装冲突或断绝外交关系的情形下，有关使馆人员及其馆舍、使馆财产和档案不得侵犯的义务也是继续存在的，ibid., p. 40. 也可以参见：DUSPIL, 1979, pp. 577 ff.; K. Gryzbowski, "The Regime of Diplomacy and the Tehran Hostages", 30 ICLQ, 1981, p. 42, 以及 L. Gross, "The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures", 74 AJIL, 1980, p. 395.

[316] 例如参见：*Belgium* v. *Nicod and Another* 82 ILR, p. 124.

[317] The *Iran* case, ICJ Reports, 1980, p. 42; 61 ILR, p. 568. 法院特别列举了第22条、第25条、第26条和第27条，以及1963年《（维也纳）领事关系公约》中类似条款，*ibid.*

[318] ICJ Reports, 2005, paras. 337—8 and 340.

[319] *Ibid.*, para. 342, 援引了"伊朗人质案"，ICJ Reports, 1980, pp. 30—2. 还可以参见厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会就埃塞俄比亚安全人员未经厄立特里亚的同意进入、洗劫和扣押厄立特里亚大使馆住所、车辆和其他财产的行为进行的谴责：Partial Award, Diplomatic Claim, Eritrea's Claim 20, para. 46.

前者向后者支付2800万美元作为赔偿。同时，中国同意向美国支付287万美元，以便赔偿对其驻北京的美国大使馆、驻成都的美国领事馆寓所和驻广州的领事馆因示威和攻击而蒙受的损失。[320]

1984年4月17日，在利比亚驻伦敦的大使馆外发生了一场和平示威。子弹从使馆内射出，导致一位女警察死亡。围攻结束之后，在使馆内的利比亚人就撤离了。在一位沙特阿拉伯外交代表在场的情况下，对该建筑进行了搜查，结果发现了武器和其他相关的法庭证据。[321] 这里碰到的问题是：根据第45条(甲)的规定，即：遇两国断绝外交关系时，"接受国务应……尊重并保护使馆馆舍"，因此，这种搜查是否是允许的？英国的观点是：第45条(甲)并不意味着馆舍继续不得侵犯。[322] 这看来是非常正确的。在第22条规定的"不得侵犯"和第45条(甲)规定的"尊重并保护"之间存在着区别。

也有人建议，在这种情形下，也可以适用自卫权。它可以被用来说明搜查离开利比亚使馆的人员的正当性[323]，并且，在某些有限的情形下，它可以用来说明进入大使馆的 757
正当性，这种可能性引起了关注。[324]

在使馆馆舍已经被遗弃的情形下，将引起另外一个不同的问题。英国在1987年颁布了《外交和领事馆舍法》。根据该法的规定，想要将某块土地用于外交或领事馆舍的国家必须征得外交大臣的同意。征得这种同意后(但是如果某块土地在该法生效之前已具有这种地位，就没有这种必要)还可能在以后被撤销。如果该土地一直被闲置，或没有外交人员居住，并且因为疏忽的原因可能对行人或毗邻的建筑造成危险，那么如果外交大臣确信受到国际法的允许，他便有权要求该土地的所有权属于他(第2条)。根据该法第3条的规定，外交大臣可以出售该馆舍，扣除某些费用，并且将剩余的钱交给其利益被剥夺的人。

这种情形发生在柬埔寨驻伦敦的使馆。1975年，当波尔布特掌控柬埔寨之后，使馆人员就关闭了使馆建筑，并将钥匙交给了外交部。[325] 1979年，在越南入侵柬埔寨之后，

---

[320] 参见：DUSPIL, 2000, pp. 421—8. 另外，美国事先已经向在使馆轰炸中被杀害的人员家属以及受伤人员支付了人道赔偿，*ibid.*, p. 428. 还可以参见：Denza, *Diplomatic Law*, p. 166.

[321] 参见：Foreign Affairs Committee, *Report*, p. xxvi.

[322] 外交和英联邦办公室的备忘录，Foreign Affairs Committee, *Report*, p. 5.

[323] *Ibid.*, p. 9. 这种搜查对于保护警察来说被宣布为是基本的，*ibid.* 注意：援引自卫既可以根据国内法，也可以根据国际法，*ibid.*

[324] 参见外交和英联邦办公室法律顾问的评论，Minutes of Evidence, Foreign Affairs Committee, *Report*, p. 28. 当然，也可以根据接受国的同意而进入馆舍，例如，伊朗曾经请求英国驱逐那些在1980年占领其驻伦敦使馆的好战分子。

[325] C. Warbrick, "Current Developments", 38 ICLQ, 1989, p. 965.

英国撤回了对柬埔寨政府的承认。从那天起,就不再与作为该国政府的任何当局有交往。不久,就开始有人搬进该建筑居住。1988 年,这些建筑开始受到《外交和领事馆舍法》第 2 条的调整[326],外交大臣宣布该土地归其所有。那些已经在该建筑居住的人就对该决定提出了异议。在"外交和英联邦事务大臣,塞缪尔"案(*R* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, *ex parte Samuel*)[327]中,亨利法官(Henry)认为,外交大臣的行为是正确的,并且符合《维也纳公约》第 45 条规定的义务。上诉法院驳回了对该
758 判决提起的上诉[328],认为有关条款只是要求外交大臣确信国际法允许这种行为即可。[329]

"威斯敏斯特城市委员会诉伊朗伊斯兰共和国政府"案[330]涉及的是费用的支付问题。该笔费用是因 1980 年修理受损和被遗弃的伊朗驻伦敦使馆而产生的。该委员会要求登记一笔土地费用,但产生了《维也纳(外交关系)公约》第 22 条下馆舍的豁免问题。尽管法院认为,从程序上来说,它不能审理该案件[331],但是,提到的却是实体问题。它注意到:在该案情中,该馆舍已经不再是外交馆舍,因此该馆舍并不是第 22 条所要求的供使馆"使用的"馆舍,因为该用语使用的是现在时态。但是,不应当将外交馆舍不得侵犯与治外法权相混淆。这种馆舍并不属于派遣国领土的组成部分。[332]

在一般国际法中是否存在外交庇护权是有疑问的。原则上,在不存在相反条约或习惯规则的情形下,应当将难民退回接受国当局。在哥伦比亚和秘鲁之间的"庇护"案[333]中,国际法院强调指出:赋予庇护的决定是对接受国主权的削弱,"并且属于对完全属于该国权限范围内的事项的干涉。除非某一特定案件具有法律依据,否则对领土主权的这种削弱不能得到承认"。在存在赋予庇护的条约情形中,就会产生派遣国和接受国,或者赋予庇护的国家和领土国各自的权限问题。虽然派遣国的外交代表可以临时决定某位

---

[326] 参见《外交和领事馆舍(柬埔寨)令》第 2 条,SI 1988 no. 30.

[327] *The Times*, 1988 年 9 月 10 日。

[328] *The Times*, 1989 年 8 月 17 日;83 ILR, p. 232. 注意:在下面一个案件中,上诉法院认为,在这种情形下,可以适用 1980 年《时效法》第 15 条第(1)款以及时间表(一)中所规定的三十年的延长时效,占据馆舍的人不能援引十二年的相反占有:*Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* v. *Tomlin*, *The Times*, 1990 年 12 月 4 日; [1990] 1 All ER 920.

[329] 注意:在美国,由于断绝关系而被暂时遗弃的使馆可以被扣押用于其他目的直到恢复关系为止。在伊朗、柬埔寨、越南的财产案件中都发生过,它们被外国使馆办公室所扣押,参见:McClanahan, *Diplomatic Immunity*, pp. 53 以及 110. 也可以参见美国 1982 年的《外国使馆法》。

[330] [1986] 3 All ER 284; 108 ILR, p. 557.

[331] 参见上文,第 748 页。

[332] 例如参见:*Persinger* v. *Islamic Republic of Iran* 729 F. 2d 835 (1984). 也可以参见:*Swiss Federal Prosecutor* v. *Kruszyk* 102 ILR, p. 176.

[333] ICJ Reports, 1950, pp. 266, 274—5.

难民是否符合可适用条约中规定的赋予庇护的任何条件，但这并不能拘束接受国，因为 759
“国际法原则并不承认赋予庇护的国家任何单方面、并且最终设定条件的规则”。[334] 也许，在法律中，基于“紧急和强烈的人道理由”，可以产生庇护权[335]，但这种权利的性质和范围是不清楚的。

外交邮袋

第 27 条规定，接受国应允许使馆为一切公务目的自由通讯，并予保护。这种官方的通讯不受侵犯，可以包括使用外交信差及明密码电信。不过，对于无线电发报机来说，需要征得接受国的同意。[336]

第 27 条第 3 款和第 4 款针对的是外交邮袋。[337] 这些条款规定，不得予以开拆或扣留。[338] 不过，构成外交邮袋之包裹“须附有可资识别之外部标记，以装载外交文件或公务用品为限”。[339] 在这个领域需要进行平衡是很明显的。一方面，使馆需要秘密的通讯方式；另一方面，显然也有必要防止其被滥用。但是，第 27 条强调的是前者。[340] 这是以第 27 条第 4 款得到遵守为前提的。在 1984 年 7 月 5 日的“迪科事件”(the *Dikko* incident)中，尼日利亚的一位前部长在伦敦被绑架，并被囚禁在一个大木箱里，准备运往尼日利亚。尽管一位随行的人员声称具有外交代表地位，但该大木箱还是在斯坦斯特德机场被打开。由于该大木箱[341]并没有盖官方印章，因此它显然不是一个外交邮袋。[342]

---

[334] *Ibid.*, p. 274.

[335] *Oppenheim's International Law*, p. 1084.

[336] 在维也纳会议上，发达国家和发展中国家在这个问题上存在分歧。前者认为，安装和使用无线电不需要征得同意，参见：Denza, *Diplomatic Law*, pp. 214 ff.

[337] 国际法委员会 1989 年通过的《外交信差和(没有外交信差相随的)外交邮袋条款草案》第 3 条第(2)款将其定义为“装有公文及文件或专门以官方使用为目的的物品的包裹，无论是否由外交信差所相随，用于第 1 条所指的官方通讯并且具有对它们作为外交邮袋的性质可以进行识别的外部标识”，参见：*Yearbook of the ILC*, 1989, vol. II, part 2, p. 15.

[338] 第 27 条第 3 款。

[339] 第 27 条第 4 款。

[340] 这标志着早期实践的转变，参见：*Yearbook of the ILC*, 1989, vol. II, part 2, p. 15.

[341] 随行的大木箱里装的人据称是绑架行为的一部分。

[342] 参见：Foreign Affairs Committee, Report, pp. xxxiii—xxxiv. 也应当注意发生在 1964 年的事件，在罗马机场的一只标有“外交邮件”的大木箱里发现一位被捆绑的以色列人，他已经被麻醉在内。结果，意大利宣布一位埃及使馆中的人员为“不受欢迎的人”，并驱逐了另外两人，参见：*Keesing's Contemporary Archives*, p. 20580. 1980 年，一只运往摩洛哥驻伦敦使馆的大木箱在英国哈里奇裂开，里面发现价值 50 万英镑的毒品，参见：*The Times*, 1980 年 6 月 13 日. 1984 年 7 月，西德当局以货车本身不可能是邮袋为由要求打开苏联的一辆货车进行检查。该货车里面的一只大木箱被认为是外交邮袋，因而没有被打开，参见：Foreign Affairs Committee, Report, p. xiii, note 48.

760 2000 年 3 月，运往英国驻哈拉雷高级专员公署的外交邮袋被津巴布韦当局扣留并开拆，英国政府提出了强烈抗议，并且宣布召回其高级专员以商量对策。[343]

当有被滥用的嫌疑时，就会对外交邮袋进行电子检查，而不是开拆或扣留，这就引起电子检查是否正当的问题。英国采取的观点好像是，进行此种电子检查是容许的，不过，它声称从来没有从事过这种行为。然而，其他国家并不接受这种观点。[344] 需要指出的是，在 1984 年 4 月发生的对利比亚使馆围攻事件之后，英国并没有搜查遗留在该建筑内的外交邮袋。[345] 但是，利比亚对《维也纳（外交关系）公约》提出保留：即在有关使馆正式代表在场的情况下它有打开外交邮袋的权利。在没有派遣国当局允许的情况下，外交邮袋应当被送回至其始发地。科威特和沙特阿拉伯也作有相同保留，并且没有遭到反对。[346] 有必要把其与巴林对第 27 条第 3 款提出的保留进行比较。巴林提出的保留的是：在某些情形下，开拆外交邮袋是可以的。[347] 因此，英国本来可以援引利比亚提出的保留。

另外，非常有意思的是，在“迪科”事件发生后，英国外交大臣声称：开拆有关大木箱是因为怀疑里面有人。对于搜查权来说，无论该大木箱是否属于外交邮袋都是一个相关的考虑因素，但是，

> 假如该大木箱属于外交邮袋，在给出意见以及在本来应该给出意见时都应当充
761 分注意：挽救和保护人的生命是最重要的一项义务。[348]

看来，这是在暗示：基于人道原因，第 27 条第 3 款可以有例外。当然，假如仅仅只有这些条件并得到严格适用，是应当受到欢迎的。

国际法委员会考察了第 27 条中的外交邮袋问题，也考察了 1963 年《领事关系公约》、1969 年《特别使团公约》和 1975 年《关于国家在其对（普遍性——译者）国际组织关系上的代表权公约》类似条款中的外交邮袋问题。1989 年，国际法委员会最终通过了

---

〔343〕 参见：UKMIL, 71 BYIL, 2000, pp. 586—7.

〔344〕 参见外交和英联邦办公室法律顾问的意见，Foreign Affairs Committee, *Report*, p. 23. 也可以参见：985 HC Deb., col. 1219, 1980 年 6 月 2 日，以及 Cmnd 9497. 进一步参见：*Yearbook of the ILC*, 1988, vol. II, part 1, p. 157, 以及 Denza, *Diplomatic Law*, pp. 238 ff.

〔345〕 Foreign Affairs Committee, Report, p. xxx.

〔346〕 除了法国，参见：Denza, *Diplomatic Law*, pp. 229 ff. 英国没有提出反对，将该保留视为是实际上反映了该公约之前的习惯国际法规则，参见《外交和英联邦办公室的备忘录》，Foreign Affairs Committee, *Report*, p. 4.

〔347〕 该保留遭到了反对，Foreign Affairs Committee, Report, p. 4，以及参见：Denza, *Diplomatic Law*, pp. 230—1.

〔348〕 参见：Foreign Affairs Committee, *Report*, p. 50.

《外交信使和(没有外交信差相随的——译者)外交邮袋条款草案》。该草案第28条规定:外交邮袋应当不受侵犯,无论其位于何处。它不应当被开拆或扣留,并且,"应当免受直接的或通过电子或其他技术装置的查验"。不过,在领事邮袋的情形下,应当注意的是:如接受国或过境国主管当局有重大理由认为邮袋装有公文文件或专门以官方使用为目的的物品以外的其他物品,得请派遣国授权代表一人在该当局前将邮袋开拆。如派遣国当局拒绝此项请求,邮袋应退回至原发送地。[349] 有人认为,这是对现有法的维持。当然,就领事邮袋而言,这照抄了《维也纳领事关系公约》第35条第3款。不过,《维也纳领事关系公约》并没有规定可以免于电子或其他技术的查验。国际法委员会认为,这只是对该条款内容的澄清,这种意见[350]还是有争议的。[351]

就外交信使,即随同外交邮袋的人而言,该条款草案规定的特权、豁免和不受侵犯性与外交代表类似。他的人身不得侵犯,并且不受任何方式之逮捕或拘禁(草案第10条),临时住所不受侵犯(草案第17条),而且,在履行职责过程中实施的所有行为免受 762
接受国或过境国的刑事和民事管辖(草案第18条)。大体上,他的特权和豁免从其进入接受国或过境国之时起一直到他离开上述国家为止(草案第21条)。[352]

外交豁免——财产

根据《维也纳公约》第22条的规定,使馆馆舍不得侵犯[353],并且与使馆设备,以及馆舍内其他财产与使馆交通工具一起免受搜查、征用、扣押或强制执行。第23条规定了对使馆馆舍征税的一般例外。在"菲律宾大使馆"案中,法院解释说:根据习惯法和条约的有关规定,"派遣国用于履行外交职责的财产在任何情况下都享有豁免,即使它超出了第22条的属事和属地适用范围"。[354] 还应当指出,在"阿尔科姆有限公司诉哥伦比亚共和国案"[355]中,上议院认为:根据1978年《国家豁免法》的规定,在商业银行中以使馆名义

---

[349] 《草案》第28条第2款,参见:*Yearbook of the ILC*, 1989, vol. II, part 2, pp. 42—3. 也可以参见:S. McCaffrey, "The Forty-First Session of the International Law Commission", 83 AJIL, 1989, p. 937.

[350] *Yearbook of the ILC*, 1989, vol. II, part 2, p. 43.

[351] 例如参见:*Yearbook of the ILC*, 1980, vol. II, pp. 231 ff.; *ibid.*, 1981, vol. II, pp. 151 ff. 以及 *ibid.*, 1985, vol. II, part 2, pp. 30 ff. 也可以参见:A/38/10 (1983) 以及国际法委员会委员伊恩·辛克莱(Ian Sinclair)爵士在1984年会议上对这个问题发表的备忘录,Foreign Affairs Committee, *Report*, pp. 79 ff.

[352] 例如参见:McClanahan, *Diplomatic Immunity*, p. 64, 以及 *Yearbook of the ILC*, 1985, vol. II, part 2, pp. 36 ff.

[353] 根据该《公约》第30条第1款的规定,外交代表之私人寓所一如使馆馆舍应享有同样之不得侵犯权及保护。

[354] 参见:UN, *Materials*, pp. 297, 317; 65 ILR, pp. 146, 187.

[355] [1984] 2 All ER 6; 74 ILR, p. 180.

开设的现今账户享有豁免权，除非原告能够举证证明该外国将该账户专门用作解决商业交易产生的责任。因此，用来支付使馆日常开支费用的账户享有豁免。这也是以《维也纳外交关系公约》第25条规定的义务为基础的。根据该条款的规定，接受国"应给予使馆执行职务之充分便利"。上议院指出：对这项原则的反面解读是，接受国政府的行政机关以及法律部门都不得以妨碍使馆履行职责的方式行事。[356]

然而，《国家豁免法》第16条第(1)款第b项的规定，在有关"国家对供使馆使用的财产的所有权或占有权方面"的诉讼中，并不适用第6条有关在英国的不动产诉讼不享
763 有豁免的规定。在"因特普洛财产(英国)有限公司诉索维尔"案(*Intpro Properties (UK) Ltd* v. *Sauvel*)[357]中，上诉法院认为：外交人员的私人寓所并不属于供使馆使用的财产，即使有时为使馆的社会功能使用，并且，在任何情形下，该案件的诉讼并不涉及法国政府对馆舍的所有权或占有权，而只是涉及违反出租合同而引起的损害赔偿问题。因此，并不存在第16条所规定的豁免情形。

需要注意的是，根据《维也纳公约》第24条的规定，使馆档案及文件无论何时，亦不论位于何处，均属不得侵犯。[358] 尽管该公约并没有对"档案及文件"进行界定，但《维也纳领事关系公约》第1条第(1)款第(11)项却规定："领馆档案"是指"领馆之一切文书、文件、函电、簿籍、胶片、胶带及登记册，以及明密电码、纪录卡片及供保护或保管此等文卷之用之任何器具"。应该说，《外交关系公约》中规定的该词的范围不可能比这还要小。[359]

在"希尔森·莱曼诉麦克莱恩·沃森(第二)"案(*Shearson Lehman* v. *Maclaine Watson (No. 2)*)[360]中，上议院讨论了第24条的范围问题。该案件涉及国际锡理事会对某个案件的介入，因为它在证据中建议提供的某些文件是不可受理的。它是根据1972年《国际锡理事会(豁免和特权)令》第7条的规定提出这种观点的。第7条规定：国际锡理事会应当具有"……与使馆档案所享有的相同的不受侵犯权"。布里奇勋爵(Bridge)把第24条中的"使馆档案及文件"解释成那些"属于或由使馆持有的"档案和文件。[361]

---

[356] [1984] 2 All ER 9; 74 ILR, p. 182. 还可以参见：Denza, *Diplomatic Law*, pp. 156—9 and 202.

[357] [1983] 2 All ER 495; 64 ILR, p. 384.

[358] 这已经超出了以前的习惯法的范围，例如参见：*Rose* v. *R* [1947] 3 DLR 618. 也可以参见：*Renchard* v. *Humphreys & Harding Inc.* 381 F. Supp. 382 (1974) 以及 the *Iran* case, ICJ Reports, 1980, pp. 3, 36; 以及 Denza, *Diplomatic Law*, pp. 189 ff.

[359] 例如参见：Denza, *Diplomatic Law*, p. 195.

[360] [1988] 1 WLR 16; 77 ILR, p. 145.

[361] [1988] 1 WLR 24; 77 ILR, p. 150.

这种保护不限于东道国的行政或司法行为，而且还包括像文件被偷或通过其他不合适方式被散发的情形。[362] 764

外交豁免——人身

根据《维也纳公约》第29条的规定，外交代表[363]人身不得侵犯，并且不受任何方式之逮捕或拘禁。[364] 这是外交法中最根本的原则，也是外交法中最古老的公认的规则。[365] 例如，1999年1月，联合国大会在第53/97号决议中强烈谴责针对使馆和领馆及其代表的暴力行为[366]，安理会则发表主席声明：谴责谋杀在阿富汗的九位伊朗外交代表的行为。[367] 各国承认，保护外交代表是建立在职能必要和互惠的基础上的一种互利。[368] 接受国有义务"采取一切适当步骤"，以防止对外交代表人身、自由或尊严的任何侵犯。[369]

在发生了绑架外交代表的一系列事件之后，联合国在1973年通过了《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》。该公约规定，缔约国必须将袭击这种人员的行为规定为其国内法上的犯罪，并规定适当的刑罚，而且还必须采取必要措施对这种犯罪确立起管辖权。缔约国有义务对罪犯进行引渡或起诉。[370] 公然侵犯保 765
护外交代表最典型的例子是美国外交代表在1979年至1980年在伊朗被劫为人质的事件。在该案件中，国际法院判决认为：由于在美国外交和领事人员被扣押的相当长的时

---

[362] [1988] 1 WLR 27; 77 ILR, p. 154. 也可以参见：*Fayed* v. *Al-Tajir* [1987] 2 All ER 396; 86 ILR, p. 131.

[363] 第1条(戊)称"外交代表"者，谓使馆馆长或使馆外交职员。关于国家元首的豁免权，参见前面，第735页。也可以参见，例如：*US* v. *Noriega* 746 F. Supp. 1506, 1523—5; 99 ILR, pp. 145, 165—7.

[364] 注意，根据第26条的规定，除接受国为国家安全设定禁止或限制进入区域另订法律规章外，接受国应确保所有使馆人员在其境内行动及旅行之自由。

[365] 参见：Denza, *Diplomatic Law*, p. 256 ff.

[366] 也可以参见第42/154号决议，以及秘书长的报告：A/INF/52/6以及Add. 1以及A/53/276以及Corr. 1.

[367] SC/6573 (1998年9月15日). 也可以参见联合国秘书长的声明：SG/SM/6704 (1998年9月14日).

[368] 例如参见美国最高法院在下面一个案件中的意见：*Boos v. Barry* 99 L Ed 2d 333, 346 (1988); 121 ILR, pp. 499, 556.

[369] 注意：在下面这个案件中，上诉法院判决认为：当涉案的主权者要求驳回一项要求秘密审理的请求时，如果法院对有关主权豁免的问题进行开庭审理，那么并没有违反第29条：*Harb* v. *King Fahd* [2005] EWCA Civ 632, para. 40。在下面这个案件中，上诉法院判决认为：虽然根据国际法，一国有义务采取措施防止袭击处在该国管辖范围内的外国国家元首或与其发生身体上的冲突，但这项规则是否可以扩大适用于防止个人对在外国境内的外国国家元首采取仅仅具有攻击性或侮辱性的行动则是有疑问的：*Mariam Aziz* v. *Aziz and Sultan of Brunei* [2007] EWCA Civ 712, paras. 88 ff.

[370] 参见第2条、第3条、第6条和第7条。根据第8条的规定，这种犯罪在缔约国之间的任何引渡条约中被视为可引渡的罪行。参见：*Duff* v. *R* [1979] 28 ALR 663; 73 ILR, p. 678.

期里伊朗政府没有采取行动,因此构成对第 29 条"明确而严重的违反"。[371] 在"刚果诉乌干达案"(*Congo* v. *Uganda*)中,国际法院判决认为:如果在乌干达大使馆内的人员属于外交官,那么刚果部队虐待此种人员就构成对第 29 条的违反,而在机场虐待乌干达外交官也同样违反了第 29 条规定的义务。[372]

然而,在特殊情况下,也可以根据自卫或为了保护人的生命起见而逮捕或拘禁外交代表。[373]

第 30 条第 1 款规定了外交代表之私人寓所[374]不得侵犯权,而第 2 款则规定外交代表之文书及信件和财产[375]不得侵犯。1964 年的《外交特权法》第 4 条规定,当遇到某人是否享有该法(其纳入了《维也纳(外交关系)公约》中的许多条款)规定的任何特权或豁免问题时,对于有关事实来说,一个由外交大臣出具或由外交大臣授权出具的声明有关
766 这一问题的任何事实的证明书,是对此事实的决定性证据。

就刑事管辖权而言,尽管外交代表仍然受到派遣国的管辖[376],但对接受国的法律制度享有完全的豁免权。[377] 第 31 条第 1 款的规定是已经被接受的习惯法的体现。在出现据称外交代表已经实施了犯罪的情况下,接受国唯一能够采取的救济措施是根据第 9 条宣布该人为"不受欢迎的人"。[378] 在这个方面,有关驾车的犯罪中会出现特别

---

[371] ICJ Reports, 1980, pp. 3, 32, 35—7; 61 ILR, p. 530.

[372] ICJ Reports, 2005, paras. 338—40. 还可以参见厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会在 2005 年 12 月 19 日作出的下面这个裁决:Partial Award, Diplomatic Claim, Ethiopia's Claim 8。在该案件中,由于厄立特里亚在 1998 年 9 月和 1999 年 10 月不顾埃塞俄比亚代办所享有的外交豁免而对他进行了逮捕和简短拘禁,因此厄立特里亚需要为违反第 29 条的行为承担责任。

[373] ICJ Reports, 1980, p. 40. 也可以参见:Denza, *Diplomatic Law*, p. 267.

[374] 与使馆馆舍不同,这种寓所可能是私人出租的或者派遣国为寓所使用为目的而租得的,而且可能仅仅是临时性质的。临时没有人住不会导致失去豁免,但长期没有人住则可能导致失去豁免,例如参见:*Agbor* v. *Metropolitan Police Commissioner* [1969] 2 All ER 707 以及 Denza, *Diplomatic Law*, pp. 270 ff. 1977 年的《刑法法案》第 9 条将故意穿越属于外交代表私人寓所的馆舍的行为规定为犯罪行为。

[375] 除了受到第 31 条第 3 款的限制,参见后面,第 683 页。看来,仅仅占有财产就足以产生不得侵犯权,参见:Denza, *Diplomatic Law*, p. 280 ff.

[376] 第 31 条第 4 款。

[377] 例如参见:*Dickinson* v. *Del Solar* [1930] 1 KB 376; 5 AD, p. 299; the *Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, pp. 3, 37; 61 ILR, p. 530 以及 *Skeen* v. *Federative Republic of Brazil* 566 F. Supp. 1414 (1983); 121 ILR, p. 481. 也可以参见:Denza, *Diplomatic Law*, pp. 280 ff.

[378] 例如参见于 1999 年发生在华盛顿特区的事件,一位俄罗斯大使的随员被宣布为"不受欢迎的人",因为被怀疑对国务院进行了"窃听":94 AJIL, 2000, p. 534.

问题。[379]

第31条第1款还特别规定，外交代表[380]对接受国之民事及行政管辖亦享有豁免，除非出现以下三种情形之一[381]：第一，关于接受国境内私有不动产之物权诉讼（除非为使馆用途而置有）[382]；第二，关于外交代表以私人身份卷入继承事项的诉讼（例如作为遗 767
嘱执行人或继承人）；第三，关于外交代表从事的非公务的专业或商务活动诉讼。[383] 在1987年外交部颁发的题为《在英国的外交特权和豁免备忘录》[384]的文件中，英国指出：英国对利用外交民事管辖豁免来逃避法律诉讼问题采取严肃立场，任何此种行为将迫使英国考虑是否继续承认该人的外交代表地位。[385] 根据第31条第2款的规定，外交代表无以证人身份作证之义务，而第3款还规定，对外交代表不得为执行之处分，除非出现第31条第1款所规定的三种情形之一，并且执行处分对其人身或寓所之不得侵犯权不会

---

[379] 但是，美国是通过1994年的《对外行动、出口融资以及相关项目拨款法》第574条的规定解决未付停车费的罚款问题的。根据该条款的规定，110%的未付停车费的罚款以及惩罚必须从对该国的外援款中扣除。另外，国务院在1993年12月宣布，将对超过一年未支付或未调整停车费的车辆不再进行重新登记，从而使得使用这种车辆在美国变得非法，参见："Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", 88 AJIL, 1994, p.312. 1978年美国《外交关系法》还要求使馆、使馆人员及其家属参加责任保险，并且允许对保险公司提起民事诉讼。注意，英国已经表明，外交人员经常不遵守停车规章以及不支付停车罚款通知中要求的费用"将对他们是否还是伦敦使馆人员的地位产生疑问"，参见：UKMIL, 63 BYIL, 1992, p.700. 还可以参见：Denza, *Diplomatic Law*, pp.288—9 以及 UKMIL, 77 BYIL, 2006, pp.741 ff.

[380] 注意，外交代表为接受国国民或在该国永久居留者，仅就其执行职务之公务行为，享有管辖之豁免及不得侵犯权（第38条）。

[381] 第31条第1款（甲）、（乙）和（丙）。注意，免受派遣国管辖是不存在的（第31条第4款）。

[382] 参见：*Intpro Properties (UK) Ltd* v. *Sauvel* [1983] 2 All ER 495; 64 ILR, p.384. 在下面这个案件中，法院认为，第31条第1款（甲）是对习惯国际法的宣布：the *Deputy Registrar* case, 94 ILR, pp.308, 311. 在下面这个案件中，法院认为，该条款并不包括对支付出租费用提出请求的情形：*Hildebrand* v. *Champagne* 82 ILR, p.121. 也可以参见：*Largueche* v. *Tancredi Feni* 101 ILR, p.377 以及 *De Andrade* v. *De Andrade* 118 ILR, pp.299, 306—7.《联合国管辖豁免公约》第13条规定在确定下列问题的诉讼中，不得援引国家豁免：对位于法院地国的不动产的任何权利或利益，或该国对该不动产的占有或使用，或该国由于对该不动产的利益或占有或使用而产生的任何义务。

[383] 参见：*Portugal* v. *Goncalves* 82 ILR, p.115. 该项例外并不包括偶然发生的与在接受国生活有关的一般合同，例如家政合同，参见：*Tabion* v. *Mufti* 73 F. 3d 535 以及 Denza, *Diplomatic Law*, pp.301 ff. 也可以参见：*De Andrade* v. *De Andrade* 118 ILR, pp.299, 306—7, 该案件指出，外交代表购买家用物品进行投资并非该条款意义上的商业行为。

[384] 参见：UKMIL, 58 BYIL, 1987, p.549.

[385] 附件F，复制了1985年2月的备忘录，*ibid.*, p.558. 参见1992年备忘录附件F，UKMIL, 63 BYIL, 1992, p.698.

产生损害。原则上,外交代表应当免于适用接受国施行之社会保险办法[386],免纳一切除间接税之外的对人或对物课征之国家、区域、或地方性捐税[387],免除一切个人及公共服务[388]以及免除关税和查验。[389] 外交代表私人行李免受查验,除非有重大理由推定其中装有第31条第1款所称免税之列之物品以外的其他物品。查验只能在外交代表或其授权代理人在场的情形下方得为之。[390]

第37条规定,外交代表之与其构成同一户口之家属[391],如非接受国国民,应享有第
768 29条至36条所规定之特权与豁免。[392] 从英国的实践来看,家属成员包括:配偶和未成年的子女(即低于18周岁)、高于18周岁但没有固定有偿工作的子女(例如学生)、向外交代表已经履行了女房东的社会义务的人员、与外交代表居住并且不具有固定有偿工作的父母。[393]

行政与技术职员(以及与其构成同一户口之家属),如非接受国国民且不在该国永久居留者,可以享有第29条至第35条所规定之特权与豁免[394],除非第31条第1款所规定的豁免不适用于执行职务范围以外之行为,而事务职员如非接受国国民且不在该国永久居留者,就其执行公务之行为享有豁免。[395]

根据第39条的规定,豁免与特权自其进入接受国国境前往就任之时起享有,如果其已在该国境内者,自其官方通知之时开始享有。[396] 在"本顿维尔监狱总管,特加"案(*R*

---

[386] 第33条。

[387] 第34条,以及关于其他一些例外,参见该条款第(乙)项至第(己)项。

[388] 第35条。

[389] 第36条第1款。

[390] 第36条第2款。

[391] 参见:Brown, "Diplomatic Immunity", pp. 63—6, 以及 Denza, *Diplomatic Law*, pp. 391 ff.

[392] 这样做的理由是确保外交代表执行公务的独立性和能力,以免受到骚扰,参见:Denza, *Diplomatic Law*, pp. 393—4.

[393] *Ibid.*, pp. 394—5. 自从2004年的《民事伴侣法》通过以来,"户口"包括同性伴侣。美国的实践稍微有点不同,参见:*ibid.*, p. 324. 在一夫多妻制的婚姻中,"配偶"一词可以被解释为组成外交代表家庭的超过一个的妻子,也可以包括并未结婚的外交代表的伴侣,参见:*ibid.*, pp. 394—6.

[394] 第36条第1款所明确规定的关于免纳海关关税和其他税收的特权只能适用于初次安装时进口的物品。

[395] 对于这种低级的外交人员的豁免来说,《维也纳(外交关系)公约》之前的习惯法是非常不清楚的,因此第37条规定的内容被认为是对这些规则的发展,例如参见:Denza, *Diplomatic Law*, pp. 401 ff. 以及 *Yearbook of the ILC*, 1958, vol. II, pp. 101—2. 也可以参见:*S* v. *India* 82 ILR, p. 13.

[396] 也可以参见第10条。该条款规定,应把使馆人员之委派,其到达及最后离境或其在使馆中职务之终止通知接受国之外交部。关于家属和私人仆役也有这样的要求。还可以参见:*Lutgarda Jimenez* v. *Commissioners of Inland Revenue* [2004] UK SPC 00419 (23 June 2004), 以及 Denza, *Diplomatic Law*, pp. 88 ff.

v. *Governor of Pentonville Prison, ex parte Teja*)[397]中，帕克勋爵(Parker)注意到：主张外交豁免最根本的是该外交代表"应当已经以某种形式得到接受或认可"。[398] 在"内政大臣，巴嘎"案(*R* v. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Bagga*)[399]中，上诉法院结合前面的案件对该观点进行了细致解释。就像帕克法官指出的那样，如果已经在该国境内的某人被聘为秘书，例如，使馆秘书，除了通知之外，无须其他任何手续，该人就有权享受豁免。而在"兰伯斯法官，郁苏夫"案(*R* v. *Lambeth Justices, ex parte Yusufu*)[400] 769
中，从沃特金斯法官(Watkins)的话来看，"对于不是外交代表的人来说，(第39条)最多规定的是一种在进入接受国国境至收到通知期间的临时豁免"。审理"巴嘎"案的法院对此表示强烈反对。[401] 豁免当然不取决于通知或接受[402]，根据第39条的规定，是开始于其进入接受国国境。第40条规定了从其本国到其就任国之间因过境而位于第三国境内的人所享有的豁免权。[403] 但是，当外交代表既非位于接受国也非和从他自己的国家前往接受国的过境国，而是位于其他国家时，并不存在豁免。[404] 特权与豁免通常于该人离境之时或听任其离境之合理期间终了之时停止。[405] 但是，根据第39条第2款的规定，关于该人以使馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效。从这样的规定中可以看出：对于离开接受国的人员而言，不得对以使馆人员资格执行职务以外的其他行为享有豁免，即使在那个时候其免于指控。这是美国国务院针对巴布亚新几内亚大使严重交通肇事事件采取的观点，该事件导致五辆汽车受损，两人受伤，而该大使被认为负有责任。[406] 巴布亚新几内亚从美国召回了该大使，并要求美国保证不对该事件展开刑事调查以及不对该前任大使根据美国国内法提起刑事指控，但是，这种要求被驳回。美国并

---

[397] [1971] 2 QB 274; 52 ILR, p.368.

[398] [1971] 2 QB 282; 52 ILR, p.373.

[399] [1991] 1 QB 485; 88 ILR, p.404.

[400] [1985] Crim. LR 510; 88 ILR, p.323.

[401] [1991] 1 QB 485,498; 88 ILR, pp.404, 41.

[402] [1991] 1 QB 499; 88 ILR, p.413, "除了使馆馆长或其他具有外交职衔的人员可能的情形之外", ibid. 还可以参见：Lutgarda Jimenez v. Commissioners of Inland Revenue [2004] UK SPC 00419 (23 June 2004), 以及 Denza, Diplomatic Law, p.431.

[403] 参见：Brown, "Diplomatic Immunity", p.59, 以及 *Bergman* v. *de Sieyks* 170 F. 2d 360 (1948). 也可以参见：*R* v. *Governor of Pentonville Prison, ex parte Teja* [1971] 2 QB 274; 52 ILR, p.368. 注意：这种豁免只能适用于与其同行的家庭成员或单行但为了与其相聚或回国的家庭成员，*Vafadar* 82 ILR, p.97.

[404] 例如参见：*Public Prosecutor* v. *JBC* 94 ILR, p.339.

[405] 第39条，以及参见：*Shaw* v. *Shaw* [1979] 3 All ER 1; 78 ILR, p.483.

[406] 参见：81 AJIL, 1987, p.937.

770 不认为国际法禁止对前任外交代表在委任期间的非职务行为提起刑事指控。[407] 在"普洛彭德金融财产有限公司诉辛格"案中,法院对外交职能采取了一种广义视角,将警察的联络职能也包括在外交职能内,因此,根据第 39 条第 2 款的规定,豁免继续有效。[408]

在"叙利亚驻德意志民主共和国前任大使"案(the *Former Syrian Ambassador to the GDR* case)中,德国联邦宪法法院认为:该大使允许通过使馆把炸药转移给恐怖组织从而涉嫌共谋杀人,这与第 39 条第 2 款有关。他被判定是在执行职务。有人声称,刑事诉讼豁免权没有任何例外,对于特别严重的犯罪也是这样的,唯一可以采取的措施是宣布其为"不受欢迎的人"。[409] 在一项也许非常有争议的声明中,法院指出:尽管第 39 条第 2 款对接受国有拘束力,但对第三国来并无拘束力。[410] 因此,根据第 39 条第 2 款的规定,即使这位驻德意志民主共和国的前任大使继续享有豁免权,但对德意志联邦共和国并无拘束力。

尽管根据 1978 年《国家豁免法》第 4 条的规定,对于在英国签订或全部或部分地在英国履行的雇佣合同来说,被告国家将受到当地管辖,但第 16 条第(1)款却规定,这对于雇佣《维也纳公约》意义上的使馆成员的诉讼不适用。[411] "森古普塔诉印度共和国"
771 案[412]的判决重申了这一点。该案件涉及受雇于印度驻伦敦高级专员的书记员。[413]

豁免的放弃

根据 1961 年《维也纳公约》第 32 条的规定,派遣国[414]可以放弃外交代表及其他根据该公约的规定享有豁免的人的管辖豁免。这种放弃必须是明示的。[415] 当享有豁免的人主动提起诉讼时,其不得对与主诉直接相关的反诉主张管辖豁免。[416] 在民事或行政

---

[407] 参见:the *Tabatabai* case, 80 ILR, p. 388; *US* v. *Guinand* 688 F. Supp. 774 (1988); 99 ILR, p. 117; *Empson* v. *Smith* [1965] 2 All ER 881; 41 ILR, p. 407 以及 *Shaw* v. *Shaw* [1979] 3 All ER 1, 78 ILR, p. 483. 也可以参见:Y. Dinstein, "Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*", 15 ICLQ, 1966, p. 76.

[408] 111 ILR, pp. 611, 659—61. 也可以参见:*Re P* (No. 2) [1998] 1 FLR 1027; 114 ILR, p. 485.

[409] 121 ILR, pp. 595, 607—8.

[410] *Ibid.*, pp. 610—12. 参见:B. Fassbender, "S v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten", 92 AJIL, 1998, pp. 74, 78.

[411] 也不适用于根据 1968 年的《领事关系法》规定的 1963 年《(维也纳)领事关系公约》意义上的领馆人员。

[412] 64 ILR, p. 352. 进一步参见上文,第 725 页。

[413] 外交代表也享有对某些税收和海关关税的豁免权。但是,这并不适用于通常计入价格内的间接税;对于接受国境内私有不动产课征的捐税、除非是代表派遣国为使馆用途而置有的不动产;各种遗产税、遗产取得税或继承税;对于自接受国内获致之私人所得课征的捐税;为供给特定服务所收费用以及各种关于不动产之登记费、法院手续费或记录费,参见:《维也纳(外交关系)公约》第 34 条,也可以参见:*UK Memorandum*, p. 693.

[414] 参见:Denza, *Diplomatic Law*, pp. 330 ff.

[415] 例如参见:*Public Prosecutor* v. *Orhan Olmez* 87 ILR, p. 212.

[416] 例如参见:*High Commissioner for India* v. *Ghosh* [1960] 1 QB 134; 28 ILR, p. 150.

诉讼程序上管辖豁免的放弃,不得视为对判决执行豁免亦默示放弃,后项放弃须分别作出。

一般说来,放弃豁免不是常事,特别是在刑事案件中。[417] 在一项题为《国务院对执法人员有关外国外交和领事人员的人身权利和豁免权的指导》[418]的备忘录中提出了如下观点:放弃豁免不"属于"有关个人,而是为了派遣国的利益。尽管在刑事指控中放弃豁免不是常事,但"它总是被要求,而且偶尔还获得成功"。不过,1985 年,赞比亚曾经对其驻伦敦大使馆涉嫌毒品犯罪的人员迅速放弃了豁免。[419]

在"法耶德诉阿勒—塔吉尔"案(*Fayed* v. *Al-Tajir*)[420]中,上诉法院提到了一位大使,他在法庭抗辩中作出了明显的放弃豁免的表示。克尔法官正确指出,根据国际法和英国法,豁免是派遣国的权利,因此,"只有主权者才有权放弃其外交代表的豁免权。他们自己不能这样做"。[421] 他还指出,把被告的抗辩记录在对其提起的诉讼档案中的行为并非国家放弃豁免的适当手段。[422] 在"某公司诉 X 共和国"案[423]中,萨维尔法官注意到:无论是否存在放弃第 22 条规定的豁免的权利(他相信并不存在这样的权利),仅仅 772
通过当事方之间的协议并不意味着该国放弃了豁免;只有当要求法院对案件行使管辖权时向法院提供的承诺或同意才算放弃。由于豁免是属于国家而不是个人的权利,因此这种放弃必须是明示的,而且必须非常清楚地由该国自己表示。

领事特权与豁免:1963 年《维也纳领事关系公约》[424]

领事用许多管理方式代表着他们的国家,例如,颁发签证和护照,以及一般性地促进

---

[417] 参见:McClanahan, *Diplomatic Immunity*, p. 137, 特别提到了一个事件:美国驻伦敦的使馆的一位官员的丈夫涉嫌对未成年人实施了严重的猥亵行为,美国没有放弃豁免,但该人后来回到了美国。但是,参见:Denza, *Diplomatic Law*, pp. 345 ff., 举出了放弃豁免的例子。

[418] 在以下杂志中有复制:27 ILM, 1988, pp. 1617, 1633.

[419] McClanahan, *Diplomatic Immunity*, pp. 156—7.

[420] [1987] 2 All ER 396.

[421] *Ibid.*, p. 411.

[422] *Ibid.*, pp. 408 (马斯蒂尔法官) 以及 411 12 (克尔法官).

[423] [1990] 2 LL. R 520, 524; 87 ILR, pp. 412, 416, 援引了 *Kahan* v. *Pakistan Federation* [1951] 2 KB 1003; 18 ILR, p. 210.

[424] 例如参见:L. T. Lee, *Consular Law and Practice*, 2nd edn, Durham, 1991, 以及 Lee, *Vienna Convention on Consular Relations*, Durham, 1966; M. A. Ahmad, *L'Institution Consulaire et le Droit International*, Paris, 1973, 以及 *Satow's Guide*, book III. 也可以参见:Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 757; *Oppenheim's International Law*, pp. 1142 ff., 以及 *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, pp. 474 ff. 在伊朗的案件中,国际法院声明,该公约是对有关领事关系的法律的编纂,参见:ICJ Reports, 1980, pp. 3, 24; 61 ILR, pp. 504, 550. 也可以参见 1968 年的《领事关系法》。

他们国家的商业利益。在协助处于危难状态中的国民来说，他们还发挥着特殊作用，例如帮助聘请律师、探访监狱以及与地方当局联系，但他们不能干涉接受国的司法诉讼和内政，不能提供法律咨询，也不能调查犯罪。[425] 他们不仅位于接受国的首都，而且还位于比较重要的省会城市。但是，他们几乎没有政治职能，因此不允许享有外交代表所享有的同等程度的豁免权。[426] 领事必须拥有派遣国出具的委任文凭以及接受国的授权（领事证书）。[427] 他们有权享有与外交代表相同的税收和海关方面的豁免权。

第31条强调领事馆舍不得侵犯，非经同意，接受国当局不得进入。与使馆馆舍一
773 样，它们应当受到保护，免受侵入或有损尊严之情事。[428] 在档案及文件[429]、税收方面[430]存在类似豁免。第35条规定了通讯自由，强调了领馆之来往公文不得侵犯，并规定领馆邮袋不得予以开拆或扣留。不过，与外交邮袋的情况形成鲜明对比的是[431]：如接受国主管当局有重大理由认为领事邮袋中装有公文、文件或用品之外的其他物品时，可以要求将邮袋开拆，并且，如遭到拒绝，邮袋应退回至原发送地。

第36条第1款是一个关键条款。正如国际法院在“拉格兰德”案（德国诉美国）中所强调的，它“确立起了一个相互联系的体制，以便为执行领事保护制度提供便利”。[432] 第36条第1款第1项规定，领事官员得自由与派遣国国民通讯及会见，而派遣国国民与派遣国领事官员通讯及会见应有同样自由。尤其是，第36条第1款第2项规定，如果派遣国国民有这种请求，接受国主管当局应迅即将逮捕或羁押通知派遣国领馆。该有关当局应将他或她的权利迅即告知派遣国的当事国民。同样，受羁押之人致领馆之信件亦应由该当局迅予递交。国际法院认定：第36条第1款为有关人员创设了个人权利，国家可以根据作为该公约附件的《强制解决争端任择议定书》的规定，将相关案件提交国际法院。[433] 国际法院随后还强调指出：违反该条款中的个人权利不仅构成对个人的侵犯，还

---

[425] 例如参见英国外交和英联邦办公室题为《英国境外领事服务》的手册，在以下杂志中刊登：UKMIL, 70 BYIL, 1999, p.530，也可以参见：*Ex parte Ferhut Butt* 116 ILR, pp.607, 618.

[426] 关于雇佣和主权豁免争议，进一步参见上文，第725页，大部分争议涉及领事行为。

[427] 第10条、第11条以及第12条。

[428] 但注意安理会第1193号决议（1998年），该决议谴责了塔利班当局在阿富汗抓捕伊朗总领事的行为。还可以参见：*R* (*B*) v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2004] EWCA Civ 1344; 131 ILR, p.616.

[429] 第33条。

[430] 第32条。

[431] 参见上文，第759页。

[432] ICJ Reports, 2001, pp.466, 492; 134 ILR, pp.1, 31. 还可以参见：the *Avena* (*Mexico* v. *USA*) *case*, ICJ Reports, 2004, pp.12, 39; 134 ILR, pp.120, 142.

[433] ICJ Reports, 2001, p.494; 134 ILR, p.33.

可能违反该国本身的权利。[434]

法院认为:由于没有根据第36条第1款的规定"迅即"将他们的权利通知拉·格朗兄弟[435],因此,美国违反了该条款规定的义务。[436] 在"阿韦纳案"(*Avena* case)中,国际 774
法院重申了它的做法。该案件是墨西哥起诉美国的案件,实体问题与"拉·格朗案"的理由非常相似。[437]

第41条规定,领事官员不得予以逮捕候审或羁押候审,但遇犯严重罪行的情形,依主管司法机关之裁判执行者不在此列。但是,如对领事官员提起刑事诉讼,该员须到管辖机关出庭。诉讼程序应以尊重其领事职位的方式进行,并应尽量避免妨碍领事职务的执行。根据第43条的规定,他们的管辖豁免权在刑事和民事事项方面仅限于为执行领事职务而实施的行为。[438] 例如,在"克佩尔和克佩尔诉尼日利亚联邦共和国"案(*Koeppel and Koeppel* v. *Federal Republic of Nigeria*)[439]中,法院认为:尼日利亚总领事向一位尼日利亚国民提供庇护属于第43条意义上的执行领事职务而实施的行为,因此享有领事豁免。

1969年《特别使团公约》[440]

除了需要依赖使领馆常驻人员之外,在很多情况下,各国还向特定的国家派出特别的或临时的使团,来解决某些特定问题。在这种情形下,无论其重要性纯粹体现在技

---

[434] The *Avena* (*Mexico* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2004, pp. 12, 36; 134 ILR, pp. 120, 139.

[435] 法院指出:只要被羁押的人是外国国民或有理由认为该人很有可能是外国国民,羁押当局就必须履行第36条第1款第2项所规定的提供必要信息的义务,参见:the *Avena case*, ICJ Reports, 2004, pp. 12, 43 and 49; 134 ILR, pp. 120, 146 and 153.

[436] ICJ Reports, 2001, p. 514; 134 ILR, p. 52. 在1999年10月1日发表的一项咨询意见中,美洲间人权法院断定:第36条第1款规定的通知被羁押的外国国民其具有寻求领事协助的义务是人权的组成部分,参见:Series A 16, OC-16/99, 1999以及94 AJIL, 2000, p. 555. 参见上文,第7章,第389页。注意:在"拉格朗案"中,国际法院认为它没有必要审查这种观点,参见:ICJ Reports, 2001, pp. 466, 494—5. 关于会见本国国民的权利,还可以参见2000年夏发生的南斯拉夫事件。在该事件中,由于南斯拉夫逮捕了英国派往联合国科索沃使团的公民,而且没有向英国进行通报,英国向南斯拉夫提出了抗议,参见:UKMIL, 71 BYIL, 2000, p. 608.

[437] ICJ Reports, 2004, p. 12. 还可以参见国际法院在两个案件中判决美国应当承担的义务,参见后面,第19章,第1103页。还可以参见美国法院对这些案件的反应,前面,第4章,第135页和第164页,脚注178。

[438] 例如参见:*Princess Zizianoff* v. *Kahn and Bigelow* 4 AD, p. 384. 关于领事职能,一般可以参见:DUSPIL, 1979, pp. 655 ff. 注意,根据第45条的规定,放弃领事豁免除了必须明示之外,还必须是以书面形式。

[439] 704 F. Supp. 521 (1989); 99 ILR, p. 121.

[440] 例如参见:Hardy, *Modern Diplomatic Law*, p. 89, 以及 *Oppenheim's International Law*, pp. 1125 ff. 该公约于1985年6月开始生效。

775 术方面或政治方面，这些使团可以享有某些豁免，这些豁免基本上来自于两个《维也纳公约》，只是作了某些适当的修正。根据第 8 条的规定，派遣国必须让接受国知道该使团的大小和组成，而根据第 17 条的规定，该使团的位置必须经有关国家的协议或由接受国的外交部决定。

根据第 31 条的规定，特别使团的成员对于其执行职务以外因使用车辆造成的事故而引起的赔偿请求不享有豁免权。而且，根据第 27 条的规定，行动和旅行自由只能限于执行特别使团职务所必需的范围之内。

在德国法院审理的一系列“塔巴塔贝”案（the *Tabatabai* case）中，特别使团问题得到了充分讨论。[441] 联邦最高法院注意到：该公约尚未生效，而且，对于其在何种程度反映了现有的习惯法仍然存在各种不同意见。然而，非常清楚的是，习惯国际法规则规定，可以通过与接受国就该使团以及相关地位问题签订特别协议的方式，赋予派遣国任命负有特别政治使命的临时特使以豁免权。因此，这种特使可以具有与国家的常驻使团成员相同的地位。[442] 豁免保护的不是外交代表个人，而是该人代表派遣国执行的使命。因此，法院在该案件情形中发现的问题是：有关国家之间是否达成了足够具体的特别使团协议？[443] 在“美国诉西索科”案（*USA* v. *Sissoko*）中，审理该案件的地区法院认为，美国没有参加《特别使团公约》，而且它并不属于习惯国际法法，因此该公约对该法院没有拘束力。[444]

1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》[445]

776 该条约适用于国家在任何普遍性国际组织的代表权，无论派遣国与东道国之间是否存在外交关系。

该公约与 1961 年的《维也纳公约》存在许多相同之处。例如，根据第 30 条的规定，外交人员享有完全的刑事管辖豁免权，以及民事和行政管辖豁免权，除非出现 1961 年《公约》所规定的例外情形。行政、技术和事务职员具有与该条约规定相同的地位（第 36 条）。

---

[441] 参见：80 ILR, p. 388. 也可以参见：Böckslaff and Koch, “The Tabatabai Case: The Immunity of Special Envoys and the Limits of Judicial Review”, 25 German YIL, 1982, p. 539.

[442] 80 ILR, pp. 388, 419.

[443] *Ibid.*, p. 420.

[444] 999 F. Supp. 1469 (1997); 121 ILR, p. 600. 还可以参见：*Re Bo Xilai* 76 BYIL, 2005, p. 601.

[445] 例如参见：J. G. Fennessy, “The 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organisations of a Universal Character”, 70 AJIL, 1976, p. 62.

使团馆舍不得侵犯,免纳东道国的税收,而档案、文件和通讯同样不得侵犯。

该公约并没有受到热情欢迎,主要是因为它规定的高级别豁免均比照外交代表使团的豁免,而这种比照是存在争议的。[446] 它所规定的豁免权范围与诸如 1946 年《联合国特权和豁免公约》规定的一般状况形成了鲜明对比。[447]

国际组织的豁免权

就习惯规则而言,国际组织豁免的地位还非常不清楚。这个问题通常都是通过条约来规定的,将位于东道国领土上的国际组织的豁免权限制在实现其目的而执行职务必要的范围内。

也许,最为重要的例子是 1946 年的《联合国特权和豁免公约》。该公约规定了联合国及其人员的豁免权,强调其馆舍、档案和文件不得侵犯。[448] 777

进一步阅读推荐书目

E. Denza, *Diplomatic Law*, 2nd edn, Oxford, 1998

H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002

C. H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, 1988

I Sinclair, "The Law of Sovereign Immunity" Recent Developments' 167 HR 1980, p. 113

A. Watts, "The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers", 247 HR, 1994 III, p. 13

---

[446] 应当指出的是,在通过该公约时投弃权票的国家有法国、美国、瑞士、奥地利、加拿大和英国,这些国家都是一些重要的国际组织的总部所在地,参见:Fennessy, "1975 Vienna Convention", p. 62。

[447] 特别参见第 4 条。也可以参见 1947 年的《专门机构特权和豁免公约》第 5 条所采取的类似做法。

[448] 进一步参见下文,第 23 章,第 1318 页。有关外国武装力量的特权与豁免,包括 1951 年的《北约武装力量地位协议》,规定了一种并行管辖的制度,参见:S. Lazareff, *Status of Military Forces under Current International Law*, Leiden, 1971; Brownlie, *Principles*, pp. 362 ff., 以及 J. Woodliffe, *The Peacetime Use of Foreign Military Installations under Modern International Law*, Dordrecht, 1992.

14
国家责任

778 国家责任是国际法的一项基本原则，是国际法律体系的属性，并由国家主权和国家平等原理所决定。它是指，每当一国对别国犯下国际不法行为时，就在两国之间建立了国际责任。对一项国际义务的违反就产生赔偿的要求。[1]

因此，国家责任关注的是关于次级事项的原则，换句话说，是程序性的和由于对国际法实体规则的违反而导致的其他后果。[2] 这使得在国家责任规则与国际法其他领域规

---

[1] 一般地参见：J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002; *Obligations Multilaterales*, *Droit Imperatif et Responsabilite Internationale DesEtats* (ed. P. M. Dupuy), Paris, 2003; *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions* (eds. M. Fitzmaurice and D. Sarooshi), Oxford, 2003; M. Forteau, *Droit de la Securite Collective et Droit de la Responsabilite Internationale de l'Etat*, Paris, 2006; N. H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2003; *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (ed. M. Ragazzi), The Hague, 2005; S. Villalpando, *L'Emergence de la Communaute Internationale dans la Responsabilite des Etats*, Paris, 2005; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928; *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1983; R. B. Lillich, "Duties of States Regarding the Civil Rights of Aliens", 161 HR, 1978, p. 329, and Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Charlottesville, 1984; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, *Part I*, Oxford, 1983; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953; *United Nations Codification of State Responsibility* (eds. M. Spinedi and B. Simma), New York, 1987; Societe Français de Droit International, *La Responsabilité dans le Système International*, Paris, 1991; B. Stern, "La Responsabilité Internationale Aujourd'hui... Demain..." in *Mélanges Apollis*, Paris, 1992; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 729, and *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, chapter 4. See also the Secretary-General's Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and Other Bodies, A/62/62, 1 February 2007, as supplemented by A/62/62/Add. 1, 17 April 2007.

[2] 见 Yearbook of the ILC, 1973, vol. II, pp. 169—70. 合法行为造成损害的国家责任问题将在第 15 章中论及。

则的关系问题上引申出许多问题。例如，在1990年法国与新西兰之间的“彩虹勇士号仲 779
裁”案(*Rainbow Warrior* (New Zealand/France))中就产生了国家责任规则与条约法规则之间的关系问题。[3] 仲裁是由1985年法国特工在新西兰港口毁坏“彩虹勇士号”船事件引起的。联合国秘书长出面调停，并于1986年裁定[4]，除其他外，法国向新西兰作出赔偿并把两名法国特工移送至一个位于太平洋的法国基地居住三年，没有两国一致同意不得离开。[5] 然而，基于种种原因，在未经新西兰同意的情况下，两名特工在三年届满前就被遣送回了法国。1986年的协定中含有一个仲裁条款，新西兰就援引了该条款。新西兰围绕法国违反了一项条约义务提出主张，而法国则辩称这里只涉及国家责任法，而“不可抗力”(*force majeure*)和危难的概念使其免于承担责任。

仲裁庭裁定，条约法是相关的，但违反一项条约的法律后果，包括确定可以排除不法性的情况(因而使得违反仅仅是表面的)以及对违反的适当救济，却是属于关于国家责任的习惯法范畴内的问题。[6]

仲裁庭指出，国际法并不区别合同责任和侵权责任，因此一国对不论何种起源的任何义务的违反都产生国家责任并因此负有赔偿义务。[7] 在“加布奇科沃—大毛罗斯工程”案(Gabcikovo-Nagymaros Project Case (Hungary/Slovakia))中，国际法院重申了该论点：

> 确定某一公约是否有效以及是否已被恰当地中止或废除，需根据条约法。另一方面，如果中止或废除公约看起来与条约法不符，并且涉及造成这种不符的国家的责任，那么对这种情况的评价就需要根据国家责任法来进行。[8]

关于南斯拉夫问题的仲裁委员会在第13点意见中，当问及有关战争损害赔偿的大量欠款是否会影响国家继承过程(该过程对前南斯拉夫的各继承国具有影响)中资产和债务的分配问题时，也论及国家责任与国际法其他分支间的关系问题。委员会在作出否 780
定回答的同时，强调战争损害赔偿问题属于国家责任范畴，而国家继承规则则属于国际法的另一领域。因此，须就这两个问题分别作出裁定。[9]

---

[3] 82 ILR, p.499.

[4] 见 81 AJIL, 1987, p.325 和 74 ILR, p.256.

[5] 另见 the Agreement between France and New Zealand of 9 July 1986, 74 ILR, p.274.

[6] 82 ILR, pp.499,551.

[7] *Ibid.* 进一步参见下文，第801页。

[8] ICJ Reports, 1997, pp.7, 38; 116 ILR, p.1.

[9] 96 ILR, pp.726,728.

国家责任涉及的是十分严肃的问题，已确立的规则是，主张某事实成立的一方应当证明它。[10] 厄里特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会曾主张，为了支撑有关国家责任的主张，“明确的和令人信服的证据”是必需的。[11] 而国际法院也曾认为，对一国“特别严重指控”的主张必须有“充分的和结论性的”证据加以证明。[12]

在该领域除了大量国家实践外，国际法委员会也一直在对该专题进行全面研究。1975 年它决定把国家责任条款草案分为三部分：第一部分处理国际责任的起源，第二部分处理国际责任的内容、形式和程度，第三部分处理争端解决和国际责任的履行。[13] 委员会于 1980 年临时通过了第一部分[14]，条款草案最终于 2001 年 8 月 9 日通过。[15]
781 2001 年 12 月 12 日大会第 56/83 号决议附上了条款文本并把其推介给各国政府。我们将会看到，将会通过不同寻常的程序来赋予条款草案的地位以特殊分量。[16]

国家责任的性质

国家责任的核心特征由若干要素而定：首先，两个特定国家间存在一项有效的国际法律义务；其次，可归因于责任国的作为或不作为违反了该义务；最后，不法作为或不作

---

[10] 参见，例如 Genocide Convention (Bosnia v. Serbia) case, ICJ Reports, 2007, para. 204.

[11] 参见，例如 Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, 1 July 2003, paras. 46 and 49, and Partial Award, Civilian Claims, Ethiopia's Claim 5, 17 December 2004, para. 35.

[12] Genocide Convention (Bosnia v. Serbia) case, ICJ Reports, 2007, para. 209. 参见 evidence and the International Court, 下文第 19 章，第 1088 页。

[13] Yearbook of the ILC, 1975, vol. II, pp. 55—9. 另见 P. Allott, “State Responsibility and the Unmaking of International Law”, 29 Harvard International Law Journal, 1988, p. 1. S; Rosenne, The ILC's Draft Articles on State Responsibility, Dordrecht, 1991; “Symposium: The ILC's State Responsibility Articles”, 96 AJIL, 2002, p. 773; “Symposium: Assessing the Work of the International Law Commission on State Responsibility”, 13 EJIL, 2002, p. 1053, and P. M. Dupuy, “Quarante Ans de Codification de Droit de la Responsabilité Internationale des É tats: Un Bilan”, 107 RGDIP, 2003, p. 305.

[14] *Yearbook of the ILC*, 1980, vol. II, part2, pp. 30 及其以下。

[15] ILC Commentary 2001, A/56/10, 2001. 该报告含有国际法委员会对条款的评注，本章将对此进行讨论。评注在 Crawford 的 *Articles* 一书中也可找到。请注意，国际法委员会的条款既未涉及国际组织的责任问题，也未涉及个人的责任问题。见第 57 条和第 58 条。

[16] 另见 General Assembly resolution 59/35. Assembly resolution 62/61 of 8 January 2008 further commended the Articles on State Responsibility to states and decided to examine the question of a convention on the topic. See also S. Rosenne, “State Responsibility: *Festina Lente*”, 75 BYIL, 2004, p. 363, and J. Crawford and S. Olleson, “The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility”, 54 ICLQ, 2005, p. 959.

为产生损失或损害。[17]

大量主要的判例已把这些要求讲得很清楚。在"西班牙的摩洛哥地区求偿"案(*Spanish Zone of Morocco* claims)[18]中,仲裁员胡伯强调说:

> 责任是权利的必然结果。所有国际性质的权利都含有国际责任。如果有关义务未获满足,那么责任就导致赔偿。[19]

在"霍茹夫工厂"案(*Chorzów Factory* case)[20]中,常设国际法院称:

> 对一项约定的任何违反都涉及作出赔偿的义务,这是国际法上的一项原则,甚至是法律的一个重要概念。

国际法委员会的《国家责任条款》第1条强调,一国的任何国际不法行为都导致责任,这是为国际实践广泛支持的[21]一般规则。第2条规定,当根据国际法可归因于一国 782
的作为或不作为构成对其国际义务的违反时,该国就从事了国际不法行为。[22] 该原则已为判例法所肯定。[23] 何种行为构成国际不法行为是由国际法来决定,与国内法规定无关。[24] 第12条规定,当一国的行为与某一国际义务对其的要求不符时,它就违反了该国际义务[25],这与该义务的起源或性质无关。[26] 一项持续性的违反义务延续的时间

---

[17] 见,例如 H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Dordrecht, 1980, p. 157, and E. Jiménez de Aréchaga, "*International Responsibility*" *in Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, pp. 531, 534.

[18] 2 RIAA, p. 615 (1923); 2AD, p. 157.

[19] 2 RIAA, p. 641.

[20] PCIJ, Series A, No. 17, 1928, p. 29; 4 AD, p. 258. 另见 *Corfu Channel case*, ICJ Reports, pp. 4, 23; 16 AD, p. 155; *the Spanish Zone of Morocco case*, 2 RIAA, pp615, 641 and *the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni v. Nicaragua*, Inter-American Court of Human Rights, Judgement of 31 August 2001 (Ser. C) No. 79, para. 163.

[21] 见,例如,ILC Commentary 2001, p. 63.

[22] 见 *Yearbook of the ILC*, 1976, vol. II, pp. 75 及其以下。and ILC Commentary 2001, p. 68.

[23] 见,例如,*Chorzów Factory case*, PCIJ, Series A, No. 9, p. 21 and *the Rainbow Warrior case*, 82 ILR, p. 499.

[24] 第3条。一般地,见 Yearbook of the ILC, 1979, vol. II, pp. 90 及其以下; *ibid.*, 1980, vol. II, pp. 14 及其以下。and ILC Commentary 2001, p. 74. 还可着重参见上文,第四章的第124页。

[25] 由此该国在行为发生时受该国际义务的约束,第13条和 ILC Commentary 2001, p. 133. 该原则反映了国际法和一般原则:见,例如,*the Island of Palmas case*, 2 RIAA, pp. 829, 845 以及上文,第9章,第429页。

[26] 见 *the Gabcíkovo-Nagymaros Project case*, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 38; 116 ILR, p. 1 and ILC Commentary 2001, p. 124.

是该行为持续并且一直不遵守该国际义务的整个期间[27]，而一项由复合行为构成的违反义务延续的时间也是作为或不作为持续并且一直不遵守国际义务的整个期间。[28] 如果一国在知情并知晓另一国若实施某行为会违法的情况下而协助另一国[29]实施该国际不法行为，那么它也应承担责任。[30] 国家责任可以与个人责任同时存在。二者并不相互排斥。[31]

783 **过错问题**[32]

对于国家对不法作为或不作为的责任是严格责任还是需要相关官员有某种过错或故意的问题，有截然对立的理论。客观责任（所谓的"危险"理论）主张国家的责任是严格的。一旦发生了不法行为并造成损害而且行为是由一国的代理人从事的，根据国际法该国就将对遭受损害的国家承担责任，无论它是出于善意还是恶意。与此相对照的是主观责任的概念（"过错"理论），它强调，某人的所属国被认定对造成的任何侵害负有责任，需以该人的行为系故意（*dolus*）或过失（*culpa*）所为为要件。

在该问题上的相关案例和学者观点存在分歧，但多数倾向于严格责任，即客观责任理论。

在1926年的"尼尔求偿案"中（Neer Claim）[33]，一个墨西哥矿山的美国主管被枪杀了。美国代表其遗孀和女儿向墨方提出损害赔偿，理由是墨西哥当局在对该事件进行调查时采取了漫不经心的方式。处理该事件的全面求偿委员会（General Claims Commission）采用了客观标准并拒绝了美方要求。

---

[27] 见 article 14. 另见，例如，Loizidou v. Turkey, Merits, European Court of Human Rights, Judgment of 18 December 1996, paras. 41—7 and 63—4; 108 ILR, p. 443 and Cyprus v. Turkey, European Court of Human Right, Judgment of 10 May 2001, paras. 136, 150, 158, 175, 189 and 269; 120 ILR, p. 10.

[28] Article 15.

[29] 指挥或控制该国，见第17条；或者胁迫该国，见第18条。

[30] 第16条。另见 the Genocide Convention (Bosnia v. Serbia) case, ICJ Reports, 2007, para. 420.

[31] See article 58. See also the Genocide Convention (Bosnia v. Serbia) case, ICJ Reports, 2007, para. 173, and A. Nollkaemper, "Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law", 52 ICLQ, 2003, p. 615.

[32] 见，例如：Crawford, *Articles*, p. 12; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Cambridge, 1927, pp. 135—43; Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 766; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edn, Oxford, 1998, p. 439 and *System*, pp. 38—46, and Aréchaga, *"International Responsibility"*, pp. 534—40. 另见 J. G. Starke, *"Imputability in International Delinquencies"*, 19 BYIL, 1938, p. 104, and Cheng, *General Principles*, pp. 218—32.

[33] 4 RIAA, p. 60 (1926); 3 AD, p. 213.

在"凯尔求偿案"中(*Caire* Claim)中[34],法国—墨西哥求偿委员会必须考虑这样一个案件:在该案中,一名法国人因未能拿出被索要的5000墨西哥元而被墨西哥士兵开枪打死。委员会主席维齐吉尔(Verzijl)依据客观责任说认为墨西哥对侵害是有责任的,也就是,"即使一国自身没有任何'过错',其官员或机关的行为的责任也可以转移给该国"。[35]

采用主观责任说的重要案例是1920年英国和美国间发生的"平民行为的范围与教会求偿"案(*Home Missionary Society* claim)。[36] 本案中,英国在被保护国塞拉利昂征收 784
"棚屋税"在当地引发了暴动,并造成教会财产受损和传教士被杀。仲裁庭拒绝了教会的主张(美国提出)并指出,国际法上已经确立的是,如果政府自身在镇压叛乱时既未违反诚信,也不存在过失,那么它就无需对叛乱行为承担责任。但应当指出的是,本案中表达的观点涉及法律的一个特殊领域,即国家对叛乱行为的责任问题。该案判决是否可以一般性推广是值得怀疑的。

在"科孚海峡案"(*Corfu Channel* case)中[37],国际法院倾向于采用过错责任理论。[38] 它说:

> 不能仅凭一国对其领土和水域行使控制的事实就认为该国必定知晓,或者本应知晓在其中从事的任何非法行为及行为者。如果不结合其他情况的话,该事实本身既不涉及初步责任问题,也不转移举证责任。[39]

另一方面,法院强调,一国对领土进行排他控制的事实对于为证明它知晓相关事件而拟采取的举证方法有一定影响。由于提出证明存在责任的直接证据事实比较困难,因而应允许受害国更加自由地引用事实推论和情形证据。[40]

然而,必须指出的是,法院仅关注阿尔巴尼亚是否知晓布设水雷[41]和为在一国领土内发生的任何不法行为承担初步责任的问题,而未顾及归属问题,这造成了一些别的问题。该案不能作为接受过错责任理论的证据。可以认为,理论和实践都支持客观责任理

---

[34] 5 RIAA, p.516 (1929); 5 AD, p.146.

[35] 5 RIAA, pp.529—31. 另见 *The Jessie*, 6 RIAA, p.57 (1921); 1 AD, p.175.

[36] 6 RIAA, p.42 (1920); 1 AD, p.173.

[37] ICJ Reports, 1949, p.4; 16 AD, p.155.

[38] 见,例如 *Oppenheim's International Law*, p.509.

[39] ICJ Reports, 1949, pp.4, 18; 16 AD, p.157, Cf. Judges Krylov and Ecer, *ibid.*, pp.71—2 and 127—8. 另见 Judge Azevedo, *ibid.*, p.85.

[40] ICJ Reports, 1949, pp.4, 18.

[41] 见 Brownlie, *Principles*, pp.445—6.

785 论，考虑到国家机关和机构的日益增加，这一观点就更具有其合理性。[42] 国际法委员会条款的评注强调，委员会的条款并未对客观责任或主观责任说的争论作出最终决定，但同时指出，两种方法采用的过错，过失或相当注意的标准，会随着因初级规则义务的不同而造成的不同情况而发生变化。[43]

可归责性[44]

当牵涉到国家官员的时候，使该国承担绝对责任的做法，会鼓励国家对其各部门和代表进行更严格的管理。这也刺激各国在国际关系中越来越遵守客观行为标准。

国家责任包含许多领域。它包括对别国产生直接影响的由国家直接从事的不法作为或不作为：例如，违反条约，侵犯别国领土，或者损害国家财产。后者的一个例子是1955年保加利亚战斗机击落以色列国家航空公司“以色列航空公司”的民航飞机事件。[45] “尼加拉瓜”案（*Nicaragua* case）是说明国家责任的另一个例子[46]，国际法院在该案中认定，可归责于美国的行为包括其特工人员在尼加拉瓜内水或领海布设水雷和对尼加拉瓜港口、石油设施和一个海军基地进行的某些攻击。[47] 在“科孚海峡”案（*Corfu Channel* case）中[48]，基于阿尔巴尼亚知晓在其领海内存在水雷这一原因，它被认为对在
786 其领海内布设水雷造成的结果负有责任，尽管未查明这些水雷到底是谁布设的。在“彩虹勇士号事件”中[49]，联合国秘书长调停的结果是，由于法国特工人员在新西兰领土内毁坏该船侵犯了新西兰主权，除其他外，新西兰获得一笔700万美元的赔偿。[50] 国家也

---

[42] 意图问题应与因果关系——即相关行为或过失是否实际上造成特定损失或损害的问题——相区别。见，例如，The Lighthouses case, 23 ILR, p. 352.

[43] ILC Commentary 2001, pp. 69—70.

[44] 见，例如：Yearbook of the ILC, 1973, vol. II, p. 189. 另见 Brownlie, Principles, p. 449, and System, pp. 36—7 and charpter 7; Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 773; L. Condorelli, “*L' Imputation à l'Etat d'un Fait Internationallement Illicite*”, 188 HR, 1984, p. 9 and R. Higgins, “*The Concept of 'the State': A Variable Geometry and Dualist Perceptions*” in *Mélanges Abi-Saab*, The Hague, 2001, p. 547.

[45] 见 the Aerial Incident case, ICJ Reports, 1955, pp. 127, 130. 另见苏联战斗机在比利时境内坠毁事件。苏联承认对所造成的人员和财产损失负有责任并作出了赔偿：见 91 ILR, p. 287 and J. Salmon, “Chute sur le Territoire Belge d'un Avion Militaire Sovietique de 4 Juillet 1989, Problèmes de Responsibilité”, Revue Belge de Droit Internationale, 1990, p. 510.

[46] Nicaragua v. United States, ICJ Reports, 1986, p. 14; 76 ILR, p. 349.

[47] ICJ Reports, 1986, pp. 48—51 and 146—9; 76 ILR, pp. 382, 480.

[48] ICJ Reports, 1949, p. 4; 16 AD, p. 155.

[49] 见 81 AJIL, 1987, p. 325 and 74 ILR, pp. 241 及其以下。另见上文，p. 694.

[50] 还可注意 *USS Stark* 事件。在1987年5月发生的该事件中，一艘驻扎在波斯湾的美国制导导弹驱逐舰受到伊拉克飞机的攻击。伊拉克政府同意支付2700万美元赔偿，见 83 AJIL, pp. 561—4.

可以因为其官员的行为侵犯了别国国民而承担责任，而且该行为无需是经该国主管当局授权而作出的。

该原理取决于国家与实际从事了不法作为或不作为的人存在的联系。国家作为一个抽象的法律实体，在现实中当然无法亲自"行动"。它只能通过被授权的官员和代表行事。根据国际法，国家无需对其国民作出的一切行为负责。由于国家只对可归属于国家的公务人员的行为负责，就有必要研究可归责性这一概念（也称作"归属"，attribution）。可归责性是一个法律拟制，它把国家官员的作为或不作为转化为国家本身并因而使国家就其对外国人的财产或人身造成的损害承担责任。

国际法委员会条款的第4条规定，任何国家机关（包括根据一国国内法拥有该地位的任何个人或实体）的行为，不论它行使立法、行政、司法还是任何其他职能，不论其在国家组织中具有何种地位，也不论它作为该国中央政府机关或是该国的一个领土单位，根据国际法都应当被视为国家的行为。该处理方法反映了习惯法。正如国际法院在"关于特别报告员豁免法律程序的分歧"案（*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur*）指出的，"根据确立无疑的国际法规则，一国任何机关的行为必须被视为该国的行为"。[51] 国际法院在"灭种公约"案（波斯尼亚 v. 塞尔维亚）中，把该原则 787
视为"国家责任法的基石之一，那就是根据国际法，任何国家机关的行为都应被视为国家的行为。如果该行为构成对该国国际义务的违反，就产生国家责任问题"。这是一项习惯国际法规则。[52] 这明确包括一国的单位和次级单位。[53]

第5条在对政府机构和准国家实体的扩张作出反应时指出，虽非第4条所指的国家机关但经该国法律授权行使政府权力要素的人或实体，其行为应被视为国际法所指的国家行为，条件是该人或该实体在特定情况下正以此种资格行事。该规定除其他外，旨在

---

[51] ICJ Reports, 1999, pp. 62, 87. 另见，例如 The Massey case, 4 RIAA, p. 155 (1927); 4 AD, p. 250 and the *Salvador Commercial Company case*, 15 RIAA, p. 477 (1902). 司法机关作为国家机关的例子，见 *Sunday Times case*, European Court of Human Rights, Series A, vol. 30, 1979; 58 ILR, p. 491；立法机关作为国家机关的例子，见，例如，*the Young, James and Webster case*, European Court of Human Rights, Series A, vol. 44, 1981; 62 ILR, p. 359.

[52] ICJ Reports, 2007, para. 385.

[53] Thus, not only would communes, provinces and regions of a unitary state be concerned, see e. g. theHeirs of *theDuc de Guise* case, 13 RIAA, p. 161 (1951); 18 ILR, p. 423, but also the component states of a federal state, see e. g. the *LaGrand* (*Provisional Measures*) case, ICJ Reports, 1999, pp. 9, 16; 118 ILR, pp. 39, 46, the *Davy* case, 9 RIAA, p. 468 (1903); the *Janes* case, 4 RIAA, p. 86 (1925); 3 AD, p. 218 and the *Pellat* case, 5 AD, p. 145. See also *Yearbook of the ILC*, 1971, vol. II, part I, pp. 257 及其以下。and ILC Commentary 2001, pp. 84 及其以下。

适用于那些仍保留一定的公共或管理职能的私有化了的公司的情况。私营治安公司经授权从事监狱警卫,私营或国有航空公司行使某些移民控制职能[54],赋予铁路公司某些警察权力[55],这些可能都是适用该条的例子。

第5条的问题也可以在如下涉及,当一国的机构或代理人在某种情况下置于另一国际法实体差遣下,而该国和该实体都对该机构或代理人行使某种控制。这种情况最明显的例子是一国派小规模军事部队为维和目的置于联合国差遣下。该国和联合国都将对该部队行使管辖权。欧洲法院审理的"贝拉米诉法国"案(*Behrami v. France*)中的问题是,构成科索沃部队(KFOR)一部分的来自北约国家的部队,当与科索沃省境内特定排雷行动有关时,是否可以受欧洲法院管辖,或者是否负有责任的机关是在联合国权威下
788 行动的KFOR,一个不受法院管辖的组织。法院认为关键问题是,是否联合国安理会保有绝对权威和控制,以至于行动的指挥权仅仅是委托的,从第1244号决议看,情况是这样的。因此,应受追究行为的责任应归于联合国,结果是欧洲法院对有关国家没有管辖权。[56]

第6条规定,由另一国交由一国支配的机关,如果为行使支配该机关的国家的权力要素而行事,其行为依国际法应被视为支配该机关的国家的行为。英国枢密院为某些英联邦国家充当最高司法机构就属于这种情况。[57]

越权行为

即使不法行为逾越了有关官员的法律权限,该行为也可能归责于国家,正如维齐吉尔(Verzijl)在"凯尔求偿"案(*Caire* case)[58]中指出的,只要该官员"至少以显然拥有职权的官员或机关的资格行事,或者他们一定是以与其官方职务相类似的身份来运用权力或手段"。

这在"默思"案(Mossé case)[59]中进一步得到肯定,该案的裁决指出:

> 即使承认……官员……超越了他们职位的法定权限……行事,也不应就此立即推论说求偿的依据不足。仍有必要考虑的一个法律问题是……是否在国际秩序中,应当承认国家对其官员的行为负有责任,只要他明显在其职权范围内行事,并且采取着未与其所接受的命令完全相反的行动。

---

[54] ILC Commenary 2001, p. 92.

[55] *Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, pp. 281—2.

[56] Judgment of 2 May 2007, paras. 134及其以下。See also Bosphorus Airways v. Ireland, European Court of Human Rights, judgment of 30 June 2005. As to the Kosovo situation, see above, chapter 9, p. 452.

[57] *Ibid.*, p. 288 and ILC Commentary 2001, p. 98.

[58] 5 RIAA, pp. 516, 530 (1929); 5 AD, pp. 146, 148.

[59] 13 RIAA, p. 494 (1953); 20 ILR, p. 217.

在"尤曼求偿"案(*Youman's claim*)[60]中,民兵组织没有参与造成美国人死亡的暴乱,而是下令对处在墨西哥一个小镇中受到威胁的美国公民予以保护。全面求偿委员会认定民兵组织从事的不法行为应归责于墨西哥,它应承担责任。在"联合桥梁公司"案(*Union Bridge Company* case)[61]中,开普敦政府铁路公司的一名英国官员在布尔战争中错误地没收了中立国的财产。尽管该官员善意地犯了错误并且也不存在当局没收有关 789
财产的故意,但仍要承担责任。问题的关键是,有关行为是属于该官员通常的职权范围内的。在"桑德莱恩"案(*Sandline* case)中,法庭强调,"明确确立的国际法原则是,即使行为逾越了权限或违反了该国国内法,也应被视为国家行为……当一国的[机构、官员或雇员]以该国机关的资格行事时,他们的作为或不作为在国际上即被视为国家的行为,即使他们的行为违背了该国国内法"。[62]

国际法委员会草案第7条规定,国家机关或经授权行使政府权力要素的人或实体,如果以此种资格行事,即使逾越权限或违背指示,其行为仍应被视为国际法所指的国家行为。[63] 该条似乎规定了绝对责任规则,这种责任是不需要考察表面实施权力的,而且,结合客观责任理论被一般接受的情况来看,很可能是正确的方法。[64]

尽管不能把私人视为国家官员,因而一国对私人行为不负责任,但一国也可能因为未能进行必要控制以阻止这类行为而承担责任。1925年英国和美国之间的"扎菲罗"案(*Zafiro* case)[65]强调了此点。仲裁庭认为美国应对其位于菲律宾的军舰上文职船员造成的损害承担责任,因为海军军官没有采取有效的预防措施。

国家控制与责任

国际法委员会条款第8条规定,如果一人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事,其行为应视为国际法所指的一国的行为。第一点没有争议,但对 790
于如何界定第二点中的必要的指挥或控制存在困难。该条的评注强调,"只有国家指挥或控制特定行动而且受到指控的行为是该行动的不可分割的一部分时,才能把该行为归

---

[60] 4 RIAA, p.110(1926); 3 AD, p.223.

[61] 6 RIAA, p.138 (1924); 2 AD, p.170.

[62] 117 ILR, pp.552, 561. 另见 *Azinian v. United Mexican States* 121 ILR, pp.1, 23; *SP(ME) Ltd. v. Egypt* 106 ILR, p.501 and *Metalclad Corporation v. United Mexican States* 119 ILR, pp.615,634.

[63] 见 ILC *Commentary* 2001, p.99;另见 *Yearbook of the ILC*, 1975, vol. II, p.67.

[64] 见,例如, *the Caire case*, 5 RIAA, p.516 (1929); 5 AD, p.146 and *the Velásquez Rodriguez case*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4, 1989, para. 170; 95 ILR, pp.259,296. 另见 T. Meron, "International Responsibility of States for Unauthorised Acts of Their Officials", 33 BYIL, 1957, p.851.

[65] 6 IRAA, p.160 (1925); 3 AD, p.221. 另见 Re Gill 5 RIAA, p.157 (1931); 6 AD, p.203.

属于国家"。[66] 近来的判例法处理过这个问题。

在"尼加拉瓜"案(*Nicaragua* case)中,国际法院声称,为把反政府游击队的行为归属于为其提供资金和装备的美国,"原则上必须证明,在所称的违法行为发生的过程中,美国对这支军队或准军事部队的行动进行着有效的控制"。[67] 换句话说,一般的总体控制不足以成为责任的基础。然而,在"塔迪奇"案(*Tadić* case)中,前南斯拉夫国际刑事法庭采纳了更为灵活的方法,认为控制的程度可能会随着情况的不同而有所变化,不一定总要设定更高的门槛。[68] 当然,本案只涉及个人的刑事责任问题。进而言之,当一个被认为负有责任的国家对发生违法行为的领土进行着明确而毫无争议的有效控制时,情况可能就不同了。国际法院在"纳米比亚"案(*Namibia* case)中认为,"一国对某一领土的物理控制,而非拥有主权或合法权利,才是其为影响别国的行为担负责任的基础"。[69] 该观点在"洛伊齐多诉土耳其"案(*Loizidou v. Turkey*)中得到重申。在该案中,考虑到《欧洲人权公约》的宗旨和目标,欧洲人权法院认为,

> 作为采取军事行动的后果——不论该行动是否合法——一个缔约方对其本国领土以外的一块领土行使有效控制都可以产生该国的责任。领土控制的事实就产生在该地区维护公约规定的人权和自由的义务,不论是通过该国的武装部队,还是通过从属于它的当地政府。[70]

国际法院回到"灭种罪公约案"(波斯尼亚诉塞尔维亚)(*Genocide Convention* (*Bosnia v. Serbia*) *case*)并重申了它在尼加拉瓜案中采取的方法。它注意到在塔迪奇案中,上诉庭判决没有涉及国家责任的有关问题,也没有涉及对其行使管辖权所不可或缺的一个问题。法院认为"总体控制"标准对判断国家责任来说不合适,习惯国际法的标准已在草案第 8 条中反映出来,即国家应对某些人或一群人(既不是国家机关也无法等同于这样的机关)的行为负责,如果国家机关发布命令,肇事者根据该命令从事不法行为,或者当肇事者从事不法行为时该国正对有关行为行使着有效控制。[71]

---

[66] ILC Commentary 2001, p. 104.

[67] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 64—5; 76 ILR, p. 349.

[68] 38 ILM, 1999, pp. 1518, 1541.

[69] ICJ Reports, 1971, pp. 17, 54; 42 ILR, p. 2.

[70] Preliminary Objections, European Court of Human Rights, Series A, No. 310, 1995, pp. 20, 24; 103 ILR, p. 621, and the Merits judgment, European Court of Human Rights, judgment of 18 December 1996, para. 52; 108 ILR, p. 443. 另见 Cyprus v. Turkey, European Court of Human Rights, Judgment of 10 May 2001, para. 76; 120 ILR, p. 10.

[71] ICJ Reports, 2007, paras. 403—6.

国际法委员会条款第9条规定，如果一个人或一群人在正式当局不存在或缺席和在需要行使政府权力要素的情况下实际上正在行使政府权力要素，其行为应视为国际法所指的一国的行为。[72]

暴徒的暴力活动、叛乱和内战

当政府权力机关善意行事且没有过失时，通行原则是，它对聚众闹事者或叛乱者造成损失或损害的行为不负责任。[73] 但是国家有义务表明其对此给予了谨慎注意。其含义很难量化，因而从反面界定更容易。[74] 还需注意的是，对外交和领事人员适用的是特别规定。[75]

国际法委员会条款第10条规定，如果一个叛乱运动成功地变为一国新政府，或者在一个先已存在的国家的一部分领土建立了新国家，它就应对取得政权前的行为承担责任。[76] 792

一国当局对其取得政权前发生的行为的责任问题在伊朗—美国求偿法庭上提了出来。在"肖特诉伊朗伊斯兰共和国"案(*Short v. Islamic Republic of Iran*)[77]中，仲裁庭认为，当导致外国人撤离的情况或事件可归属于一国时，就产生了该国的国际责任，但并不是在一国政治动荡期间的所有外国人撤离都因此归属于该国。[78] 本案中，仲裁庭强调，当时革命运动尚未确立对伊朗任何部分领土的控制，并且情况表明政府已失去了对局势的控制。此外，革命支持者的行为也不能被归属于革命成功后的政府，正如现有政府支持者的行为不归属于该政府一样。因此，并且由于求偿方未能识别出任何革命运动的代理人，其行为使他被迫离开伊朗，赔偿的请求失败了。[79] 在"耶格尔诉伊朗伊斯兰共和国"案(*Yeager v. The Islamic Republic of Iran*)[80]中，仲裁庭裁决对驱逐行为应予赔偿，但

---

[72] 见，例如，*the Yeager case*, 17 Iran-US CTR, 1987, pp. 92, 104.

[73] 见，例如，*the Home Missionary Society case*, 6 RIAA, pp. 42, 44 (1920); 1 AD, p. 173; *the Youmans case*, 4 RIAA, p. 110 (1926); 3 AD, p. 223 and *the Herd case*, 4 RIAA, p. 653 (1930).

[74] 例如，Judge Huber, *the Spanish Zone of Morocco claims*, 2 RIAA, pp. 617, 642 (1925); 2 AD, p. 157. 见 Brownlie, *Principles*, pp. 449 及其以下。and *the Sambaggio case*, 10 RIAA, p. 449 (1903). 另见 *Yearbook of the ILC*, 1957, vol. II, pp. 121—3, and G. Schwarzenberger, *International Law*, 3rd edn, London, 1957, pp. 653 及其以下。

[75] 见上文第13章，重点见第668页。

[76] 见 E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1927, p. 241 and *the Bolivian Railway Company case*, 9 RIAA, p. 445 (1903). 另见 ILC Commentary 2001, p. 112.

[77] 16 Iran-US CTR, p. 76; 82 ILR, p. 148.

[78] 16 Iran-US CTR, p. 83; 82 ILR, pp. 159—60.

[79] 16 Iran-US CTR, p. 85; 82 ILR, p. 161.

[80] 17 Iran-US CTR, p. 92; 82 ILR, p. 178.

在该案中,它认为驱逐是革命卫队在革命成功后进行的。尽管革命卫队在当时尚不是伊朗国家的官方机构,但仲裁庭认为它们当时是在革命国家的明知和默许下行使政府权力,因而使伊朗对他们的行为负有责任。[81]

多少介于上述两个案件之间的案例有"兰金诉伊朗伊斯兰共和国"案(*Rankin v. The Islamic Republic of Iran*)。[82] 在该案中,仲裁庭认为,求偿者没有证明革命后他离开伊朗是因为伊朗政府和革命卫队的行为所造成的,而是因为该国在革命期间一般的生活困难所致。因此,并不涉及伊朗的责任。

当一国后来承认并把行为视为它自己行为的时候,根据国际法该行为就被视为是能
793 够产生责任的该国的行为,即使此前该行为并不归属于该国。[83] 例如在"伊朗人质"案(*Iranian Hostages* case)中,国际法院认为武装人员对美国使馆的最初攻击不能归属于伊朗,因为他们明显不是国家的代理人或机构。但是后来阿亚托拉·霍梅尼和伊朗其他机构对攻击的认可以及维持对使馆的占据使该行为转化为国家行为。武装人员因此转变成伊朗国家的代理人,他们的行为就导致国家的国际责任。[84]

解除不法性的情况[85]

当一国同意另一国采取的本来会构成不法行为的某一行为时,只要该行为在同意的范围之内,其不法性即被解除。[86] 该情况最常见的例子是,一国应别国之邀向该国派遣军队。[87] 当行为根据《联合国宪章》构成合法自卫措施时,其不法性也被解除。[88] 这也包括习惯法和《宪章》第 51 条所规定的用于自卫的使用武力,因为该条提及了单独或集体自卫的天然权利。[89] 但国际法委员会的评注却明确指出,为自卫采取行动的事实并非一定意味着所有的不法性都可解除,因为人权和人道法的原则是必须予以尊重的。国

---

[81] 17 Iran-US CTR, p. 104; 82 ILR, p. 194.

[82] 17 Iran-US CTR, p. 135; 82 ILR, p. 204.

[83] Article 11 并见 ILC Commentary 2001, p. 118.

[84] ICJ Reports, 1980, pp. 3, 34—5; 61 ILR, pp. 530, 560. 另见上文,第 13 章,第 672 页。

[85] 见,例如,M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1970, vol. VII, pp. 837 及其以下; *Yearbook of the ILC, 1979*, vol. II, part 1, pp. 21 及其以下; ibid., 1980, vol. II, pp. 26 及其以下。and ILC Commentary 2001, p. 169. 另见,Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 782, and A. V. Lowe, "Precluding Wrongfulness or Rresponsiblity: A Plea for Excuses", 10 EJIL, 1999, p. 405.

[86] 见 Article 20 of the ILC Articles, 进一步参见 ILC Commentary 2001, p. 173.

[87] 见,例如,the dispatch of UK troops to Muscat and Oman in 1957, 574 HC Deb., col. 872, 29 July 1957, and to Jordan in 1958, SCOR, 13th Sess., 831st meeting, para. 28.

[88] Article 21,另见 ILC Commentary 2001, p. 177.

[89] 进一步参见下文,第 20 章,第 1131 页。

际法院在其关于"威胁或使用核武器的合法性"案(*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*)的咨询意见中特别指出,"对环境的尊重是判断某一行为是否符合必要和相称原则"并因而符合自卫权的要件之一。[90] 794

国际法委员会条款的第22条规定,在并且只在一项行为构成反措施的情况下,其不法性才可解除。[91] 国际法起初把这种情况称作报复,即一项本来违法的行为因在先的非法使用武力而变得合法。[92] 当前倾向于使用"反措施"这一术语来指不涉及使用武力的报复。[93] 可以拿反措施与1969年《维也纳条约法公约》第60条的规定相比较,该条处理的是对某一条约的重大违反使该条约其他缔约方有权终止或暂停该条约而引起的结果的问题。[94] 反措施本身并不影响针对在先的违法行为进行报复所违反的义务的法律效力,但根据第60条终止条约将导致该条约的其他缔约方可以根据第70条无须继续履行该条约的义务。

在"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案(*Gabcikovo-Nagymaros Project Case*)中,国际法院称,

> 反措施必须满足一些特定的条件才是正当的……首先,它必须是对另一国从事的一项在先的国际不法行为作出的反应,并且必须直接针对该国……其次,受害国必须已呼吁从事了不法行为的国家停止其不法行为或作出赔偿……在法院看来,一个重要的考虑是,反措施的效果必须与所受损害相当—所涉及的权利需予以考虑,……[并且]其目的必须是使不法行为国遵守它所负的国际法义务,因而措施必须是可以挽回的。[95]

---

[90] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 242; 110 ILR, p. 163.

[91] 见ILC Commentary 2001, p. 180. 另见Crawford, *Articles*, pp. 47及其以下。

[92] 见,例如,the Naulilaa case, 2 RIAA, p. 1025 (1928); 4 AD, p. 466 and the Cysne case, 2 RIAA, p. 1056; 5 AD, p. 150.

[93] 见,例如, the US-France Air Services Agreement case, 54 ILR, pp. 306, 337. 另见Report of the International Law Commission, 1989, A/44/10 and ibid., 1992, A/47/10, pp. 39及其以下。另见C. Annacker, "Part Two of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility", 37 German YIL, 1994, pp. 206, 234及其以下; E. Zoller, Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures, New York, 1984, and O. Y. Elagab, The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law, Oxford, 1998.

[94] 进一步见下文,第16章,第853页。

[95] ICJ Reports, 1997, pp. 7, 55—7; 116 ILR, p. 1. 请注意,国际法委员会认为选择可撤销措施的义务不是绝对的,ILC Commentary 2001, p. 332. 另见the Nicaragua case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 102; 76 ILR, p. 1.

795 换句话说，合法的反措施必须是对一项在先的不法行为作出的回应，在对方拒绝补救时才能采取，针对的应是从事了不法行为的国家而且应当相称。此外，并不要求采取的反措施必须仅涉及不法行为国违反的相同义务。因此，对违反某一条约的反应可以是针对另一条约的行动，只要必要和相称的要求得到尊重即可。[96]

国际法委员会条款在第二章进一步涉及反措施。第 49 条规定，一受害国[97]只在为促使一国际不法行为的责任国履行因不法行为导致的义务时，才可对该国采取反措施。[98] 反措施限于不履行该国当时所负的国际义务，并应尽可能地以允许重新履行所涉义务的方式进行。[99] 第 50 条明确规定，反措施不得影响《联合国宪章》规定的不得使用或威胁使用武力的义务，保护人权的义务，禁止报复的人道主义性质的义务以及强行法的其他义务。[100] 基于同样的原因，根据两国间任何可适用的争端解决程序存在的义务应当继续[101]，而采取反措施的国家必须尊重外交或领事代表、馆舍、档案和文件的不可侵犯性。[102] 第 51 条强调相称原则的要求，指出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。[103] 第 52 条规定，在采取反措施之前，受害国应要求责任国履行其义务，将采取反措施的任何决定通知责任国并提议进行谈
796 判。然而，受害国可以采取为保全其权利所必要的反措施。当不法行为已停止或此事已提交有权作出有约束力决定的法院或法庭时，反措施就应停止（或在适当时不予采取）。[104] 当责任国已履行了其义务，反措施就应立即终止。[105]

不可抗力早就被接受为解除不法性的理由[106]，尽管举证标准相当高。例如在“塞尔

---

[96] 见 ILC Commentary 2001, pp. 326—7.

[97] 进一步见下文，第 796 页。

[98] 进一步见下文，第 800 页。

[99] 见 ILC Commentary 2001, p. 328.

[100] 见，Eritrea-Ethiopia ClaimsCommission, PartialAward, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, 1 July 2003, para. 159, 注意 Ethiopia's 中止交换战俘不能作为反措施，因为它影响了人权或人道主义性质的义务。

[101] 见，例如“Symposium on Counter-Measures and Dispute Settlement,” 5 EJIL, 1994, p. 20，以及 Report of the International Law Commission, 1995, A/50/10, pp. 173 及其以下。另见 Annacker, “Part Two”, pp. 242 及其以下。

[102] 进一步见 ILC Commentary 2001, p. 333.

[103] 见 the US-France Air Service Agreement Arbition, 54 ILR, pp. 303, 337. 另见 the ILC Commentary 2001, p. 341 and the Report of the ILC on its 44th Session, 1992, A/47/10, p. 70.

[104] 见 ILC *Commentary* 2001, p. 345.

[105] *Ibid.*, p. 349.

[106] 见，例如，*Yearbook of the ILC*, 1961, vol. II, p. 46 and ILC Commentary 2001, p. 183.

维亚公债"案(*Serbian Loans* case)[107]中,法院拒绝接受第一次世界大战使塞尔维亚偿还债款已不可能的主张。1946年,美国飞机多次未经授权飞越南斯拉夫领空后,两国同意只有在紧急情况下这种未经许可的飞越才是正当的。[108] 国际法委员会条款第23条规定,如行为起因于不可抗拒的力量或该国无力控制、无法预料事件的发生,以致该国在这种情况下实际上不可能履行义务,则不法性即告解除。[109] 例如在"吉尔"案(*Gill* case)[110]中,一个住在墨西哥的英国国民的房子被墨西哥政府反对派的突然和无法预料的行为毁坏。委员会认为,未能阻止该行为并非由于疏忽,而是由于在面临突发情况时,确实无力采取行动。

因而重点在于发生了一个事件,该国无力采取任何措施以纠正或挽回事件的结果。存在着该国以其自身力量无力避免或反对的情况,是必需的限制条件。[111] 换句话说,国 797
家的行为是非自愿的或者至少不含有自由选择的因素。[112]

在1990年的"彩虹勇士号"案(*Rainbow Warrior* Arbitration)中,法国提出不可抗力问题。[113] 法国辩称,一名法国特工在未经新西兰同意的情况下不得不被送回法国是由于相当于不可抗力的医疗因素造成的。但是仲裁庭却强调,适用这一原理的标准是"绝对的和真正的不可能",而使履行义务的困难增加或负担加重的情况并不是构成不可抗力的理由。[114]

第24条规定,如有关行为人在遭遇危难的情况下为挽救其生命或受其监护的其他人的生命,除非若不如此行为别无其他合理方法,行为的不法性即告解除。[115] 这包括,

---

[107] PCIJ, Series A, No. 20, 1929, p. 39. 另见 *the Brazilian Loans case*, PCIJ, Series A, No. 20, 1929, p. 120; 5 AD, p. 466.

[108] *Yearbook of the ILC*, 1979, vol. II, p. 60 and ILC Commentary 2001, pp. 189—90. 此该既讲了不可抗力,也讲了危难(详见下文)。还需注意,第18条2款规定,船舶在通过另一国领海时在遇危难或不可抗力的情况时而停下并抛锚是允许的。另见 Article 14(3) of the Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone, 1958.

[109] 然而,如果不可抗力的情况全部或部分是由援引此种情况的国家的行为导致的,或者该国已承担了发生这种情况的风险,那么该原则就不适用了,第23条2款。另见 Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi 96 ILR, pp. 279, 318.

[110] 5 RIAA, p. 159 (1931); 6 AD, p. 203.

[111] *Yearbook of the ILC*, 1979, vol. II, p. 133.

[112] ILC Commentary 2001, p. 183.

[113] 82 ILR, pp. 499, 551.

[114] *Ibid.*, p. 553.

[115] ILC Commentary 2001, p. 189. 如果危难完全或部分是由于援引危难的国家自己造成的,或者其行为可能造成类似的或更大的危险,危难则不能适用,见第24条2款。

例如,1946 年美国—南斯拉夫信函中达成的一致,即只有在紧急情况下未经允许进入外国领空才是可接受的[116],或者船长在船舶遇风暴时才可以未经允许在外国港口寻求避难。[117]

危难与不可抗力的区别在于,前者有选择的余地。这经常是不切实际的,因为这两种情况都含有极端的危险,使得判明情况是否能提供作出切实选择的机会成为不太容易的事。[118] 在"彩虹勇士号仲裁"案[119]中,仲裁庭认为,要利用该理由为法国把其两名特工遣送回国的行为进行辩护,需满足三个条件:第一,存在基本的医疗等方面的极为紧急的特殊情况,但这类特殊情况需能被相对利益方及时承认或者可以明确表现出来;第二,在援引作为违反义务理由的紧急情况(例如,遣送回国)已不存在后,应立即恢复最初的
798 情势;第三,根据 1986 年协议的规定,应当进行善意的努力以获得新西兰的同意。[120] 仲裁庭因此得出结论认为法国未能遵守上述条件(但以医疗原因遣返其中一位特工情况除外)。

第 25 条规定,不得援引危急情况,除非该行为是该国保护基本利益,是应对某项"严重而迫切危险"的唯一办法,并且,该行为并不严重损害其他一国或数国或国际社会整体的基本利益。此外,如果有关国际义务排除援引危急情况的可能性或该国自己促成了该危急情况,则不能援引危急情况。[121] "托里·坎扬"案(*Torrey Canyon*)[122]提供了这类情况的一个例证。本案中,一艘利比里亚的油轮在英国领水以外的海岸搁浅,大量石油泄漏。在采取了救助努力后,英国炸毁了该船。国际法委员会的观点是,由于存在危急情况,该行为在此情况下是合法的。[123] 恰恰是在这一事件之后才缔结了国际协定来处理这类情况。[124]

---

[116] 见上文,第 541 页。

[117] *Yearbook of the ILC*, 1979, vol. II, 第 134 页,以及 ILC Commentary 2001, 第 189—90 页。

[118] *Yearbook of the ILC*, 1979, vol. II, 第 133—5 页。

[119] 82 ILR, 第 499、555 页。

[120] 见上文,第 779 页。

[121] 见 ILC Commentary 2001, 第 194 页。

[122] Cmnd 3246, 1967. 另见下文,第 15 章,第 900 页,注 322。

[123] Yearbook of the ILC, 1980, vol. II, 第 39 页。另见 the Company General of the Orinoco case, 10 RIAA, 第 280 页。

[124] 见例如,the International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties, 1969.

在"彩虹勇士号"案中,仲裁庭的观点是,危急情况的辩护是"有争议的"。[125] 但是,国际法院在"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案中认为,危急情况"是习惯国际法承认的解除违反国际义务行为不法性的一个根据",尽管只能在"特定情况下"才能接受。[126] 法院提及第25条较早的版本(该版本的主要内容已体现在第25条中),并称这些条件必须逐一得到满足。[127] 在"M/V 塞加号(第二号)"案(*M/V Saiga (No. 2)*)中,国际海洋法法庭在已被国际法院采纳了的国际法委员会条款草案的基础上讨论了这一规则,但认为该 799
规则不适用,因为几内亚未提供证据表明其基本利益处于严重而迫切的危险中,并且无论如何,几内亚通过向渔船出售汽油来寻求税收收入最大化的利益是能够通过其他手段来保证的,并非只能通过把海关法延伸适用于专属经济区的一部分来保证。[128]

国家责任的援引[129]

国际法委员会条款草案第42条规定,一国有权在下列情况下作为受害国[130]援引[131]另一国的责任:如果被违反的义务是个别地对它承担的;或者是对包括该国在内的一个国家集团或是对整个国际社会承担的,而对该义务的违反特别影响到该国,或者具有如此性质,以至于将彻底改变所有其他国家对进一步履行该义务的立场。如果受害国已有效地放弃了要求或基于其行为可以被视为已有效地默许其要求失效,则不得援引责任。[132] 任何放弃都应当是明确的和毫不含糊的[133],而沉默问题应视特定情况谨慎地作

---

[125] 82 ILR, pp. 499, 554—5. 学术著作对该原理也有争议:见 Yearbook of the ILC, 1980, vol. II, part 1, pp. 47—9. 另见 J. Barboza, "Necessity (Revisited) in International Law" in *Essays in Honour of Judge Manfred Lachs* (ed. J. Makarczyk), The Hague, 1984, p. 27, and R. Boed, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", 3 *Yale Human Rights and Development Journal*, 2000, p. 1.

[126] ICJ Reports, 1997, 第7、40页;116 ILR, 第1页。另见 R v. Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems [2008] EWHC 714 (Admin), paras. 143及其以下。

[127] ICJ Reports, 1997, 第41页。此外,国家不能成为判断这些被严格界定的条件是否被满足的唯一法官。另见 the Construction of aWall advisory opinion, ICJ Reports, 2004, 第136、194—5页;129 ILR, 第37、113—15页。

[128] 120 ILR, 第143、191—2页。

[129] 见例如,Annacker, "Part Two", 第214页及以下。另见 ILC Commentary 2001, 第294页。

[130] 早期关于受害国的条款措辞相当复杂:见,例如1996年"国际法委员会条款草案"第二部分第40条。另见 Crawford, Articles, pp. 23及其以下。

[131] 例如,不仅仅限于抗议,而是采取正式的行动,如向另一国提出要求或在一个国际性法院或法庭提起诉讼:见 ILC Commentary 2001, 第294页。

[132] Article 45. 另见 ILC Commentary 2001, 第307页。

[133] 见 the *Nauru* (*Preliminary Objection*) case, ICJ Reports, 1992, 第240、247页;97 ILR, 第1页。

出判断。[134] 当多国因同一不法行为而受到侵害时，每一国都可以分别援引责任[135]，而当数个国家负有责任时，每一国家的责任都可以援引。[136]

800 在"巴塞罗那牵引公司"案中，国际法院提及一国对整个国际社会所承担的义务以区别于那些对另一国家负有的义务。[137] 第48条是基于该原则作出的规定，它规定受害国以外的一国可以援引另一国的责任，如果被违反的义务是对包括该国在内的一个国家集团承担的，并且是为保护该集团的集体利益而确立的，或者被违反的义务是对整个国际社会承担的。在这类情况下，可以要求[138]停止不法行为和保证不重犯，也可要求赔偿。[139]

国际不法行为的后果

停止

如果国际不法行为是持续的，那么对其负有责任的国家有义务停止该行为；并且，在必要情况下，应提供不重复该行为的适当承诺和保证。[140] 在"彩虹勇士号"案中，仲裁庭认为，要发生停止的情况，不法行为须具有持续的性质，并且，被违反的规则在作出裁决之日必须仍然具有效。[141] 在"拉格兰德"案(*LaGrand* case)中，德国提出了承诺不重复的问题，法院讨论了该问题。[142] 法院主张，美国关于确保执行特别措施的承诺对满足德国关于不重复的一般保证的要求来说，已经足够了[143]，但对德国提出的特别保证而言，法院指出，假如美国未履行其领事通知的义务，那么它就有义务允许审查和重新考虑在该

---

[134] ICJ Reports, 1992, 第253—4页。

[135] Article 46. 另见 ILC Commentary 2001, 第311页。

[136] Article 47. 另见 ILC Commentary 2001, 第313页，注意国际法的一般规则是国家要为其不法行为单独承担责任，从来没有连带责任，也没有禁止采用连带责任，应视具体情况而定。见 the Eurotunnel case, 132 ILR, 第1、59—60页。注意英国认为，对在伊拉克的联合行动而言，"每个国家都应对其部队行动的后果直接负责。"HC Deb., vol. 436, col. 862W, 12 July 2005, UKMIL, 76 BYIL, 2005, 第875页。

[137] ICJ Reports, 1970, 第3、32页；46 ILR, 第178页。

[138] As per article 30.

[139] 见 ILC Commentary 2001, 第318页。

[140] Article 30 以及 ILC Commentary 2001, 第216页。另见 C. Derman, "La Cessation de l'Acte Illicite", Revue Belge de Droit International Public, 1990 I, 第477页。

[141] 82 ILR, 第499、573页。

[142] ICJ Reports, 2001, 第466页；134 ILR, 第1页。参见 the Avena (Mexico v. USA) case, ICJ Reports, 2004, 第12、68页；134 ILR, 第120、171页。

[143] ICJ Reports, 2001, 第466、512—13页；134 ILR, 第1、50—1页国。This was reaffirmed in the Avena (Mexico v. USA) case, ICJ Reports, 2004, pp. 12, 69; 134 ILR, pp. 120, 172.

情况下作出的对德国国民的任何有罪判决，在这样做时，它应把对《维也纳领事关系公约》所载权利的侵犯考虑在内。[144]

赔偿[145] 801

关于赔偿，或对违反一项应由有关国家承担的国际义务予以救济的基本原则[146]，是由"霍茹夫工厂"案(*Chorzów Factory* case)确立的。在该案中，常设国际法院强调：

> 非法行为的实际概念所含有的基本原则是，赔偿必须尽可能地清除非法行为的所有后果并尽可能重建未从事该非法行为时本应存在的情势。[147]

该原则被众多案例所重申，例如包括国际法院在"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案[148]中，在"灭种罪公约"案(波斯尼亚 v. 塞尔维亚)中[149]，以及国际海洋法法庭在"M/V 塞加号(第二号)"案(*M/V Saiga*(*No. 2*)[150]中。国家责任条款第 31 条规定，责任国有 802
义务对其国际不法行为所造成的损害进行充分赔偿，损害包括任何损失，不论物质的还

---

[144] ICJ Reports, 2001, 第 466、513—41 页；134 ILR, 第 1、51—2 页。关于领事通知，见上文，第 13 章，第 773 页。

[145] 见，例如，M. Whiteman, Damages in International Law, Washington, 3 vols., 1937—43; F. A. Mann, "The Consequences of an International Wrong in International and National Law", 48 BYIL, 1978, p. 1; de Aréchaga, "International Responsibility", pp. 564 及其以下, and de Aréchaga, "International Law in the Past Third of the Century", 159 HR, 1978, pp. 1, 285—7. 另见 Cheng, General Principles, pp. 233 及其以下; Brownlie, System, part VIII, and C. Gray, Judicial Remedies in International Law, Oxford, 1987.

[146] 见，例如，C. Dominicé, "Observations sur les Droits de l'Etat Victime d'un Fiat Internationalement Illicite" in *Droit International* (ed. P. Weil), Paris, 1982, vol. I, p. 25, and B. Graefrath, "Responsibility and Damage Caused: Relationship between Responsibility and Damage", HR, 1984 II, pp. 19, 73 ff.

[147] PCIJ, Series A, No. 17, 1928, pp. 47—8. 在审理本案之初，法院就表示，"国际法的一项原则就是，对一项约定的违反导致负有作出充分赔偿的义务。赔偿因而是未遵守一项公约的必要的补充"，PCIJ, Ssries A, No. 9, 1927, p. 21. 另见 *the Iranian Hostages case*, ICJ Reports, 1980, pp. 3, 45; 61 ILR, pp. 530, 571, 在此，法院认为伊朗负有向美国作出赔偿的义务。

[148] ICJ Reports, 1997, 第 7、80 页；116 ILR, 第 1 页。

[149] ICJ Reports, 2007, para. 460. 另见 the *Construction of a Wall* advisory opinion, ICJ Reports, 2004, 第 136、198 页；129 ILR, 第 37、117—18 页，以及 *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, 第 168、257 页。

[150] 120 ILR, pp. 143, 199. 另见 S. D. Myers v. Canada 121 ILR, pp. 72, 127—8; Aloeboetoe v. Suriname, Inter-American Court of Human Rights, 1993, Series C, No. 15 at para. 43; 116 ILR, p. 260; Loayaza Tamayo v. Peru (Reparations), Inter-American Court of Human Rights, 1998, Series C, No. 42 at para. 84; 116 ILR, p. 388, and Suarez-Rosero v. Ecuador (Reparations), Inter-American Court of Human Rights, 1999, Series C, No. 44 at para. 39; 118 ILR, p. 92, 把该原则视作"反复被司法判例所阐明的一般国际法的一项基本原则"。另见 2003 年 3 月 14 日联合国国际贸易法委员会仲裁庭在 *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, 终局裁决。

是精神的，只要是由该国国际不法行为造成的损失。赔偿义务的所有方面都受制于国际法，与国内法如何规定无关。[151] 国际法委员会条款草案第 34 条规定，对国际不法行为造成的损害的充分赔偿，应单独或合并采取恢复原状、补偿和抵偿的方式。[152]

恢复原状是进行赔偿的不言而喻的手段，因为它旨在重建不法行为实施前存在的情势。[153] 尽管恢复原状在过去发生过[154]，今天它很少见，也许仅仅是因为这类争端的性质发生了变化。现如今大量案件都涉及与征收有关的争端。在这类案件中，由于政治上的困难，有关国家难以把征收的财产归还给多国公司。[155] 基于对这类问题的认识，第 35 条规定，当恢复原状并非实际上不可能且从恢复原状而不是要求补偿所得到的利益不致
803 与所引起的负担完全不成比例时以及在该范围内，才有义务恢复原状。[156] 在“彩虹勇士号仲裁”案中[157]，新西兰除其他外，要求作出一项根据 1986 年 7 月 9 日最初的协议作出的裁决，裁决法国政府把其特工从法国遣送回太平洋中原先的监禁地。新西兰把这一要求称为“恢复原状”（*restitutio in integrum*）。法国辩称，恰当的术语和救济手段应是“停止”受到指责的行为，尽管在该情势下从时间上看是行不通的。[158] 仲裁庭在提及国际法委员会就这两个概念的区别进行的辩论[159]后指出，法国的观点是正确的。[160] 结束不法情势的义务不是赔偿而是回复到当初的义务，即停止不法行为。然而，它认为，由于初级

---

[151] 见，例如，*Suarez-Rosero v. Ecuador* (*Reparations*), Inter-American Court of Human Rights, 1999, Series C, No. 44 at para. 42; 118 ILR, p. 92. 另见“国际法委员会条款”第 32 条。

[152] 另见 ILC Commentary 2001, p. 235 and Suarez-Rosero v. Ecuador (Reparations), Inter-American Court of Human Rights, 1999, Series C, No. 44 at para. 42; 118 ILR, p. 92. 还需注意的是，当支付利息是实现充分赔偿所必需时，应当支付任何应付本金的利息，利息应从本金应支付之日起计算，直到本金支付完毕时止，article 38 and ILC Commentary 2001, p. 268. 第 39 条规定，在确定赔偿时，应考虑提出索赔的受害国或任何人或实体由于故意或疏忽以作为或不作为促成损害的情况：见 ILC Commentary 2001, p. 275 和 the LaGrand case, ICJ Reports, 2001, 第 466、487 和 508 页；134 ILR, 第 1、26 和 46 页。

[153] 见例如，Annacker, “Part Two”, 第 221 页及以下。

[154] 见，例如，1945 年后与匈牙利、罗马尼亚和意大利的和平条约。另见 the Spanish Zone of Morocco case, 2 RIAA, p. 617 (1925); 2 AD, p. 157; the *Martini* case, 2 RIAA, p. 977 (1930); 5 AD, p. 153; the *Palmagero Gold Fields* case, 5 RIAA, p. 298 (1931) and the *Russian Indemnity* case, 11 RIAA, p. 431 (1912). 布朗利认为，在某些情况下，如非法占有领土或获得具有特别文化、历史或宗教意义的物品，恢复原状可能是法律上的唯一救济，*System*, p. 210, and the *Temple case*, ICJ Reports, 1962, pp. 6, 36—7; 33 ILR, pp. 48, 73.

[155] 见例如，the *Aminoil* case, 66 ILR, 第 529、533 页。

[156] 另见 ILC Commentary 2001, 第 237 页。

[157] 82 ILR, 第 499 页。

[158] *Ibid.*, 第 571 页。

[159] 见例如 *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 1, 第 79 页及以下。

[160] 82 ILR, 第 572 页。

义务不再有效(在如下的意义上,即根据1989年7月22日的最初协议,要求特工留在太平洋有关岛屿上的义务已届满了),一项要求停止不法行为的裁决已失去了目标。[161]

对征收进行适当赔偿的问题在若干案例中都有论及。在"英国石油开发公司"案(BP case)[162]中,法庭强调:

> 以下观点没有获得明确的支持,即:特别履行和恢复原状是遭受缔约一方违法行为伤害的另一缔约方根据国际公法可以选择的救济手段……违约方对违反履行条约规定义务应承担的责任是赔偿损失……恢复原状这一概念仅仅被用作确定损害金额的一种手段。[163]

然而,在同样涉及利比亚对石油特许权的国有化的"德士古"案(*Texaco* case)[164]中,仲裁员断定,根据国际法(当然还根据利比亚法),恢复实物原状构成

> 对不履行条约义务的通常的制裁手段,因此,仅在恢复原状不可能时才不适用。[165] 804

从政治上看,该方法不大会被各国所接受,尤其是在国际合同中,因为它看来是侵犯主权的。确实,让一个不情愿的国家执行这样一个关于恢复原状的裁决,其难度是可想而知的。[166]

在加布奇科沃—大毛罗斯案(匈牙利/斯洛伐克)中,国际法院注意到,"受害国有权从国际不法行为国家那里就其所遭受的损害获得赔偿。这是一项已确立起来的国际法规则"。[167] 第36条1款规定,一国际不法行为的责任国有义务补偿该行为造成的任何

---

[161] Ibid., 第573页。注意国际法委员会条款草案第30条规定受害国有权,在适当情况下,获得不再重复不法行为的保证或担保。

[162] 53 ILR, 第297页。本案是关于利比亚征收英国石油特许权的。

[163] *Ibid.*, 第347页。

[164] 17 ILM, 1978, 第1页;53 ILR, 第389页。

[165] 17 ILM, 1978,第36页;53 ILR, 第507—8页。实际情况是,双方通过利比亚提供了价值1.52亿美元石油解决了争议。17 ILM, 1998, 第2页。

[166] 在the *Liamco* case中,仲裁员阐述了这些观点,20 ILM, 1981, 第1,63—4页; 62 ILR, 第141, 198页。另见the *Aminoil* case, 21 ILM, 1982, 第976页; 66 ILR, 第519页。进一步参见,例如,A. Fatouros, "International Law and the International Contract", 74 AJIL, 1980, 第134页。对被征收的财产的补偿问题将在下文第827页进一步论及。

[167] ICJ Reports, 1997, 第7, 81页;116 ILR, 第1页。另见the Construction of a Wall case, ICJ Reports, 2004, 第136, 198页;129 ILR, 第37, 117—18页,以及the Genocide Convention (Bosnia v. Serbia) case, ICJ Reports, 2007, 第460段。在后一案中,法院提及第36条。

损害,如果这种损害没有以恢复原状的方式得到赔偿[168];这种补偿应该弥补在经济上可以评估的任何损害,包括可以确定的利润损失。[169] 其目的旨在处理实际造成的经济损失。因此惩罚性的损害赔偿超出了赔偿的概念[170],正如在"维拉斯克斯·罗德里格斯诉
805 洪都拉斯"案(*Velásquez Rodriguéz* v. *Honduras*)中,美洲人权法院所表明的,它是一项"现今国际法已不再适用的"原则。[171]

补偿通常以损失的财产的"公平市场价值"为基础进行评估,尽管用来计算损失的方法可能视相关财产的类型而有所不同。[172] 赔偿利润损失的要求也可提出,例如,对可产生收入的财产的使用和享用造成了干扰或非法取得了该财产,或者在某些情况下针对将来收入的损失。[173]

损失包括物质和非物质(或精神)损失。[174] 货币补偿可以用来对个人遭受的痛苦和侮辱作出赔偿。例如在"孤独号"案(*I'm alone* case)[175]中,因非法造成在蒙特利尔登记的一条船的沉没,仲裁庭因此建议支付给加拿大一笔25,000美元的金额,作为对有辱其尊严的赔偿。这方面的另一案例是1986年7月9日法国和新西兰就解决法国特工在新西兰炸沉"彩虹勇士号"船一事签订的协议,协议第二段规定法国支付700万美元作为对新西兰"遭受的所有损失的补偿"。[176] 从上下文来看,它不只包括物质损失。[177] 在后来1990年的仲裁中,仲裁庭宣称:

> 当违反国际义务造成严重的精神和法律损失时,即使未造成物质损失,也可以

---

[168] 在 Gabčíkovo-Nagymaros Project case 中, ICJ Reports, 1997, 第7, 81页;116 ILR, 第1页,法院认为两国均有求偿权也都有义务作出赔偿。因此,法院呼吁双方放弃或取消所有相互金融求偿和反求偿。更一般地,见 D. Shelton, Remedies in International Human Rights Law, 2nd edn, Oxford, 2005, 以及 C. N. Brower and J. D. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal, The Hague, 1998, 第14—18章。

[169] 见 ILC Commentary 2001, 第243页。另见 the Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Fifth Session, A/48/10, 第185页。

[170] 一般地见 Whiteman, Damages, and Aréchaga, "International Responsibility", 第571页。另见 N. Jorgensen, "A Reappraisal of Punitive Damages in International Law", 68 BYIL, 1997, 第247页;Yearbook of the ILC, 1956, vol. II, 第211—12页,以及 Annacker, "Part Two", 第225页及以下。

[171] Inter-American Court of Human Rights, 1989, Series C, No. 7, 第34, 52页;95 ILR, 第306页。(2.8 3.35pm)

[172] 见 the ILC Commentary 2001, 第255页及以下对该问题的分析。另见 the UNCITRAL Arbitral Tribunal decision of 14 March 2003 in *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, 最终裁决。

[173] *Ibid.*, 第260页及以下。

[174] 见 article 31(2)。

[175] 3 RIAA, 第1609页, (1935);7 AD, 第203页。

[176] 74 ILR, 第241, 274页。

[177] 见 the Arbitral Tribunal in the *Rainbow Warrior* case, 82 ILR, 第499、574页。

作出支付货币补偿的命令。[178]

但是,仲裁庭未发布支付货币补偿的命令,主要是因为新西兰寻求的是其他救济请求。[179]

抵偿是赔偿的第三种形式。它指的是非金钱赔偿,包括官方道歉,惩处负有责任的下级官员或者对行为非法性的正式承认。[180] 仲裁庭在"彩虹勇士号"案[181]中指出,采用 806
抵偿作为对违反一项国际义务的救济早已为国家实践和国际法庭所确立,当精神或法律侵害是对国家直接作出的时候更是如此。在该案情况下,仲裁庭得出结论认为,它对法国违反对新西兰所负的条约义务进行的公开谴责构成了"恰当的抵偿"。[182] 仲裁庭还作出了一项有意思的"建议",即这两个国家设立一项基金以密切两国人民间的关系并且还建议法国政府提供200万美元来启动这项基金。[183]

有些情况下,争端一方仅要求发表一项声明,来确认其所反对的行为的非法性。[184] 例如在领土争端中,类似声明可能会具有特殊意义。然而在"核试验"案中,国际法院对澳大利亚的请求却采取了狭义立场[185],不少法官对该方法发表了反对意见。[186] 国际法委员会条款草案第37条规定,对一项国际不法行为负有责任的国家有义务抵偿该行为造成的损失,只要该损失不能以恢复原状或补偿的方式得到赔偿。抵偿可采取承认行为的不法性、表示遗憾、正式道歉或其他适当方式。[187] 保证或担保不重复就是其他方式的

---

[178] 82 ILR, 第499, 575页。

[179] *Ibid.*

[180] 见 Annacker, "Part Two", 第230页及以下;de Aréchaga, "International Responsibility", 第572页;D. W. Bowett, "Treaties and State Responsibility" in Mélanges Virally, Paris, 1991, 第137, 144页;Schwarzenberger, International Law, 第653页。另见 the I'm alone case, 3 RIAA, 第1609, 1618页 (1935); 7 AD, 第206页和 the Corfu Channel case ICJ Reports, 1949, 第4, 35页;16 AD, 第155, 167页。

[181] 82 ILR, 第499页。

[182] 82 ILR, 第577页。

[183] Ibid., 第578页。另见 the Genocide Convention (Bosnia v. Serbia), ICJ Reports, 2007, 第463页。

[184] 见,例如,Certain German Interests in Polish Upper Silesia, PCIJ, Series A, No. 7, p. 18 (1926) and the Corfu Channel case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 35; 16 AD, p. 155. 还需注意,根据1950年《欧洲人权公约》第41条,欧洲人权法院可以判决"正义补偿"(just satisfaction),通常采取由法院声明对公约的违反已经发生的形式:见,例如,the Neumeister case, European Court of Human Rights, Series A, No. 17 (1974); 41 ILR, p. 316. 另见 the Pauwels case, ibid., No. 135 (1989); the Lamy case, ibid., No. 151 (1989) and the Huber case ibid., No. 188 (1990).

[185] ICJ Reports, 1974, 第253页;57 ILR, 第398页。

[186] ICJ Reports, 1974, 第312—19页;57 ILR, 第457页。

[187] 见 ILC Commentary 2001, 第263页。抵偿不能与损害不相称,也不能采取羞辱责任国的方式,见 article 37(3)。

一个例子。[188]

807 **对强制规范(强行法)的严重违反**

关于国家责任的若干重大争论之一是国际罪行问题。国际法委员会1996年条款草案第19条在国际违法行为意义上,在国际罪行与国际不法行为(international delicts)之间作出了区别。该条规定,一国的国际不法行为如果构成对保护国际社会根本利益至关重要的国际义务的违反且被整个国际社会公认为犯罪时,该国际不法行为即构成国际罪行。所有其他国际违法行为(internationally wrongful acts)则被称作国际不法行为(international delicts)。[189] 该条规定的这种国际罪行有:侵略、以武力建立或维持殖民统治、奴役、灭绝种族、种族隔离以及大规模污染大气或海洋。但是,对国家是否能够承担刑事责任问题存在严重分歧。[190] 有些人认为该概念没有法律价值而且从原则上讲是错误的,这不仅由于强迫国家服从刑事处罚产生的问题,而且,即使原则上可能,也只会导致不稳定。[191] 其他人则反驳道,尤其自1945年以来,关于国家犯下某些罪行的看法已经发生了变化,结果它们被纳入国际法的范畴。[192] 报告员在其对草案第19条的评注中提出,自1945年以来在该问题上出现的三个具体变化为其纳入国际法提供了根据:第一,以不得贬损的一套原则出现的强行法概念的发展[193];第二,直接源于国际法的个人刑事责任的发展;第三,《联合国宪章》及其关于制止国家从事威胁或破坏和平和侵略的执行行动
808 的规定。[194] 但是,由于该建议的争议性,国际法委员会改变了方法。[195] 最终于2001年通过的条款删除了任何对国家国际罪行的提及,却把关注重点放在了因违反对整个国际社会所负义务和强制规范(强行法)而产生的特定后果上。[196]

---

[188] 见上文,第800页。

[189] 见 M. Mohr, "The ILC's Distinction between 'International Crimes' and 'International Delicts' and Its Implications" in Spinedi and Simma, UN Codification, 第115页,以及 K. Marek, "Criminalising State Responsibility", 14 Revue Belge de Droit International, 1978—9, 第460页。

[190] 见例如 Oppenheim's International Law, 第533页及以下。另见 G. Gilbert, "The Criminal Responsibility of States", 39 ICLQ, 1990, 第345页, 以及 N. Jorgensen, The Responsibility of States for International Crimes, Oxford, 2000. 关于个人的刑事责任问题,见上文第8章。

[191] 见例如 I. Brownlie, International Law and the Use of Force by States, Oxford, 1963, 第150—4页。

[192] 见例如 de Aréchaga, "International Law".

[193] 见例如 article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 及下文,第944页。

[194] Yearbook of the ILC, 1976, vol. II, 第102—5页。还请注意 the Report of the International Law Commission, 1994, A/49/10, 第329页及以下以及同上 1995, A/50/10, 第93页及以下。

[195] 对第19条的批判性分析以及俟后发展的讨论,见 Crawford, Articles, 第17页及以下。

[196] 见上文第3章,第123页。

第41条规定,国家有义务进行合作,通过合法手段来制止一国对国际法中的强制规范义务[197]的任何严重违反[198],并且不得承认此类严重违反所造成的任何情势为合法。[199]

外交保护与求偿的国籍[200]

有关对国民的损害相关的国家责任原理建立在两个支柱上:国家官员和国家机关(立法、司法和行政)的不法行为和不作为可归属于一国,以及另一国拥有代受害方求偿的能力。国际法委员会第44条是这样规定的,如果求偿要求不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出的,那么就不得援引一国的责任。[201]

国籍是个人与其国家就特定利益和义务形成的联系。它也是个人能够享有国际法上好处的重要依据。尽管国际法目前已发展到了个人可以不通过国家的介入而获得权 809
利的阶段,但基本情况仍然是:在一个国家主导的世界秩序里,只有通过国家这一中介,个人才可能充分获得国际法所提供的好处,而国籍就是关键。[202]

外交保护原则起源于一国如何对待外国国民的情景。然而,国际法院曾指出,"随着关于赋予个人权利的国际法近几十年来的重大发展,外交保护事项的范围,从早先仅限于声称违反对外国人最低待遇标准,扩大到除其他外,包括对受国际保护的人权的违反"。[203]

2006年,国际法委员会通过关于外交保护的条款草案。[204] 第1条规定,为本条款草

---

[197] 根据 Article 40(2),如果这涉及责任国全面或系统地不履行义务,则构成严重违反。

[198] 强制规范的例子有,禁止侵略,禁止奴隶和奴隶贸易,禁止种族灭绝,禁止种族歧视和种族隔离,禁止酷刑,以及自决原则。见 ILC Commentary 2001,第283—4页。

[199] 关于不承认的例子,见上文第9章,第468页。第41(3)条采取了兜底条款的形式,规定本条不妨碍"条款草案"第二部分所指的其他后果,和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的此类后果。

[200] 见例如 Oppenheim's International Law,第511页;Nguyen Quoc Dinh et al., Droit International Public,第808页;Brownlie, Principles,第459页及以下,A. Vermeer-Künzli, "A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga Omnes", 56 ICLQ, 2007,第553页。另见 F. Orrego Vicuña, "Interim Report on the Changing Law of Nationality of Claims", International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference, London, 2000,第631页。

[201] 见 ILC Commentary 2001,第304页。

[202] 关于国籍另见上文第12章,第659页。还需注意,在灭种罪公约适用案中,1999年7月2日克罗地亚针对南斯拉夫向国际法院所提出的损害赔偿请求,既代表着国家,也是"作为其公民的监护人。" Application,第20—1页。

[203] *Diallo* (*Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo*), ICJ Reports, 2007,第39段。

[204] 见 Report of the ILC on its 58th Session, A/61/10, 2006,第13页。

案的目的，

> 外交保护是指一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。[205]

一国有义务保护其国民并且可以代他们向其他国家提出求偿。从广义上来说，外交保护包括领事行为，谈判，调停，司法和仲裁程序，报复，反报，断绝外交关系以及从经济
810 上施压。[206] 但是根据国际法，国家没有为其身处外国的国民提供外交保护的义务[207]，尽管可以说国民有权要求其政府考虑采取外交保护，而且该政府也有义务对此要求给予合理考虑。[208]

此外，只要一国这样做了，求偿就转变成该国的事情了。这是历史上长期不允许个人根据国际法拥有对外国提起诉讼的权利的结果，这主要是因为关涉国家主权和不干涉内政问题。

在“马弗罗马提斯巴勒斯坦特许权”案（*Mavrommatis Palestine Concessions* case）中这一基本原则得到了阐述。[209] 常设国际法院指出：

> 由于接过了其臣民的案件并代表其诉诸外交行动或者国际司法程序，一国实际上在主张其自身的权利——代表其臣民确保国际法规则得到尊重的权利……

一旦国家代表其臣民接过案件并诉诸国际法庭，在后者眼里，国家是唯一的求偿者。[210] 因此，外交保护的行使不能被视为相关国家违反国际法的干预。与国家这一权利相伴的是对国家的限制，即一国只能代表自己的国民求偿。外交保护不得延伸到代外

---

[205] 见 the Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo) case, ICJ Reports, 2007, 第 39 段，法院认为第 1 条反映了习惯国际法。

[206] Kaunda v. President of South Africa CCT 23/04, [2004] ZACC 5, paras. 26—7 and Van Zylv. Government of RSA [2007] SCA 109 (RSA), 第 1 段。

[207] 见例如 HMHK v. Netherlands 94 ILR, p. 342 and Comercial F SA v. Council of Ministers 88 ILR, 第 691 页。另见 Kaunda v. President of South Africa CCT 23/04, [2004] ZACC 5, 第 29 和 34 段，请注意外交保护并未被国际法承认为一项人权，而是一项国家可以自由裁量的特权（根据 Chief Justice Chaskalson）。

[208] 见 *Van Zyl* v. *Government of RSA* [2007] SCA 109 (RSA), 第 6 段。

[209] PCIJ, Series A, No. 2, 1924, 第 12 页。见 the Panevezys-Saldutiskis case, PCIJ, Series A/B, No. 76; 9 AD, 第 308 页。另见 Vattel, 他注意到“任何不良对待公民的人都间接伤害了其国家，该国因此必须保护该公民”。The Law of Nations, 1916 trans., 第 136 页。

[210] 见，例如 Lonrho Exports Ltd v. ECGD[1996] 4 ALL ER 673, 687; 108 ILR, 第 596 页。

国国民进行求偿[211]，尽管已有人提出，“作为法律逐渐发展的实践”，一国可以对无国籍人和难民代为求偿，只要他们在受到侵害以及提出求偿之时合法地常住在该国。[212] 外 811
交保护不是有关国民的权利，而是国家的权利，国家有权选择行使或不行使这一权利。[213] 它不是国际法强加于国家的一项义务。正如国际法院在“巴塞罗那牵引力公司”案中所指出的，

> 在国际法允许的限度内，一国有权采取任何其认为恰当的手段并在任何程度内行使外交保护，因为它是在主张其自己的权利。假使国家为其求偿的自然人或法人认为他们的权利未获得充分保护，根据国际法他们也得不到任何救济。[214]

英国的观点是，代为对外求偿是皇室特权范围内的事，但其出版物《女王陛下政府代为进行国际求偿的有关规则》(Rules regarding the Taking up of International Claims by Her Majesty's Government)还勾勒出各种原则。《规则》据称是以国际法为基础的。[215] 它对正式求偿和非正式交涉作出了区别。对于前者，《规则》第 8 条规定，“如果在用尽任何国内救济过程中，求偿者遭遇了构成拒绝司法的歧视或阻碍，女王陛下的政府可以代表他进行干预以使正义得到伸张”。对于后者，如果在所有法律救济都用尽时，英国国民明显地遭受了审判不公或拒绝司法，英国会考虑进行交涉。这可以适用于对其国民人权的重大侵犯已明显改变司法进程的情况。英国还表示过，当确信第三国政府违反了它们的国际义务时，它将考虑直接对第三国政府提出抗议。[216] 812

上诉法院在“阿巴西诉外交大臣”案(*Abbasi v. Secretary of State*)中讨论了该问题。[217] 上诉法院认为，使英国当局承担保护其公民的强制性义务的观点未获权威性的

---

[211] 但是，请注意《欧洲共同体条约》第 20 条。根据该条，任何拥有成员国国籍之人(根据第 17 条该人因此是欧盟公民)，在第三国领土上，如果其本国未提出交涉时，他有权获得任何成员国的外交或领事当局在同等条件下与对该成员国本国公民相同的保护。

[212] 见“外交保护条款草案”第 8 条。在 *R* v. *Al-Rawi* [2006] EWCA Civ 1279，第 89 段，上诉法院认为，没有理由接受非英国国民享有英国政府会考虑代表其向外国提出交涉的 *Abbasi* expectation。第 8 条未被视为习惯国际法，*ibid.*，第 118—20 页。请注意为国际组织工作的国民所处的特殊地位，对这样的国民行使外交保护有可能影响到该官员的独立性：见，例如 the Reparation case，ICJ Reports，1949，第 174，183 页。

[213] 见，例如 the Interhandel case，ICJ Reports，1957，pp. 6，27；Administrative Decision No. V 7 RIAA，第 119 页；2 AD，第 185，191 页；US v. Dulles 222 F. 2d 390。另见 DUSPIL，1973，第 332—4 页。

[214] ICJ Reports，1970，第 3，44 页；46 ILR，第 178 页。

[215] 见 37 ICLQ，1988，第 1006 页；UKMIL，70 BYIL，1999，第 526 页。

[216] UKMIL，70 BYIL，1999，第 528—9 页。

[217] [2002] EWCA Civ. 1598；126 ILR，第 685 页。

支持。但是,外交部就是否行使其保护英国公民的权利拥有自由裁量权,此外,外交部还表明了公民能够根据(例如)《代为进行国际求偿的规则》以期该部的保护。法院得出结论说,从《规则》和所做的官方声明来看[218],"在有证据表明存在审判不公或拒绝司法的情况下,对于保护英国海外侨民,政府明显地同意扮演某种角色"。[219] 尽管这样的《规则》和声明带来的希望有限,而且存在着相当大的自由裁量权,但如果能够表明此类决定或不作为不是理性作法或者与人们的合法预期相左,也没有理由不根据英国法对政府的任何决定或不作为进行司法审查。因此似乎可以认为,存在着这样的义务,即对任何特定英国公民的立场以及为其采取行动的范围都应予以考虑。[220] 公民的合理期待是他或她的要求将被"考虑",并且在这种考虑中,"所有相关因素都将获得平等对待"。[221] 法院认为,对外交保护进行司法审查的"极端情况"是,如果外交及联邦事务部违反其所声称的实践,甚至拒绝考虑代表基本权利受到侵害的人提出外交交涉。[222]

一国视其意愿赋予任何人以国籍[223]是不受限制的,但影响他国者除外。例如,1930年《关于国籍法冲突的若干问题的海牙公约》第1条规定,

813

> 每一国家依照其本国法律断定谁是它的国民。此项法律如符合国际公约、国际惯例以及一般承认关于国籍的法律原则,其他国家应予承认……[224]

在"诺特鲍姆"案[225]中,国际法院判决认为,只有当求偿者与其国籍间存在真实的联

---

[218] 见 UKMIL, 70 BYIL, 1999, 第528—9页。

[219] [2002] EWCA Civ. 1598, 第92页。

[220] *Ibid.*, 第106段。

[221] *Ibid.*, 第98—9页。

[222] Ibid., 第104段。法院注意到,"在此,不太可能的是,我们所考虑的情况将使得法院作出一项强制性命令,要求外交部给予申请人提出的案件认真考虑"。同上。

[223] 不论是因出生、血统、国家继承、归化或是其他不违反国际法的方式取得国籍:见"外交保护条款草案"第4条。

[224] 见 Nationality Decrees in Tunis and Morocco, PCIJ Reports, 1923, Series B, No. 4, 第24页。另见 article3 (2) of the European Convention on Nationality, 1997. 这将含盖国际人权法规则:见,例如,Propsed Amendments to the Naturalisation Provision of the Political Constitution of Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights, 1984, Series A, No. 4, para. 38; 79 ILR, 第282页。

[225] ICJ Reports, 1955, p.4; 22 ILR, 第349页。法院强调,行使保护——例如——通过向法院提出请求,就是要使本人进入国际法层面,ibid., 第16页。见 the Nationality Decrees in Tunis and Morocco case, PCIJ, Series B, No.4, 1923, 第7、21页;2 AD, 第349页,本案中法院指出,尽管国籍问题原则上是国内管辖事项,但一国行使自由裁量权要受到它向其他国家所负义务的限制。另见 the Flegenheimer claim, 14 RIAA, 第327页 (1958); 25 ILR, p.91 and article 1 of the 1930 Hague Convention on Nationality. 进一步见上文第12章,第659页,关于国籍和国际法的论述。

系时才产生外交保护。但是,该案的事实对理解上述法律主张是十分重要的。在该案中,列支敦士登政府针对危地马拉据称违反国际法的行为提起诉讼,要求恢复原状并对诺特鲍姆作出赔偿。危地马拉认为,诺特鲍姆拥有列支敦士登国籍的权利以及后者的外交保护是有问题的。他 1881 年出生于德国,在仍是德国公民的情况下,于 1939 年在列支敦士登申请入籍。但是问题在于,自 1905 年起(并且直到 1943 年他因为危地马拉实施战时措施的结果而被驱逐),诺特鲍姆一直居住在危地马拉并且一直以该国为基地做生意。法院认为,正如任何国家一样,列支敦士登完全可以自行规定取得其国籍的必要规则,但关键是危地马拉是否有义务承认列支敦士登所给予的国籍。一国对其某一国民行使外交保护的实践使整个国籍问题超出了国内管辖的范畴转而受到国际法调整。[226] 法院强调,根据国家实践,国籍是个人与赋予其国籍的国家间的法律宣示,也是对该人与其国籍国比他与任何其他国家间拥有更密切联系的承认。[227] 814

在阐述了这些观点后,法院强调指出,诺特鲍姆与列支敦士登的联系是脆弱的,而他与危地马拉的联系却比较强。诺特鲍姆只在列支敦士登度过了短暂的时光,他的一位兄弟居住在瓦杜兹。除此之外以及除了他形式上的入籍,他与列支敦士登没有别的联系。另一方面,他居住在危地马拉有约 30 年之久。其间,在瓦杜兹取得他的国籍证书后即又返回了危地马拉。由于列支敦士登"给予国籍未考虑国际关系所采纳的概念",缺乏任何真实的联系,法院因此认为列支敦士登不能就诺特鲍姆针对危地马拉行使外交保护。[228] 该案因法院采纳"真实联系"说而遭到批评。在该案以前该学说一直被用来处理双重国籍问题,以便就双重国籍国民的国籍国之一是否能向其另一国籍国提起诉讼问题作出决定。把该学说延伸适用于处理外交保护问题似乎是一个全新举措。[229]

国际法委员会在其于 2006 年通过的《关于外交保护的条款草案》中未把建立真实联系作为国籍的要求之一[230],该条款草案的评注认为"诺特鲍姆"案原理应仅适用该案所指的情况。[231]

在权利受到侵害之日必须拥有国籍,并应至少持续到正式提出求偿之日。但是,后

---

[226] ICJ Reports, 1955, 第 20—1 页;22 ILR, 第 357 页。

[227] ICJ Reports, 1955, 第 23 页;22 ILR, 第 359 页。

[228] ICJ Reports, 1955, 第 25—6 页;22 ILR, 第 362 页。

[229] 一般地,见 Brownlie, Principles, chapter 19, and R. Y. Jennings, "General Course on Principles of International Law", 121 HR, 1967, 第 323、459 页。

[230] Article 4 规定,国籍国指该人根据该国法律通过出生、血缘、归化、国家继承或以任何其他方式,在不违反国际法的情况下,获得了其国籍的国家。

[231] Report of the ILC on its 58th Session, A/61/10, 2006, 第 32—3 页。另见 the Flegenheimer claim, 14 RIAA, 第 327 页 (1958); 25 ILR, 第 91 页。

者还取决于一些其他情况，例如，还取决于争端当事国之间关于求偿问题存在的任何协议。[232]

815 当某一个人拥有双重或多重国籍时，其中的任何国籍国都可以代他向第三国进行求偿[233]，并且看来也无需在拥有双重或多重国籍的个人与其国籍国间建立真实的联系。[234] 若存在着多个国籍国的情况下，规则似乎是，与该人拥有更有效联系的国家可以代其向其他国籍国进行求偿。在"梅尔瑞"案（*Mergé* case）[235]中，仲裁庭强调，该原则是以国家主权平等为基础，主权平等排除了在双重国籍情况下的外交保护。因而，无论何时，当其中的一个国籍是求偿国国籍时，它必须受制于有效国籍原则。然而，如果这种优势地位不能得到证明，那么就无需受制于有效国籍原则。换句话说，允许拥有双重国籍个人的一个国籍国为他向他的另一个国籍国行使保护的检验标准是国籍的有效性。该处理方法被伊朗—美国求偿庭所重申，仲裁庭全体一致认为，对一个在相关时间其"主要的和有效的国籍"是美国国籍的双重国籍人针对伊朗的求偿，仲裁庭拥有管辖权。[236] 国际法委员会《关于外交保护的条款草案》第7条规定，某人的一个国籍国不能为他针对他的另一国籍国行使外交保护，除非他拥有的前一国籍国的国籍是主要国籍。

816 看来，就公司而言，它与打算为其求偿的国家间必须存在某种确定无疑的联系。不

---

[232] 见，例如 Borchard, Diplomatic Protection, 第660页及以下；Whiteman, Digest, vol. VIII, 1967, 第1243—7页，以及 the Nottebohm case, ICJ Reports, 1955, 第4页；22 ILR, 第349页。此外，美国国务院的立场是，它拒绝支持那些未能由美国公民持续地拥有的求偿：见 76 AJIL, 1982, pp. 836—9，英国外交部1985年公布的国际求偿规则也具有同样的效果：见 37 ICLQ, 1988, 第1006页。另见 I. Sinclair, "Nationality of Claims: British Practice", 27 BYIL, 1950, 第125页。值得注意的是，国际法委员会关于外交保护的"条款草案"第5(2)条规定，即使某人在受到侵害之日不是该国国民，该国也可以行使外交保护，只要该人提出求偿之日是该国国民而且，他基于与本求偿无关的原因已失去原国籍并以不违反国际法的方式取得了现在的国籍。

[233] 14 RIAA, p. 236(1955)；22 ILR, 第443页。另见 the Canevaro case, 11 RIAA, p. 397 (1912). 见 article 5(1) of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, ILC 54th Report, 第181页。另见 article 3 of the Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930。

[234] 见，例如 the Salem case, 2 RIAA, p. 1161(1932)；6 AD, 第188u页；the Mergé claims, 14 RIAA, 第236页(1955)；22 ILR, p. 443 and Dallal v. Iran 3 Iran-US CTR, 1983, 第23页。

[235] 14 RIAA, p. 236 (1955)；22 ILR, 第443页。另见 the Canevaro case, 11 RIAA, 第397页 (1912). Cf. the Salem case, 2 RIAA, p. 1161 (1932)；6 AD, 第188页。

[236] Islamic Republic of Iran v. USA, Case No. A/18, 5 Iran-US CTR, 第251页；75 ILR, 第176页；Esphahanian v. Bank Tejarat 2 Iran-US CTR, p. 157；72 ILR, 第478页，以及 Malek v. Islamic Republic of Iran 19 Iran-US CTR, 第48页。另见 Saghi v. Islamic Republic of Iran 87 AJIL, 1993, 第447页，以及 the decision of the Canadian Supreme Court in Schavernoch v. Foreign Claims Commission 1 SCR 1092 (1982)；90 ILR, 第220页。

同的案例指出了不同的因素,从公司在特定国家成立到在特定国家维持公司的管理中心以及由国民对其存在实际控股。[237]

在"巴塞罗那牵引力公司"案[238]中,法院指出,传统规则把对公司的外交保护权赋予公司根据其法律成立并在其领土上拥有注册办公室的国家。任何对"诺特鲍姆"案的"真实联系"规则的适用都因未获普遍接受而被拒绝。尽管如此,公司向其寻求保护的国家必须受到某些必要联系的约束是正确的。该案也谈及了对公司股东行使保护的问题。它处理的是比利时与西班牙间因一个 1911 年设立于加拿大的公司引起的争端,该公司参与在西班牙发电,其多数股份由比利时国民持有。第二次世界大战后,西班牙当局采取了多项财政措施,对该公司造成了侵害。1948 年公司宣布破产。本案涉及比利时为拥有其国籍的公司股东因西班牙采取的措施所遭受的损害而提出的求偿。西班牙在答复中否认比利时在该案中的任何地位,因为是公司而不是股东受到了损害。

法院以比利时在该案中没有法律利益为由拒绝了它的求偿。尽管公司受到不法侵害时股东也会遭受损害,但只有公司的权利受到了侵害,因此公司才有权提起诉讼。另一方面(这里并未发生),如果股东的直接权利受到了影响,例如红利,那么他们将有采取行动的独立权利;但如果不是这样的话,只有公司依法消亡时股东才有这样的权利。

法院强调,国际法的一般规则是,当一个含有外国资本的公司受到不法侵害时,只有公司的国籍国才能起诉。本案中,加拿大选择了不介入争端的立场。在国际法院看来,接受可对股东行使外交保护的思想,会给经济关系造成混乱和不确定,因为国际性公司的股份是"极为分散并频繁易手的"。[239] 817

国际法委员会《外交保护条款草案》第 9 条规定,国籍国是指公司依照其法律成立的国家。然而,当公司受另一国或另外数国的国民控制,并在成立地国没有实质性商务活动,而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时,那么该国应视为国籍国。第 11 条规定,公司股东的国籍国无权为这些股东行使外交保护,除非由于与损害无关的原因,按照成立地国的法律该公司已不存在;或在受到损害之日,该公司具有被指称对造成损害应负责的国家的国籍,并且在该国成立公司是该国要求在其境内经营的前提条件。[240]

---

[237] 见,例如 Brownlie, Principles, 第 463 页以及下;Schwarzenberger, International Law, 第 387—412 页。另见 Sola Tiles Inc. v. Islamic Republic of Iran 83 ILR, 第 460 页。

[238] ICJ Reports, 1970, 第 3、42 页; 46 ILR, 第 178、216 页。

[239] ICJ Reports, 1970, 49 页; 46 ILR, 第 223 页。另见 the Separate Opinion of Judge Oda, the Elettronica Sicula (US v. Italy) case, ICJ Reports, 1989, 第 15、84 页;84 ILR, 第 311、390 页。

[240] 然而,当损害是直接对股东而不是对公司作出的时候,其国籍国就有权对其行使外交保护。见第 12 条。

国际法院在迪亚罗案(*Diallo* case)[241]中又回到公司问题上来,它认为

> 从国际法角度看重要的是,是否公司有独立于其成员的法律人格。给予公司独立公司人格必然包括给予其财产拥有权,一项其独自有能力保护的权利。因此,当公司权利受到另一国的国际不法行为侵害时,只有国籍国可以代表公司行使外交保护。为确定一个公司是否拥有独立法律人格,国际法需要诉诸相关国内法。[242]

就在外交保护意义下的公司股东而言,法院强调,一国代表其自然人或法人行使外交保护,该人是公司股东,拥有该国国籍,就是在寻求另一国为其国际不法行为对该人所造成的损害承担责任。最终,这不过是国际法委员会条款草案第1条所定义的对自然人
818 或法人的外交保护;就股东而言,构成国际不法行为的,是责任国对股东与法人相关联的权利的直接侵犯,这是股东所属国国内法规定的股东所享有的直接的权利,为责任国和求偿国双方都认可的权利。在此基础上,对一个有限公司股东直接权利的外交保护就不应被视为属于对自然人或法人外交保护一般法律制度的例外,该制度起源于习惯国际法。[243] 根据外交部1985年出台的《代为进行国际求偿的规则》[244]的规定,当一个英国国民拥有作为股东或在其他情况下享有利益、并且公司已消亡时,英国可以介入类似"巴塞罗纳牵引力公司案"的情况,尽管这属于特殊情况。当公司的国籍国积极从事了对公司的不法行为而英国国民作为股东或在其他方面享有利益时,英国也可以介入。除此以外,英国通常只有在与公司成立地国进行协商后才代为进行此类求偿。[245] 此外,不同国

---

[241] ICJ Reports, 2007, 第60段及以下。

[242] *Ibid.*, 第61段。

[243] Ibid., 第64段。法院还探讨了,当针对外国公司从事国际不法行为后是否只有该公司的国籍国才能起诉,这是否仍是一项一般规则。法院的结论是肯定的。ibid., 第87段及以下。

[244] 见上文,第811页。上世纪70年代双边投资保护条约数目的增加可能可以部分地解释为是对"巴塞罗纳牵引力案"后保护股东需要的某种响应。见,例如 M. Sornarajah, "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", 20 Journal of World Trade Law, 1986, 第79、87页。注意在 Diallo case, ICJ Reports, 2007, 第88段,法院注意到,在当代国际法中,公司权利与股东权利问题更多是保护外国人投资的双边或多边条约涉及的事项,外交保护所起的作用已多少有些下降。

[245] 另见英国在美国法院审理的 Ill Finance Ltd v. Aegis Consumer Finance Inc. 案中所采取的立场是,在英国负有国际责任的任何领土上成立的实体——在美国外侨管辖法的意义上——都是英国国民,UKMIL, 71 BYIL, 2000, 第552页及以下。在 Chase Manhattan Bank v. Traffic Stream (BVI) Infrastructure Ltd 案诉讼中采取了类似的立场, UKMIL,72 BYIL, 2001, 第603页。

家的实践[246]是不同的,在不同条约机制下的实践[247]也是不同的。

关于船舶问题,分歧是相当大的。国际海洋法法庭在"M/V 塞加号(第二号)"案强 819
调说,根据 1982 年《海洋法公约》,只有船旗国才拥有对船舶本身的权利和义务,因此"船舶,其上的任何物品以及与其义务相关或有利害关系的任何人,都被视为与船旗国有联系的实体。这些人员的国籍是不相关的"。[248]

用尽当地救济[249]

根据习惯国际法,在诉诸国际机制、提出求偿或抗议前,当地国家所能提供的救济须予用尽。[250] 对于用尽当地救济规则是个实体规则还是程序规则,亦或二者兼而有之的问题[251],学术上是存在争论的。但是,这一规则的目的既在于使得在其法律秩序下发生错误的国家能有机会纠正错误,也在于减少可能提起的国际求偿的数量。当然,另一个因素是,不在外国司法体系的运行之前抢先是为了体现对外国主权和司法管辖权的尊重。国际法委员会《国家责任条款》第 44 条规定,如果求偿要求用尽当地救济规则,而 820
尚未用尽任何可利用的和有效的当地救济,那么就不得援引一国的责任。[252]

国际法委员会外交保护条款草案第 14 条强调了习惯规则,在受害人用尽一切当地

---

[246] 见,例如 W. K. Geck, "Diplomatic Protection" in Encyclopedia of Public International Law (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 1992, vol. X, 第 1053 页。

[247] 见,例如 the Algiers Declaration concerning the settlement of US-Iranian claims, 20 ILR, 1981, 第 230 页;the Convention on the Settlement of Investment Disputes, 1965, article 25 and Third US Restatement of Foreign Relations Law, Washington, 1987, vol. I, 第 127—8 页。

[248] 120 ILR, 第 143 页,第 184—5 页,另见 article 292 of the Law of the Sea Convention, 1982。还可见 the Grand Prince (Belize v. France) case, ITLOS, judgment of 20 April 2001, 125 ILR, 第 272 页。

[249] 进一步见上文第 6 章,第 273 页。另见 the *Railway* case, PCIJ, Series A/B, No. 76 (1939); 9 AD, 第 308 页; Whitman, *Digest*, vol. III, 第 1558 页; Borchard, *Diplomatic Protection*, 第 817—18 页; A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rules of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983; C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1990, and J. Kokott, "Interim Report on the Exhaustion of Local Remedies", International Law Association, Report of the Sixthty-Ninth Conference, London, 2000, 第 606 页。

[250] 见,例如, the Interhandel (Switzerland v. USA) case, ICJ Reports, 1959, 第 6、27 页;the Diallo (Guinea v. Democratic Republic of Congo) case, ICJ Reports, 2007, 第 42、44 段。另见 Ex parte Ferhut Butt 116 ILR, 第 607, 614—15 页 (High Court)以及第 619 页 (Court of Appeal)。大量条约也规定了这一要求:见,例如,《欧洲人权公约》第 35 条;《美洲国家间人权公约》第 46 条;《公民权利和政治权利国际盟约》的《第一任择议定书》,第 5 条;以及《海洋法公约》第 295 条。

[251] 见,例如 the discussions in Yearbook of the ILC, 1977, vol. II, part 2, 第 30 页以及下。Report of the ILC on its 54th Session, 2002, 第 131 页及以下。另见 Kokott, "Interim Report", 第 612 页及以下。

[252] ILC Commentary 2001, 第 305 页。

救济之前，不得提出国际求偿。当地救济被界定为：受害人可以在被指称应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。第 15 条规定，在下列情况下无需用尽当地救济：不存在合理的可得到的能提供有效补救的当地救济手段，或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性；受害人与被指称应负责任的国家在发生损害之日没有相关联系；救济过程受到不当拖延，且这种不当拖延是由被指称应负责任的国家造成的；或被指称应负责任的国家放弃了用尽当地救济的要求。[253]

希腊与英国间发生的“安巴蒂洛斯仲裁”案（*Ambatielos* arbitration）对该规则作了详尽阐述。[254] 希腊就安巴蒂洛斯签订的一份合同引起的争端请求仲裁，该请求被仲裁庭驳回，因为英国法律所能提供的救济尚未被完全用尽。尤其是，他未能请到一个重要的证人，也没有向上议院就上诉法院的判决提出上诉。

用尽当地救济的要求[255]仅适用于可以提供的有效救济。如果上诉根本就不会影响案件的基本结果，那么仅仅因为求偿人未上诉而拒绝求偿就是站不住脚的。“芬兰船舶
821 仲裁”案（*Finnish Ships* arbitration）对此作了强调。[256] 本案中，船主向海事运输仲裁委员会提出仲裁请求，但未就委员会作出的对其不利的裁决上诉。仲裁委员会认为，因为上诉只能针对法律问题，而这不能推翻重要的事实，即存在英国对船舶的征用，所以任何上诉都将不会有效果。因此，船主的求偿不会因为未用尽当地救济而被驳回。

在“英特亨德尔公司”案（*Interhandel* case）[257]中，美国于 1942 年没收了瑞士英特亨德尔公司位于美国的资产，这些资产被怀疑受控于一家德国企业。1958 年，为收回瑞士位于美国的资产而在美国法院打了 9 年官司后，瑞士诉诸了国际法院。但是，就在法院作出判决之前，美国最高法院又重新允许英特亨德尔公司进入司法程序，从而使瑞士关于该公司的求偿已被最终驳回的主张站不住脚了。国际法院驳回了瑞士政府的请求，因

---

[253] 国际法院在 the Diallo case 中注意到（ICJ Reports, 2007, 第 47 段）行政救济只有在情况下才可以被考虑为当地救济手段，即当它旨在维护权利而非给予一项恩赏，除非它构成解决后续争议程序中一项重要的前提条件。

[254] 12 RIAA, p. 83 (1956); 23 ILR, 第 306 页。

[255] 也采用 domestic or municipal remedies。

[256] 2 RIAA, p. 1479 (1934); 7 AD, 第 231 页。

[257] ICJ Reports, 1959, 第 6 页; 27 ILR, 第 475 页。法院宣称，“在提起国际诉讼之前必须用尽当地救济的规则是一项已经确立的习惯国际法原则”，ICJ Reports, 1959, 第 27 页; 27 ILR, 第 490 页。另见 Rules VII and VIII of the International Claims Rules of the FCO, 上文，第 724 页；Pleadings, Israel v. Bulgaria, ICJ Reports, 1959, 第 531—2 页, T. Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, 25 BYIL, 1959, 第 95 页。此外，还可参见 the North American Dredging Co. claim, 4 RIAA, p. 26 (1926); 2 AD, 第 4 页。

为当地所能提供的救济尚未被用尽。对本案判决的批评意见认为,实际上拖了 10 多年的诉讼无论如何也不能被认为构成"有效的"救济。然而,一个事实却是不变的,那就是,即使经过了这么长时间,在美国运行的司法系统仍然可以多少为瑞士公司提供些救济。

当一国对国际法的直接违反导致对另一国的直接侵害时,例如使该国的外交代表受到侵害,那么当地救济规则就不适用了。但当一国就其国民所受的侵害进行求偿时,该规则仍然适用。[258] 可以通过条约规定放弃当地救济规则,正如 1923 年《美国—墨西哥普通求偿公约》第 5 条以及 1972 年《空间物体造成损害的国际责任公约》第 11 条所规定的。

"锡库拉电子有限公司(埃尔西)"案[259]对当地救济问题也进行了阐述,它把这一概念称作"习惯国际法上的一项重要原则"。[260] 本案涉及美国指称两家美国公司在意大利 822
的利益受到侵害而对意大利提起的一项诉讼。意大利认为当地救济尚未用尽,但美国则坚持认为该规则不适用本案,因为本案是基于两国于 1948 年缔结的《友好通商航海条约》提起的,而该条约有关于把涉及该条约的争端提交国际法院的规定,但只字未提当地救济。然而法院分庭坚持说,如果协议双方如此选择,它们可以通过明确的规定来免除当地救济要求,但是分庭"发现它不能接受一项重要的习惯国际法原则能够被默示免除"。[261] 换句话说,当地救济需被用尽的假定只有通过明确相反的规定才能被取消。

分庭还回答了美国提出的一项主张,即对于请求作出确定有关条约被违反的宣告性判决而言,该规则不适用。该请求实际上是基于对国家的直接侵害不适用该规则的观点。分庭感到,在本案中它看不到,在因直接侵害美国而违反条约的问题上存在争端,而且该争端既有别于又独立于涉及两家美国公司的争端。[262] 它强调,"美国的主张的整个氛围"是据称对两家美国公司的损害问题。[263] 由于采用了这一严格标准,似乎在这样一个同时涉及国民利益和国家本身利益的混合求偿中,必须假定当地救济规则是适用的。

由于两家美国公司没有在意大利法院提出条约问题,使得在本案中当地救济实际上没有被用尽的主张被驳回了。分庭认为,求偿的核心问题已在主管法庭提出就足够了。因此,与对问题的甄别不同,不要求对求偿加以甄别。分庭不能确信是否确实还有独立

---

[258] 见,例如 the *Heathrow Airport User Charges Arbitration*, 102 ILR, 第 215、277 页及以下。

[259] ICJ Reports, 1989, 第 15 页; 84 ILR, 第 311 页。

[260] ICJ Reports, 1989, 第 42 页; 84 ILR, 第 348 页。

[261] *Ibid.*

[262] ICJ Reports, 1989, 第 42—4 页; 84 ILR, 第 348—50 页。

[263] ICJ Reports, 1989, 第 43 页; 84 ILR, 第 349 页。

于其意大利分公司(ELSI)的两公司本应诉诸并应予以用尽的某种救济。[264]

823 外国人的待遇[265]

保护外国人的问题是国际法中与西方国家和第三世界国家在国际关系中所采取的不同立场联系最密切的问题之一。发展中国家以及前共产主义国家,一直渴望减少它们所认为的国际法赋予资本主义国家的特权。它们特别强调国家主权和独立并憎恨西方的经济影响。另一方面,西方国家要保护它们在海外的投资和国民并为他们的财产提供安全保障。

随着海外国民数量因贸易活动而增长,以及由此引起的国家实践的增加,对外国国民的外交保护也发展了。此外,自从1794年"美英杰伊条约"以来,建立了大量旨在解决对外国人侵害的混合求偿委员会[266],同时,还设立了许多国内求偿委员会以分配在求偿解决中从外国获得的金额。[267] 这类国际的和国内的求偿程序连同外交保护一起,就使得当在外国的国民在涉及国家责任的情况下于遭受财产损失或人身伤害时得到帮助。[268]

---

[264] ICJ Reports, 1989, 第46—8页; 84 ILR, 第352—4页。见,例如 M. H. Adler, "The Exhaustion of the Local Remedies Rule After the International Court of Justice's Decision in ELSI", 39 ICLQ, 1990, 第641页, F. A. Mann, "Foreign Investment in the International Court of Justice: The ELSI Case", 86 AJIL, 1992, 第92、101—2页。另见 the M/V Saiga (No. 2) case, 120 ILR, 第143、182—4页以及 the LaGrand case, ICJ Reports, 2001, 第466、487—8页; 134 ILR, 第1、26—7页。

[265] 见脚注1.另见 Guha Roy, "Is the Law of Responsibility of States for Injury to Aliens a Part of Universal International Law?", 55 AJIL, 1961, 第863页; A. Fatouros, "International Law and the Third World", 50 Virginia Law Review, 1964, 第783页; I. Shihata, Legal Treatment of Foreign Investment, Dordrecht, 1993; Oppenheim's International Law, 第903页, Third US Restatement of Foreign Relations Law, Washington, 1987, vol. II, 第184页。另见 the Principles Concerning Admission and Treatment of Aliens adopted by the Asian-African Legal Consultative Committee at its fourth session: http://www. aalco. org/Principles/%20admission%20and%20Treatment%20of%20aliens. htm.

[266] 见,例如 A. M. Stuyt, Survey of International Arbitrations, 1794—1889, 3rd edn, Dordrecht, 1990。

[267] 见,例如,International Claims (eds. R. B. Lillich and B. Weston), Charlottesville, 1982, and R. B. Lillich and B. Weston, International Claims: Their Settlements by Lump-Sum Agreements, Charlottesville, 2 vols., 1975. 另见 the US-People's Republic of China Claims Settlement Agreement of 1979, DUSPIL, 1979, 第1213—15页, Whiteman, Digest, vol. VIII, 第933—69页。

[268] 值得注意的是,1991年海湾战争结束后建立了联合国赔偿委员会,以因该冲突产生的求偿得以解决:见下文第22章,第1249页。

待遇的相关标准

824

历史上,西方发达国家曾坚持存在对外国国民保护的"最低国际标准",该标准必须得到遵守而不论一国如何对待其本国国民。其他国家则坚持,所有一国需要做的就是像对待本国人一样对待外国人("国民待遇标准"),该主张产生和发展的原因与其说是对基本正义标准的必然的漠视,倒不如说是对西方经济优势日益增长的怨恨。特别是,拉丁美洲国家感到,最低国际标准概念已被用来作为干涉内政的手段。[269] 因此,卡尔沃条款就应运而生了。它包括对不干涉的重申,以及断言外国人只享有一国给予其本国人的权利,因而只能排他地在该国的本国机构寻求对其冤情的救济。[270] 人们打算把它作为抵御外来干涉的屏障。国际标准本身在19世纪得以发展并得到判例法的广泛支持。

例如,在"尼尔求偿"案(*Neer* case)中[271],位于墨西哥境内的一个矿山的美国监工被杀,求偿委员会认为,"政府行为是否恰当应当由国际标准来检验",而在"德国在波兰上西里西亚某些利益"案(*Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case)中[272],法院承认存在关于对外国人待遇的普遍或一般接受的国际法,它适用于各国而不论其国内立法为何。在"加西亚"案(*Garcia* case)中[273],美国—墨西哥求偿委员会强调,关于剥夺人的生命存在国际标准。又如在"罗伯茨求偿"案(*Roberts* claim)中[274],则提及外国人是否受到普通文明标准待遇的检验问题。即使原则是清楚的,其内容或定义却远非清楚无疑。在"尼尔求偿"案中[275],求偿委员会称,为构成一项国际不法行为,对外国人的待遇,

> 825
> 应当相当于一种严重的违法行为,有失诚信,故意玩忽职守,或者相当于一项政府的失当行为,该行为是如此地背离国际标准以至于任何一个理性和正直的人都可以轻易地察觉出它的失当性。

换句话说,在适用最低标准之前先明确规定了相对较高的门槛。确实,有些人争辩

---

[269] 见,例如,Guha Roy, "Law of Responsibility"; J. Castaneda, "The Underdeveloped Nations and the Development of International Law", 15 International Organisation, 1961, 第38页, R. P. Anand, New States and International Law, Delhi, 1972。

[270] 见,例如 Lillich, "Duties", 第349页。

[271] 4 RIAA, 第60页 (1926); 3 AD, 第213页。

[272] PCIJ, Series A, No. 7, 1926; 3 AD, 第429页。

[273] 4 RIAA, p. 119 (1926). 另见 the *Chattin* case, 4 RIAA, 第282页 (1927); 4 AD, 第248页。

[274] 4 RIAA, p. 77 (1926); 3 AD, 第227页。

[275] 4 RIAA, 第60、61—2页 (1926); 3 AD, 第213页。类似情况见 the *Chattin* case, 4 RIAA, 第282页 (1927); 4 AD, 第248页。

说,这一概念从未含有一个确定的、有着固定内容的标准,而是一个"抉择的过程"[276],一个涉及根据特定案件的所有有关情况,对造成外国人伤害的国家的责任进行审议的过程。[277] 这种标准的内容问题经常用拒绝司法这一术语来加以描述。[278] 实际上,该概念指的是针对外国人的民事和刑事司法的不当运作。[279] 它包括未能逮捕或起诉对外国人造成侵害的不法行为者,正如在"简斯求偿"案(*Janes claim*)中[280],一个美国公民在墨西哥被杀害。凶手的身份是知道的,但事过 8 年却未采取任何行动。委员会裁决支付死者夫人 12000 美元,作为对未逮捕和未惩罚凶手的赔偿。它也可以包括无理的长期羁押以及在狱中的粗暴和非法待遇。[281]

1956 年,加西亚·阿马多在提交国际法委员会的关于国家责任的一份报告中作出了进步的尝试以弥合国民和国际标准支持者的分歧。他认为这两种观点现已合成为对核心人权的国际承认的概念。[282] 他提出了两项原则:第一,外国人应当享有国民所享有的同样的权利和保障,这在任何情况下都不能低于国际文书承认并界定的基本人权;第二,只有当国际承认的基本人权受到影响时才涉及国际责任。[283] 由于当时存在很多问
826 题,该思路未受到国际法委员会的重视。然而,近年来人权法有了显著发展[284],因此现在能够认为人权法在公民和政治权利方面已经确立了国家行为的某些最低标准。值得注意的是,例如,相关人权文书并未特别提及国民和外国人,而是无差别地提及处在一国领土内并受其管辖的所有个人。[285] 人们还应注意到为处理非国民问题所做的特殊努力,尤其是《关于居住在一国的非国民个人人权的联合国宣言》[286],以及对移徙工人的持续关注。[287]

当然,国民与外国人在某些权利和义务方面存在一些差别是在所难免的。非国民不

---

[276] M. S. McDougal *et al.*, *Studies in World Public Order*, New Haven, 1960, 第 869 页。

[277] 见 Lillich, "Duties", 第 350 页。

[278] 见,例如 A. V. Freeman, The International Responsibility of States for Denial of Justice, London, 1938。

[279] 见 *AMCO* v. *Indonesia* (*Merits*) 89 ILR, 第 405、451 页。

[280] 4 RIAA, p. 82 (1926); 3 AD, 第 218 页。

[281] 见,例如 the Roberts claim, 4 RIAA, p. 77 (1926); 3 AD, p. 227 and the Quintanilla claim, 4 RIAA, 第 101 页 (1926); 3 AD, 第 224 页。

[282] *Yearbook of the ILC*, 1956, vol. II, 第 173、199—203 页。

[283] *Yearbook of the ILC*, 1957, vol. II, 第 104、112—13 页。

[284] 见上文,第 6 章、第 7 章。

[285] 见,例如,1966 年《公民权利和政治权利国际盟约》第 2 条和 1950 年《欧洲人权公约》第 1 条。

[286] General Assembly resolution 40/144。另见 E/CN. 4/Sub. 2/392 (1977), R. B. Lillich and S. Neff, "The Treatment of Aliens and InternationalHuman Rights Norms", 21German YIL, 1978, 第 97 页。

[287] 进一步见上文第 6 章, 第 333 页。

享有政治权利并且可以被禁止在特定领域就业(如外交使团),尽管他们仍受当地法律管辖。毫无疑问,一国可以合法地拒绝接受外国人,或者可以在符合一定条件时才接受他们。一国是否可以同样轻易地驱逐外国人是件更拿不准的事儿。

许多判例断定,国家只有拿出充足理由才能驱逐外国人。例如在由委内瑞拉驱逐一个意大利人引发的"博弗洛"案(*Boffolo* case)中[288],仲裁庭认为国家拥有驱逐外国人的一般权利,但是只能在极端情况下采取并应以对当事人侵害最小的方式进行。此外,当要求解释驱逐的理由时,必须向国际法庭作出陈述。许多国内法律体系规定一国当局可以在无需说明理由的情况下驱逐外国人。因此,习惯国际法对该问题的立场有点混乱。至于条约法,《公民权利和政治权利国际公约》第 13 条规定,合法处在本公约缔约国领土内的外侨

> 只有按照依法作出的决定才可以被驱逐出境,并且,除非在国家安全的紧迫原因另有要求的情况下,应准予提出反对驱逐出境的理由和使他的案件得到合格当局的复审,并为此目的而请人作代理。* 827

1956 年《欧洲居留公约》第 3 条规定,只有当他们危害到国家安全或侵犯了公序良俗时,合法居住在领土内的其他缔约国国民才能被驱逐。1963 年《欧洲人权公约》第四议定书第 4 条规定,"禁止集体驱逐外国人"。[289] 证明驱逐国行为不法性的举证责任由宣称发生驱逐的人承担,并且在下列情况下,相关规则也是适用的:即使没有直接强制外国人离境的法律法规,因该国的不法行为或可归因于该国的不法行为所造成的情势,该人在该国的继续居留已变得不可能。[290] 当国家已对外国人进行了驱逐,国际法要求他

---

[288] 10 RIAA, p.528 (1903)。另见 Dr Breger's case, Whiteman, Digest, vol. VIII, 第 861 页; R. Plender, International Migration Law, 2nd edn, Dordrecht, 1988, and G. Goodwin-Gill, International Law and the Movement of Persons Between States, Oxford, 1978。

* 原文所录第 13 条不完整,最后半句"或由合格当局特别指定的一人或数人"([...]or a person or persons especially designated by the competent authority.)未抄录。——译者注

[289] 也请注意 article 1 of Protocol 7 (1984) of the European Convention on Human Rights,具有与第 13 条相同的一般效果。关于难民问题,见 the 1951Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol, and G. Goodwin-Gill, The Refugee in International Law, 2nd edn, Oxford, 1996。

[290] 见 Rankin v. The Islamic Republic of Iran 17 Iran-US CTR, 第 135、142 页; 82 ILR, 第 204、214 页。另见 Goodwin-Gill, International Law and the Movement of Persons; Brownlie, Principles, 第 498 页及以下, 以及 M. Pellonpaa, Expulsion in International Law, Helsinki, 1984。

们的国籍国接受他们。[291]

外国财产的征收[292]

19世纪以来西方经济的扩张尤其带动了资本的外流，并带来对世界上发展中地区
828 的大量投资。这导致当地经济的许多领域为西方公司所控制和拥有。然而，随着大批第三世界国家取得独立，并且由于苏联在共产主义革命胜利后采取的国有化措施，这类财产和影响开始感受到压力。

在分析关于征收外国人财产的国际法的状况时，人们会立即面对两个相互对立的目标，尽管这两个目标并非在一切情况下都不可调和。一方面，资本输出国在打算向海外投资前会要求某种保护和安全措施；另一方面，资本输入国对外国投资的影响十分警惕，并且会出现资金短缺，这都会促使它们控制这些企业。基于这样或那样的原因，目前国有化不仅在共产主义和亚非国家，而且在西欧也已成为通常的特点。许多国家感到，对某些关键性的私有财产获得控制是有利于经济和社会改革的重要条件。以下看法确实是正确的，即在变为公共所有以后，大多数西欧国家的大量经济部门都在某种程度上处于国家控制之下。

由于很难否认国有化是一国可以采取的一种完全合法的手段，因而明显不违反国际法[293]，于是当涉及外国财产时，问题就产生了。把对外国财产不予征收作为国有化的一

---

[291] 这是一项一般原则，但是，参见 Denning 勋爵在 the *Thakrar* case 中的观点，[1974] QB 684；59 ILR，第450页。请注意，Chancellor 勋爵在处理从东部非洲驱逐英国外侨问题时，承认在国际法上，一国在与他国相互关系上，有义务接纳被驱逐的本国国民：见 335 HL Deb., col. 497, 14 September 1972. 另见 *Van Duyn v. Home Office* [1974] ECR 1337；60 ILR，第247页。

[292] 见，例如，G. White, Nationalisation of Foreign Property, London, 1961；B. Wortley, Expropriation of Public International Law, 1959；I. Brownlie, "Legal Status of Natural Resources", 162 HR, 1979, 第245页；R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", 176 HR, 1982, 第267页, The Valuation of Nationalised Property in International Law (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 3 vols., 第1972—5页。另见 Oppenheim's International Law, 第911页及以下；P. Muchlinski, Multinational Enterprises and the Law, Oxford, 1995, 第501页及以下；A. Mouri, The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-US Claims Tribunal, Dordrecht, 1994；P. M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunal and the International Law of Expropriation", 85 AJIL, 1991, 第474页；M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, Cambridge, 1994, and Sornarajah, The Settlement of Foreign Investment Disputes, The Hague, 2000；N. Schrijver, Sovereignty over Natural Resources, Cambridge, 1997, and F. Beveridge, The Treatment and Taxation of Foreign Investment under International Law, Manchester, 2000。

[293] 见，例如 De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua and Others 770 F. 2d 1385, 1397；88 ILR，第75、89页。

般的政策可能被视同于在该国境内对外国人财产提供特权地位，以及在该国管辖范围内限制其权力。毫无疑问，根据国际法，对外国人财产的征收是合法的。[294] 这是不容置疑的。但是必需满足特定条件。[295]

当然，问题是国际法事实上在哪一阶段才介入这类情况。除了与上一节论及的关于 829
对外国人待遇的一般规则相关，一国与外国私有企业签订合同通常还会产生这种问题。在这种情况下，存在多种可能性。可以争论说，从合同本身来看，因其性质已经是"国际化"的了，因而受国际法而不是签订合同的国家的法律的约束（或除受签订合同的国家的法律约束外，也受国际法约束）。这种观点的结果是要适用国际法上约定必须遵守的原则，这将限制协议当事国本来拥有的单方面变更相关协议条款的广泛权力。在 1977 年"德士古诉利比亚"案（*Texaco v. Libya* case）中，仲裁员采纳了该立场[296]，认为可以通过多种方式来实现：例如，通过声明合同的准据法是指"一般法律原则"，这样就可把国际法纳入；通过规定国际仲裁解决争端条款；以及通过在一项国际开发协议中规定稳定条款来防止单方面变更协议的规定。[297] 然而，该立场是有争议的，并且判例也并不一致。[298] 当征收是非法的时候，当然会涉及国际法，这或者是因为，例如，征收的执行是以歧视性的方式进行的，或者是因为未能充分提供补偿或根本没有补偿。[299]

---

[294] 见，例如 *AMCO* v. *Indonesia* (*Merits*) 89 ILR，第 405、466 页。

[295] 见，例如 the World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 31 ILM, 1992，第 1363 页。

[296] 53 ILR，第 389 页。

[297] 见，例如 C. Greenwood, "State Contracts in International Law—The Libyan Oil Arbitrations", 53 BYIL, 1982，第 27、41 页及以下。另见 A. Fatouros, "International Law and the Internationalised Contract", 74 AJIL, 1980，第 134 页。

[298] 见，例如 J. Paulsson, "The ICSID *Klöckner v. Cameroon* Award: the Duties of Partners in North-South Economic DevelopmentAgreements", 1 *Journal of International Arbitration*, 1984，第 145 页；the *Aminoil* case, 21 ILM, 1982，第 976；66 ILR, p. 519, and D. W. Bowett, "State" Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach, 59 BYIL, 1988，第 49 页。

[299] 特别见 1950 年《欧洲人权公约》第一号议定书第 1 条，涉及对财产权利的保护以及禁止剥夺所有权，除非基于公共利益并根据法律和一般国际原则进行。见，例如，下列案例：*Marckx*, European Court of Human Rights, Series A, No. 31；58 ILR，第 561 页；*Sporrong and Lönnroth*, ECHR, Series A, No. 52；68 ILR，第 86 页；*Loizidou v. Turkey*, Judgement of 18 December 1996；108 ILR，第 444 页。另见，例如 *Jacobs and White European Convention on Human Rights* (eds. C. Ovey and R. C. A. White), 3rd edn, Oxford, 2002, chapter 15. 然而，有人认为当一国征用本国国民财产时，国际法就不适用了：见 *Lithgow*, European Court of Human Rights, Series A, No. 102；75 ILR，第 438 页；*James*, ECHR, Series A, No. 98；75 ILR，第 397 页，*Mellacher*, ECHR, Series A, No. 169. 另见 Brock, "The Protection of Property Rights Under the European Convention on Human Rights", *Legal Issues of European Integration*, 1986，第 52 页。

830 **财产问题**

希金斯曾指出，“任何分析几乎都完全忽视了财产的概念层面”。[300] “财产”显然包括物体和某些抽象实体，如公司股票，债务和知识产权。1961 年《关于国家对外国人造成侵害的国际责任的哈佛公约草案》[301] 本着这种意思讨论“财产”概念，即“所有动产和不动产，不论是有形还是无形，包括工业、文学和艺术财产以及财产上的权利和利益”。“利亚姆科仲裁”案（*Liamco* case）特别提及特许权构成无形财产的一部分[302]，这是一个重要问题，因为许多征收案件中实际上都涉及大量不同的合同权利。[303]

征收的性质[304]

征收涉及对财产的夺取[305]，但未直接占有相关资产的行动也可以构成征收。例如，1961 年“哈佛草案”规定，“任何对财产的使用、收益或处分的干涉是如此无理，以至于有理由认为财产所有者在此类干涉开始后的合理期间内因而将无法使用、收益或处分该财产”。[306] 又如 1965 年，在印度尼西亚颁布了一系列法令后，英国政府声明：

831 *鉴于英国企业和工厂已完全无法对它们在印尼的财产行使并享有任何形式的所有权，英国政府的结论是，印尼政府已征收了这些财产。*[307]

在伊朗—美国求偿庭的“斯塔雷特住宅建筑公司诉伊朗伊斯兰共和国政府”案（*Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*）[308] 中，求偿庭强调：

---

[300] Higgins, “Taking of Property”, 第 268 页。

[301] 55 AJIL, 1961, 第 548 页（article 10(7)）。

[302] 20 ILM, 1981, 第 1、53 页；62 ILR, 第 141、189 页。另见 the Shufeldt case, 2 RIAA, 第 1083、1097 页（1930）；5 AD, 第 179 页。

[303] 关于双边投资条约中“投资”的定义，另见下文，第 839 页。还可见 article 1(6) of the European Energy Charter Treaty, 1994。

[304] 见，例如 R. Dolzer and C. Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford, 2008, chapter 6。

[305] 北美自由贸易协定（NAFTA）仲裁庭认为，“征收”的概念中“含有政府类的权力机构‘夺取’某人的财产，并打算将该人对该财产的所有权转移给另一人，通常该权力机构进行法律上的或事实上的夺取”，S. D. Myers v. Canada, 121 ILR, 第 72、122 页。

[306] 55 AJIL, 1961, 第 553—4 页（article 10(3)a）。

[307] BPIL, 1961, 第 200 页。另见 4 ILM, 1965, 第 440—7 页。另见 Shanghai Power Co. v. US 4 Cl. Ct. 237（1983），法院认为美国政府通过与中国缔结一项协定而获得的偿付少于其价值，这样的解决办法并不构成根据第五修正案应当作出赔偿的“夺取”。

[308] Interlocutory Award, 4 Iran-US CTR, 第 122 页；85 ILR, 第 349 页。

一国采取的措施能够对财产权利的干预达到使得这些权利变得毫无意义的程度，以至于不得不认为财产已经被征收了，即使该国并无意征收这些财产，而且从形式上看，财产的法律权利仍属于原始的所有者。

本案中，仲裁庭认为，1980 年 1 月底伊朗房屋建设部为相关企业任命临时经理因而剥夺了求偿者对财产的管理权、有效控制和使用，那时征收就已经发生了。[309] 然而，当日之前的一系列事件，包括军队侵扰和对人员的拘禁，威胁断绝和干扰供给必需品，并不构成对财产的夺取，因为在外国的投资者本来就要面临动乱甚至革命的某些风险。仲裁庭的意见是，风险的实际发生并不意味着受这些事件影响的财产权利就能够被视为被夺取。[310] 这里明确存在一条重要的、尽管不够清晰的分界线。

没收外国公司的控股利益也被视为取得了对相关企业的资产和利润的控制。[311] 在"毕洛恩诉加纳投资中心"案(*Biloune v. Ghana Investment Centre*)中，尽管没有建筑许可， 832
一位投资者还是依据政府的表态开了工。由于没有得到许可，因而政府发出了停工令。仲裁庭认为间接征收已经发生，因为全部情况已造成了项目的停止，而且是无法挽回的。[312]

当夺取是由一个过程而不是一个明确的行动构成时，问题在于如何判断过程进行到什么时候才达到征收实际上已经发生的程度。[313] 这个问题可能会很重要，例如，对于确定赔偿的评估日期。在"桑塔·埃莉娜诉哥斯达黎加"案(*Santa Elena v. Costa Rica*)中，

---

[309] 4 Iran-US CTR，第 154 页；85 ILR，第 390 页。另见 *Harza Engineering Co. v. The Islamic Republic of Iran* 1 Iran-US CTR，第 499 页；70 ILR，第 117 页，*AIG v. The Islamic Republic of Iran* 4 Iran-US CTR，第 96 页。另见 *Sedco v. NIOC* 84 ILR，第 483 页。

[310] 4 Iran-US CTR，p. 156；85 ILR，第 392 页。参见 the Concurring Opinion by Judge Holtzmann on this issue，4 Iran-US CTR，第 159、178 页；85 ILR，第 414 页。

[311] Kalamazoo Spice Extraction Company v. The Provisional Military Government of Socialist Ethiopia 86 ILR，第 45 页，90 ILR，第 596 页。另见 Agip SpA v. The Government of the Popular Republic of the Congo 67 ILR，第 319 页，Benvenuti and Bonfant v. the government of the Popular Republic of the Congo，ibid.，第 345 页。

[312] 95 ILR，第 183、207—10 页。另见 Metalclad Corporation v. United Mexican States 119 ILR，第 615、639—40 页，北美自由贸易区下的一个案例是，自贸区协议第 1110 条禁止直接或间接征收。法庭认为征求包括"秘密地或顺带地干预对财产的使用，起到这样的效果，以至完全或实质性地部分剥夺所有者合理使用财产获得合理预期经济收益，即使并不必然明显使东道国受益。第 108 段。另见 *CME v. Czech Republic* 9 ICSID Reports，第 121 页，Middle East Cement Shipping v. Egypt 7 ICSID Reports，第 178 页。

[313] 见，例如 Generation Ukraine v. Ukraine 44 ILM 2005，第 404 页，第 20、22、20、26 段，注意有人提出"渐进征收"说法，在特定时间存在的投资被一系列可归因于国家的违反有关国际针对征收进行保护的标准的行为所侵蚀。另见 Siemens v. Argentina，Award of 6 February 2007，and W. M. Reisman and R. D. Sloane，"Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation"，74 BYIL，2003，第 115 页。

仲裁庭说"当一国采取措施的效果已经剥夺了所有者的权利、占有或享用其财产的利益以及对财产从经济上的使用时,该项财产就已经被征收……这是仲裁庭需要根据案件的实际情况作出判断的事实问题"。[314]

征收一项特定财产也可能导致对有联系的附属权利的剥夺,比如专利和合同,它们并不是直接被国有化的。[315]

833 **公共目的**

常设国际法院在"德国在波兰上西里西亚某些利益"案中称,征收必须是以"实现公用事业、司法上的公司清算以及类似措施为理由"。[316] 这可以包括哪些内容是存在争议的,尽管会涵盖战时措施。

该问题在"英国石油开发公司"案[317]中被提出,该案中,利比亚征收英国石油公司财产的理由是,它坚信英国曾鼓励伊朗占领波斯湾中的某些岛屿。仲裁员解释说,对财产的夺取违反了国际法,"因为这完全是基于不相干的政治原因并且具有武断和歧视的性质"。[318] 公共目的问题是模糊不清的。"利亚姆科"案(*Liamco* case)[319]认为,"公共用途原则不是使国有化合法的必要前提"。[320] 然而需要注意的是,1962 年联大关于"对自然资源永久主权的决议"提及这一要求[321],但 1974 年《各国经济权利和义务宪章》并

---

[314] 39 ILM, 2000, 第 1317、1329 页。

[315] PCIJ, Series A, No. 7, 1926. 另见 the *Norwegian Shipowners' Claims* case, 1 RIAA, 第 307 页 (1922) 以及 the *Sporrong and Lönnroth case before the European Court of Human Rights*, Series A, No. 52 (1982); 68 ILR, 第 86 页。另见 *Papamichalopoulos v. Greece*, European Court of Human Rights, Series A, No. 260 (1993), 第 15 页。此外请注意 *Revere Copper v. Opic*, 56 ILR, 第 258 页。见 G. C. Christie, "What Constitues a Taking of Property under International Law?", 38 *BYIL*, 1962, 第 307 页; DUSPIL, 1976, 第 444 页; Brownlie, *System and State Rsponsibility*, 第 24—5 页; Whiteman, *Digest*, vol. VIII, 第 1006 页及以下, *Third US Restatement on Foreign Relations Law*, vol. II, 第 200—1 页。

[316] PCIJ, Series A, No. 7, 1926, 第 22 页。

[317] 53 ILR, 第 297 页。

[318] *Ibid.*, 第 329 页。

[319] 20 ILM, 1981, 第 1 页; 62 ILR, 第 141 页。

[320] 20 ILM, 1981, 第 58—9 页; 62 ILR, 第 194 页。

[321] 1962 年决议第 4 段规定,"收归国有、征收或征用应以公认为远较纯属本国或外国个人或私人利益为重要之公用事业、安全或国家利益等理由为根据。遇有此种情形时,采取此等措施以行使其主权之国家应依据本国现行法规及国际法,予原主以适当之补偿。倘补偿问题引起争执,则应尽量诉诸国内管辖。但如经主权国家及其他当事各方同意,得以公断或国际裁判办法解决争端"。

未提及。[322] 因此该问题仍然是可以讨论的[323],尽管后来的实践暗示,在非歧视基础上针对公共产品采取的一般措施不构成非法征收。在"桑塔·埃莉娜诉哥斯达黎加"案 834
(*Santa Elena v. Costa Rica*)中,仲裁庭的观点是,除为其他目的外,国际法允许为了公共目的征收外国人所有的财产;还认为这还可能包括根据环境理由所进行的征收。[324]

补偿

经常规定的一项要求是及时、充分和有效的补偿。当发生了墨西哥征收案时,美国国务卿赫尔使用了该说法。[325] 这是一项美国特别坚持的标准[326],并可在越来越多的双边投资条约中找到。[327] 但是判例法却没那么清晰。早先的案件并未使用赫尔的说法[328],并且1962年的"永久主权决议"提及了"适当补偿",仲裁员在"德士古"案[329]中作为一项已获得支持的习惯法规则以肯定的态度援引了这种提法。"阿米诺尔"案[330](科威特政府和美国独立石油公司)(*Aminoil case: Government of Kuwait and American Independent Oil Company*)也强调了这种说法,仲裁庭称:1962年决议中"适当补偿"的标准

---

[322] 1974年"宪章"第2(2)c条规定,每一国家都有权"将外国财产的所有权收归国有、征收或转移,在收归国有、征收或转移时,应由采取此种措施的国家给予适当的赔偿,要考虑到它的有关法律和规章以及该国认为有关的一切情况。因赔偿问题引起的任何争论均应由实行国有化国家的法院依照其国内法加以解决,除非有关各国自由和互相同意根据各国主权平等并依照自由选择方法的原则寻求其他和平解决办法"。

[323] 另见 Agip SpA v. The Government of the Popular Republic of the Congo 67 ILR, 第319、336—9页。

[324] 39 ILM, 2000, 第1317、1329页。对财产的夺取尽管基于充分的环境理由的事实,并不影响作出赔偿的义务,同上。另见 Too v. Greater Modesto Insurance Associates 23 Iran-US CTR, 第378页; Methanex v. USA 44 ILM, 2005, 第1345页以及 Saluka v. Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006. 39 ILM, 2000, 第1317、1329页。

[325] Hackworth, Digest, vol. III, 1940—4, 第662页。另见 Muchlinski, Multinational Enterprises, 第496页及以下,以及 E. Lauterpacht, "Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments", 8 Journal of Energy and Natural Resources Law, 1990, 第241页。

[326] 见,例如 DUSPIL, 1976, p.444, and D. Robinson, "Expropriation in the Restatement (Revised)", 78 AJIL, 1984, 第176页。

[327] Robinson, "Expropriation", 第178页。进一步见下文,第837页。

[328] 见,例如 the Chorzów Factory case, PCIJ, Series A, No. 17, 1928, 第46页; 4 AD, 第268页,the Norwegian Shipowners' Claims case, 1 RIAA, 第307、339—41页 (1922). 另见 O. Schachter, "Compensation for Expropriation", 78 AJIL, 1984, 第121页。

[329] 17 ILM, 1978, 第3、29页; 53 ILR, 第389、489页。另见 *Banco Nacional de Cuba* v. *Chase Manhattan Bank* 658 F.2d 875 (1981); 66 ILR, 第421页。

[330] 21 ILM, 1982, 第976页; 66 ILR, 第519页。

"编纂了积极的原则"。[331] 仲裁庭认为,"适当补偿"最好通过调查与案件有关的所有情况来作出决定,而不能仅通过抽象的理论上的讨论。[332] 然而,1962 年决议中的"适当补偿"模式与国内法和国际法都有联系,但 1974 年《各国经济权利和义务宪章》则把该模式仅与国内法和国内考虑联系起来。只有前一个文件被认为是习惯的反映,而后者却不
835 是。[333] 但不论怎样,在实践中结果是否存在重大区别是不清楚的。[334]

还应注意,世界银行关于"外国直接投资待遇指导原则"第 IV(1)节规定,一国不能征收外国私人投资,除非依据相关法律程序且确实是为实现公共目的所为,而且不存在基于国籍的歧视并支付适当补偿。第 IV(2)规定,当补偿是充分、及时和有效时,即可被认为是适当的。[335] 1994 年《欧洲能源宪章条约》第 13 条规定,征收必须是为了公共利益,不加歧视,严格依照法律程序进行,并且支付及时、充分和有效的补偿。[336]

在评估补偿范围的敏感过程中,应该注意若干明显的类别。对物质资产和企业其他资产例如债务或资金的补偿一般很少有什么争议。尽管在具体案件中就判断这些资产
836 的价值存在不同的方法[337],重要的原则是公平市场价值。[338] 在这些资产价值上产生的

---

[331] 21 ILM, 1982, 第 1032 页; 66 ILR, 第 601 页。

[332] 21 ILM, 1982, 第 1033 页。

[333] 见,例如 the Texaco case, 17 ILM, 1978, 第 1、29—31 页; 53 ILR, 第 489 页。注意《美国对外关系法第三次重述》,第 196 页(第 712 段),提及作出"公平补偿"的要求,而不是霍尔的模式。这被描述为"一笔与被征收财产价值相当的金额,在征收之时或其后合理期限内连同自征收之日起的利息一并支付。该笔金额应以外国国民能从经济上予以使用的方式支付",同上,第 197 页。另见 Schachter, "Compensation", 第 121 页。

[334] 一般地,另见 R. Dolzer, "New Foundation of the Law of Exporpriation of Alien Property", 75 AJIL, 1981, 第 533 页, M. Sornarajah, "Compensation for Expropriation", 13 *Journal of World Trade Law*, 1979, 第 108 页, Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*.

[335] 31 ILM, 1992, 第 1382 页。请注意 1992 年《北美自由贸易协定》第 1110 条规定,任何一方都不能直接或间接收归国有或征收另一方投资者在该方领土内的投资,也不能采取相当于收归国有或征收的措施,除非是出于公共目的,不加歧视地按照正当的法律程序进行,并且作出赔偿。赔偿额应是被征收的投资在刚刚被征收前的公平市场价值,不能包含任何因拟进行的征收事先被披露而引起的价值上的任何变化。估价标准应当包括正常营业价值、资产价值(包括有形资产的纳税申报价值)以及有助于确定公平市场价值的其他标准。此外,赔偿应包括利息,毫不迟延地并且是可实现的。见 32 ILM, 1993, 第 605 页。

[336] 34 ILM, 1995, 第 391 页。

[337] 见,例如 the *Aminoil* case, 21 ILM, 1982, 第 976、1038 页; 66 ILR, 第 519、608—9 页。

[338] 公平市场价值主要是指,一位想买的人将要付给一位想卖的人的金额,为的是购买正常营业中的份额,完全忽略征收情况;见,例如 INA Corporation v. The Islamic Republic of Iran 8 Iran-US CTR, 第 373、380 页; 75 ILR, 第 603 页。

利息一般也应支付。[339] 但是,对未来利润损失的补偿存在争议。在"阿姆科诉印度尼西亚共和国"案[340]中,仲裁庭认为,

> 向遭受损失的一方就其实际发生的损失和预期利润的损失作出全面补偿,是一项各主要国内法体系中共同的原则,因此,是一项可能被视为构成国际法渊源的一般法律原则,
>
> 尽管补偿仅包括直接的和可预见的损失而不包括更加间接的损害。[341]

在"梅塔尔克莱德公司诉墨西哥合众国"案(*Metalclad Corporation v. United Mexican States*)中,仲裁庭注意到,通常,一个有着赢利经营历史的公司的公平市场价值可以基于一项对未来利润的估算,当然这要通过折抵现金流动来分析。[342] 但是,当企业没有运营足够长的时间以建立起业绩记录或者它未能赢利时,未来的利润就不能用来确定公平市场价值,此时参照实际进行的投资可能是合适的。[343]

然而,有人争论说,人们可能需要把征收本身的合法或非法性考虑进去。在"INA 公司诉伊朗伊斯兰共和国"案(*INA Corporation* v. *The Islamic Republic of Iran*)[344]中,仲裁庭暗示,在大规模的、合法的国有化案件中,"国际法被以渐进的方式重估,其效果可能是为 837
了降低任何'完全'或'充分'(当被作为'完全'的同义词时)补偿标准的理论价值(doctrinal value)"。但当涉及在国有化前不久进行的小额投资时,国际法确实允许以相当于该项投资的公平市场价值的金额进行补偿。[345] 但仲裁员拉格格雷认为,在考虑"所有情况"的合法的大规模国有化案件中,"公平市场价值"标准一般就要打折扣了。[346]

---

[339] 见 the Memorandum of the Foreign and Commonwealth Office on the Practice of International Tribunals in Awarding Interest, UKMIL, 63 BYIL, 1992, 第 768 页。

[340] 24 ILM, 1985, 第 1022、1036—7 页; 89 ILR, 第 405、504 页。另见 the Chorzów Factory case, PCIJ, Series A, No. 17, 1928; 4 AD, 第 268 页; the Sapphire case, 35 ILR, 第 136 页; the Norwegian Shipowners' Claims case, 1 RIAA, 第 307 页 (1922); the Lighthouses Arbitration 23 ILR, 第 299 页, and Benvenuti and Bonfant v. The Government of the Popular Republic of the Congo 67 ILR 第 345、375—9 页。

[341] 24 ILM, 1985, 第 1022、1037 页; 89 ILR, 第 505 页。另见 Sola Tiles Inc. v. Islamic Republic of Iran 83 ILR, 第 460 页。

[342] 119 ILR, 第 615、641 页。另见 Benvenuti and Bonfant v. The Government of the Popular Republic of the Congo 67 ILR, 第 345 页, AGIP SPA v. The Government of the Popular Republic of the Congo 67 ILR, 第 318 页。

[343] 119 ILR, 第 641—2 页。另见 Phelps Dodge Corporation v. Iran 10 Iran-US CTR, 1986, 第 121、132—3 页, Biloune v. Ghana Investment Centre 95 ILR, 第 183、228—9 页。

[344] 8 Iran-US CTR, 第 373 页; 75 ILR, 第 595 页。

[345] 8 Iran-US CTR, 第 378 页; 75 ILR, 第 602 页。

[346] 8 Iran-US CTR, 第 390 页; 75 ILR, 第 614 页。

在"阿莫科国际金融公司诉伊朗伊斯兰共和国"案(*Amoco International Finance Corporation v. The Islamic Republic of Iran*)[347]中,伊朗—美国求偿庭第三分庭认为,本案中的财产是被合法征收的,并且"必须明确区别合法和非法征收,因为根据夺取财产的法律性质的不同,也应对征收国适用不同的补偿规则"。[348] 在非法夺取财产时,需要进行完全的实物赔偿或等值的金钱赔偿,以尽一切可能重建征收发生前的原状。[349] 但当夺取财产是合法进行时,标准就变成完全支付该公司在对资产失去控制时的资产价值。仲裁庭对此的解释是,仅在非法征收的情况下才对利润损失进行补偿。至于计算财产价值的实际办法,仲裁庭拒绝了"折抵现金流动"办法,因为该办法既包括对公司在资产评估日未来可能的赢利的估算,又包括可预见的合理风险对该项赢利进行的折抵,这将可能相当于恢复原状并且过于投机。[350]

双边投资条约

838 实践中,涉及国家与私方商业关系的许多情况都属于双边协定的范围。[351] 这些安排旨在以既保护资本输出国也保护资本输入国基本利益的方式鼓励投资。实际上,这类双边投资条约在数量上已有了惊人的增长。[352] 例如英国政府曾声明说,尽可能多地缔

---

[347] 15 Iran-US CTR, 第 189、246—52 页; 83 ILR, 第 500 页。

[348] 15 Iran-US CTR, 第 246 页; 83 ILR, 第 565 页。

[349] 另见 Judge Lagergren's Separate Opinion in INA Corporation v. The Islamic Republic of Iran 8 Iran-US CTR, 第 385 页; 75 ILR, 第 609 页。

[350] 但是,见,例如 AIG v. The Islamic Republic of Iran 4 Iran-US CTR, 第 96、109—10 页, 本案中,合法征收中利润的损失也被裁决赔偿。另见 Brownlie, Principles, 第 541—2 页; Section IV of the World Bank Guidelines, and article 13 of the European Energy Charter Treaty, 1994。

[351] 见,例如 Lowenfeld, *International Economic Law*, 第 554 页及以下; 见,例如 E. Denza and D. Brooks, "Investment Protection Treaties: United Kingdom Experience", 36 ICLQ, 1987, 第 908 页; A. Akinsanya, "International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World", 36 ICLQ, 1987, 第 58 页; F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", 52 BYIL, 1981, 第 241 页; D. Vagts, "Foreign Investment Risk Reconsidered: The View From the 1980s", 2 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1987, 第 1 页; P. B. Gann, "US Bilateral Investment TreatiesProgram", 21 *Stanford Journal of International Law*, 1986, 第 373 页, I. Pogany, "The Regulation of Foreign Investmentin Hungary", 4 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1989, 第 39 页。另见 J. Kokott, "Interim Report on the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment", International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi, 2002, 第 259 页。C. McLachlan, "Investment Treaties and General International Law", 57 ICLQ, 2008, 第 361 页。

[352] Kokott 估计现有约 2000 项, "Interim Report", 第 263 页。早期的数字见 35 ILM, 1996, 第 1130 页; Denza and Brooks, "Investement Protection Treaties", 第 913 页, UKMIL, 58 BYIL, 1987, 第 621 页。

结此类协定来刺激资本流动是一项政策。人们还注意到,这些条约还计划建立在国际法上可以适用的标准。[353] 这类协定的条款确实相当统一并构成有价值的国家实践。[354] 尽管一般情况下,对于从双边条约中推出习惯国际法的作法应足够谨慎,但这类协定的可观数量和统一性使它们成了重要范本。

这类条约的一些共性值得注意。首先,投资的概念都被广泛界定。例如,在重要的"英国—苏联 1989 年双边投资条约"的第 1(a)条中规定[355],

> "投资"一词指任何种类的资产,特别包括但不是仅仅包括: 839
>
> (i) 动产和不动产以及任何其他相关财产权利,如抵押;
>
> (ii) 股份、股票、公债、公司债以及任何其他形式的对公司或商业企业的参与;
>
> (iii) 基于合同的具有财政价值的资金求偿权和履约求偿权;
>
> (iv) 知识产权、技术流程、诀窍以及任何其他与商业相关的利益或优势;
>
> (v) 法律赋予或根据合同享有的任何从事商业活动的权利,包括寻找、养殖、提取或开采自然资源。[356]

其次,双方都采取行动鼓励投资并为投资创造有利条件,给予这类投资"公平待遇"并避免以不合理或歧视的方式对在其领土上投资的管理、维持、利用、享用或处置进行干扰。[357] 第三,缔约方的投资享有的待遇不能低于其他国家的投资。[358] 关于征收,例子是,《英国—苏联协定》第 5 条的规定,即缔约方的投资不能被征收:

> 除非为了公共利益并且是非歧视的且毫不迟延地、及时有效地支付补偿。此类补偿应相当于被征收的投资在刚刚被征收前,或在即将发生的征收为公众知悉时,二者之时间在先者的实际价值。补偿应在征收发生之日两个月内进行,此后应按通

---

[353] 见 the text of the Foreign Office statement in UKMIL, 58 BYIL, 1987, 第 620 页。在英国实践中,这类协议通常被称为投资促进和保护协定(IPPAs)。至 2000 年 3 月,据说英国已缔结了 93 项这类协定,UKMIL, 71 BYIL, 2000, 第 606 页。

[354] 见 Kokott, "Interim Report", 第 263。另见 R. Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", 75 AJIL, 1981, 第 553、565—6 页, B. Kishoiyian, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", 14 Netherlands Journal of International Law and Business, 1994, 第 327 页。

[355] Text reproduced in 29 ILM, 1989, 第 366 页。

[356] 另见,例如,在 1981 年 the UK-Philippines InvestmentAgreement 以及 1987 年 the UK-Hungary Investment Agreement 中的类似条款。另见 article 1(6) of the European Energy Charter Treaty, 1994。

[357] 见,例如 article 2 of the UK-USSR agreement。

[358] 见,例如 article 3 of the UK-USSR agreement。

常商业利率计算利息直至支付补偿之日。利息应可有效变现并且可以自由转移。受影响的投资人根据缔约国法律应享有使对其投资的征收受到司法或该国其他独立机构及时审查的权利，审查还包括根据本款规定的原则对投资的评估。

840 该实践证实处理合法征收和补偿的传统原则，并且注意接受征收国对于征收合法性和对征收财产评估问题的管辖权。[359] 制定多边投资协定的努力于 1995 年在经济合作与发展组织框架内开始，但于 1998 年搁浅。[360]

总付协定

关于外国财产征收的许多争端实际上都是直接由相关国家在总付协议的基础上解决的，通常要经历旷日持久的谈判，并且总是以低于相关资产现值的价值谈定。[361] 例如，1986 年的《英国—苏联关于解决相互金融和财产求偿协定》[362] 处理了涉及俄国战争债务的约 5 亿英镑英国政府求偿以及英国国民的约 4 亿英镑的私人求偿。[363] 本案中，
841 约 4500 万英镑的金额被拿出来满足这些求偿。[364] 协定还规定，革命前俄罗斯使馆在英国银行外交账户上的约 265 万英镑资金交给苏联当局。作为此类协议的惯常作法，每个政府只负责解决其国民的求偿。[365] 英国通过外国赔偿委员会这一机构来实现该目标，由该机构“以看起来公平合理的方式在考虑到所有情况后”把谈定的金额分配给他们。

---

[359] 注意，对征收进行赔偿的条款也可能规定在友好、通商和航海条约中，作为处理对外贸易和投资的框架安排；见，例如 article IV(3) of the Convention of Establishment, 1959 between the US and France, 11 UST 2398。

[360] 见，例如 S. J. Canner, “The Multilateral Agreement on Investment”, 31 Cornell International Law Journal, 1998, 第 657 页; A. Böhmer, “The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment—An Assessement of the Nagotiation Process in the OECD”, 41 German YIL, 1998, 第 267 页, T. Waelde, “Multilateral Investment Agreement (MITs) in the Year 2000” in Mélanges Philippe Kahn, Paris, 2000, 第 389 页。另见 http://www.oecd.org/EN/document/0,,EN-document-92-3-no-6-27308-92,00.html. 关于投资问题的讨论在世界贸易组织框架内仍在进行：见 http://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e.htm。

[361] 见，例如 Lillich and Weston, International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements and Lillich and Weston, “Lump-Sum Agreements: Their Continuing Contribution to the Law of Intenational Claims”, 82 AJIL, 1988, 第 69 页。另见 D. J. Bederman, “Interim Report on Lump-Sum Agreements and Diplomatic Protection”, International Law Association, Report of the Seventieth Conference, New Delhi, 2002, 第 230 页。

[362] Cm 30. Note that this agreement dealt with claims arising before 1939。

[363] 针对英国的这些求偿，苏联以英国在 1918 年至 1922 年间对苏联的干涉造成损失为由，向英国提出了约合 20 亿美元的大量求偿。见 UKMIL, 57 BYIL, 1986, 第 606 页。

[364] 英国政府在解决中放弃了它对自己求偿的份额，同上，第 608 页。

[365] 另见 the UK-China Agreement on the Settlement of Property Claims 1987, UKMIL, 58 BYIL, 1987, 第 626 页。

在债券和财产求偿之间还作出了区别,并且还阐明了相关时间的汇率原则。[366]

问题于是产生了:即这类协定是否构成了这样一种国家实践,该实践体现了关于征收外国财产时应予补偿的程度的习惯国际法。伊朗—美国求偿庭的一个分庭在"SEDCO 公司诉伊朗国家石油公司"案(*SEDCO v. National Iranian Oil Co.*)[367]中指出,从关于总付或谈判解决其他征收案件的国家实践中推导出一般法律原则是困难的,因为"许多现成实践的……证据价值是成问题的"。这是由于这类解决方式其动机经常主要是非司法方面的考虑。分庭还附带认为,双边投资条约也不是关于补偿的国际习惯标准的可靠证据。对这类实践应有的价值问题,有不同观点[368],但对于接受双边投资条约和总付协定作为习惯法的证据问题应持谨慎态度。对于后者尤其如此,因为它们处理的是特定的情况,而没有为未来如何行动规定了准则。[369] 尽管如此,对它们全盘否定也不是明智之举。对于所有国家实践和行为的例证而言,必须对持续的行为和正被考虑的原则的所有相关情况予以充分关注。

非歧视 842

有人认为,非歧视是有效而合法征收的一项要求。[370] 尽管在 1962 年决议中未被提及,但在利亚姆科案(*Liamco* case)[371]中,仲裁员坚决主张歧视性的国有化是非法的。[372]但在该案中,利比亚针对特定石油公司采取的行动被认为是旨在维护其石油权利因而不是歧视性的。仲裁员认为,实际上,政治动机本身并非国有化的主要动机,因而只有政治动机不能成为证明措施完全具有歧视性的充分证据。[373] 尽管歧视因素无疑是应予考虑的相关因素,但在实践中面对具体案件时证明起来往往相当困难。

---

[366] 见,关于 the UK-USSR agreement, the Foreign Compensation (USSR) (Registration and Determination of Claims) Order 1986, SI 1986/2222 and the Foreign Compensation (USSR) (Distribution) Order 1987。

[367] 10 Iran-US CTR, 第 180、185 页; 80 AJIL, 1986, 第 969 页。

[368] 见,例如 Bowett, "State Contracts with Aliens", 第 65—6 页。

[369] 注意国际法院在巴塞罗纳牵引力公司案中的观点,它认为这类解决办法是自成一类的,因而不能对一般国际实践提供指导,ICJ Reports, 1969, 第 4、40 页。

[370] 见,例如 White, *Nationalisation*, 第 119 页及以下。另见 A. Maniruzzaman, "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in the International Law of Foreign Investment", 8 *Journal of Transnational Law and Policy*, 1999, 第 141 页。

[371] 20 ILM, 1981, 第 1 页; 62 ILR, 第 141 页。

[372] 20 ILM, 1981, 第 58—9 页; 62 ILR, 第 194 页。

[373] 20 ILM, 1981, 第 60 页。另见 Section IV of the World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, and article 13 of the European Energy Charter Treaty, 1994。

多边投资担保机构[374]

1985 年《建立多边投资担保机构公约》为外国投资和平衡各国利益问题提供了一个出路，该公约于 1988 年生效。[375] 这一机构是世界银行集团的一部分，对投资者和出借人面临的政治风险提供保险（担保）。机构向世界银行的所有成员开放。第 2 条规定这一附属于世界银行的机构的宗旨是，为生产性目标鼓励资本在成员国间的流动，尤其是流向发展中国家。这主要是通过对"非商业险"提供保险来实现，例如限制转移货币，征收措施，违反政府协议和因战争或内乱而遭受损失。[376]

843 机构还意图通过研究和提供关于投资机会的信息来积极鼓励投资。从长期看，这一倡议可能有利于减少征收机制的敏感性。

进一步阅读推荐书目

I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, 1983

J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002

W. K. Geck, "Diplomatic Protection" in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 1992, vol. X, p. 1053

C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1987

International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter (ed. M. Ragazzi), The Hague, 2005

"Symposium: The ILC's State Responsibility Articles", 96 AJIL, 2002, p. 773

---

[374] 见，例如 S. K. Chatterjee, "The Convention Extablishing the Multilateral Investment Guarantee Agency", 36 ICLQ, 1987, 第 76 页, I. Shihata, The Multilateral Investment Guarantee Agency and Foreign Investment, Dordrecht, 1987. 公约于 1988 年 4 月 12 日生效：见 28 ILM, 1989, 第 1233 页，并见 http://www.miga.org/。

[375] 见，例如 the UK Multilateral Investment Guarantee Agency Act 1988。

[376] Article 11。

15
国际环境法

近些年来，人们对国际环境所面临威胁的认识程度明显提高[1]，一系列广泛的环境问题现在成为严肃的国际关注的主题。[2] 这包括空气污染、海洋污染、全球变暖和臭氧

[1] 一般性参见：P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd edn, Oxford, 2002; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection*, Manchester, 1999; P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Manchester, 2nd edn, 2003; E. Benvenisti, *Sharing Transboundary Resources*, Cambridge, 2002; M. Bothe and P. Sand, *La Politique de l'Environnement: De la Réglementation aux Instruments Économique*, The Hague, 2003; *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (eds. D. Bodansky, J. Brunee and E. Hay), Oxford, 2007; R. Romi, *Droit International et Europeen de l'Environnement*, Paris, 2005; R. Wolfrum and N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin, 2003; A. Kiss and J.-P. Beurier, *Droit International de l'Environnement*, 3rd edn, Paris, 2004; A. Kiss and D. Shelton, *A Guide to International Environmental Law*, The Hague, 2007, and Kiss, "International Protection of the Environment" in *The Structure and Process of International Law* (eds. R. St J. Macdonald and D. Johnston), The Hague, 1983, p. 1069; J. Barros and D. M. Johnston, *The International Law of Pollution*, New York, 1974; *International Environmental Law* (eds. L. Teclaff and A. Utton), New York, 1974; *Trends in Environmental Policy and Law* (ed. M. Bothe), Gland, 1980; Hague Academy of International Law Colloque 1973, *The Protection of the Environment and International Law* (ed. A. Kiss); *ibid.*, Colloque 1984, *The Future of the International Law of the Environment* (ed. R. J. Dupuy); J. Schneider, *World Public Order of the Environment*, Toronto, 1979; *International Environmental Law* (eds. C. D. Gurumatry, G. W. R. Palmer and B. Weston), St Paul, 1994; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Dobbs Ferry, 1989; A. Boyle, "Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective", 60 BYIL, 1989, p. 257, and Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 1269. See also *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge, 2 vols., 1991; A. O. Adede, *International Environmental Law Digest*, Amsterdam, 1993, and P. Sands and P. Galizzi, Documents in International Environmental Law, Manchester, 2nd edn, 2003.

[2] 这种关注可以通过这样的事实表现出来：1993 年 7 月，国际法院设立了一个特别法庭审理环境问题。目前它尚未听审任何案件。See R. Ranjeva, "L'Environnement, La Cour Internationale de Justice et sa Chambre Spéciale pour les Questions d'Environnement", AFDI, 1994, p. 433. 同样注意到 1995 年以色列—约旦和平条约环境附件四以及该条约第 18 条，34 ILM, 1995, p. 43. 也参见与水相关问题的附件二。

层损耗、核物质和其他高度危险物质的危害以及濒危的野生物种。[3] 这些问题在两个方面明显属于国际层面。首先,在某个国家内产生的污染经常对其他国家有严重影响。最好的例子就是酸雨,工厂释放的化学物质进入大气,与水分和阳光反应形成酸性物质。这些物质随风漂移并最终随着降雨经常在距离污染源几千英里远的地方落回地面。第二,显而易见,环境问题现在无法由一个国家单独解决。因此,污染国和被污染国的合作就成为必要。但是,当不可能断定环境污染源自何国的时候,问题就变得更加复杂了。例如,臭氧层损耗就是一例。也就是说,现在,污染的产生及其致害的国际性,被认为要求采取国际范围的应对。

国际法最初的概念性问题源于该学科的以国家为导向的性质。传统上,国家仅对可以清楚的证明源于其自身的违法行为所引起的损害在国际法意义上负责。[4] 由于一系列原因,从证明的困难到违法行为的责任以及非国家违法者的责任问题,这一框架已不足以处理环境问题。因此,国际社会逐渐偏离传统的关于损害的国家责任理论,而转向一个国际合作的体制。

很多国际参与者涉及到这一领域的发展。当然,国家作为国际法律体系的主要主体,如同越来越多的国际组织一样,无论在全球、地区还是在双边层面,都深深地涉入这
846 一领域。联合国大会通过了大量有关环境问题的决议[5],1972 年斯德哥尔摩会议后联合国环境规划署(UNEP)成立了。这是一个对环保公约和文件的发展特别重要的组织。其总部设在内罗毕,设有一个由大会选出的 58 个成员组成的理事会。环境规划署负责了很多倡议行动的发展,包括 1985 年保护臭氧层维也纳公约、1987 年蒙特利尔议定书和 1992 年生物多样性公约。[6] 1992 年成立了可持续发展机构间委员会以促进联合国与此议题有关的各机构之间的合作。同一年,大会和经社理事会设立了联合国可持续发展委员会。它包括 53 个由经社理事会选出的国家,任期三年,以跟进 1992 年的联合国

---

〔3〕 关于濒危物种,可参看. M. Carwardine, The WWF Environment Handbook, London, 1990, 及 S. Lyster, International Wildlife Law, Cambridge, 1985. 另见涵盖了动物和植物的 1973 年《濒危物种国际贸易公约》,以及 1992 年《生物多样性公约》,该公约尤其号召缔约国在公平公正基础上推动所有缔约国特别是发展中国家首先获得根据缔约方提供的基因资源而进行的生物技术所产生的结果和利益。

〔4〕 参看前文第 14 章。

〔5〕 可参看以下各决议:2398 (XXII); 2997 (XXVII); 34/188; 35/8; 37/137; 37/250; 42/187; 44/244; 44/228; 45/212 and 47/188.

〔6〕 一般性参看:http://www.unep.org/.

环境和发展大会。[7] 国际机构使用的监督措施包括报告[8]、视察[9]以及通过公约、规章、指导方针等制定标准。1994 年,全球环境基金从一个三年期的试验项目[10]转变为一个常设的为发展中国家全球环保项目提供基金和优惠资金的财政机制。[11] 这一基金关注气候变化、对生态多样性的破坏、国际水域的污染和臭氧层损耗。土地退化问题[12]也在这个框架之内。[13] 此外,大量各类非政府组织也关注环境问题。 847

有人认为现在存在享有清洁环境的国际人权。[14] 当然,各种一般性人权条款都与环境保护领域有关,例如生命权、充足生活标准的权利、健康权、食物权等等,但是对清洁环境人权的特别提及则似乎稀少而模糊。影响深远的 1972 年联合国人类环境会议斯德哥尔摩宣言的序言指出环境"对于……享受基本人权,甚至生存权利本身,都是必不可缺少的",而原则一指出"人类有权在一种能够过尊严和福利的生活的环境中,享有自由、平等和充足的生活条件的基本权利"。1981 年《非洲人权和民族权宪章》第 24 条规定"所有人有权享有一个利于其发展的普遍满意的环境",而 1988 年《美洲人权公约》的附加议定书第 11 条宣告"每个人有权在一个健康的环境中生活","缔约国应促进保护、保持和完善环境"。1989 年《儿童权利公约》第 29 条明确指出对儿童的教育需要导向于"培养对自然环境的尊重"。

1989 年欧洲安全与合作会议在索非亚召开的环境会议的最后文本重申了尊重有关环境问题的个人、群体和组织自由表达其观点、与他人结社以及和平集会、获取和散发有

---

〔7〕 一般性参看:http://www.un.org/esa/sustdev/csd.htm.

〔8〕 例如,1974 年《防止陆源海洋污染公约》以及 1989 年《控制危险废弃物越境转移的巴塞尔公约》下的报告制度。

〔9〕 例如,1959 年《南极条约》和 1991 年《环境保护议定书》。涉及国际捕鲸委员会,见 P. Birnie, International Regulation of Whaling, New York, 1985, p. 199.

〔10〕 参看 30 ILM, 1991, p. 1735.

〔11〕 参看 33 ILM, 1994, p. 1273.

〔12〕 另见 1994 年联合国防治荒漠化公约,ibid., p. 1328.

〔13〕 一般性参看:http://www, gefweb.org/.

〔14〕 例如,参见:M. Pallemaerts, "International Environmental Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?" in *Greening International Law* (ed. P. Sands), London, 1993, pp. 1, 8; *Environnement et Droits de l'Homme* (ed. P. Kromarek), Paris, 1987; G. Alfredsson and A. Ovsiouk, "Human Rights and the Environment", 60 *Nordic Journal of International Law*, 1991, p. 19; W. P. Gormley, *Human Rights and Environment*, Leiden, 1976; *Human Rights and Environmental Protection* (ed. A. Cançado Trindade), 1992; D. Shelton, "Whatever Happened in Rio toHuman Rights?", 3 *Yearbook of International Environmental Law*, 1992, p. 75; Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, pp. 252 ff., and *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (eds. M. Anderson and A. E. Boyle), Oxford, 1996. See also M. Déjeant-Pons and M. Pallemaerts, *Human Rights and the Environment*, Council of Europe, 2002.

关信息以及参与环境问题公共讨论的权利。[15] 还需指出,1991 年《跨界情况下环境影
848 响评估公约》号召"设立一个环境影响评估程序,允许某些情况下的大众参与"。

但是,1992 年联合国环境与发展大会通过的《里约环境与发展宣言》[16]对人权的提及是非常罕见的。原则一宣布人类"处于普受关注的可持续发展问题的中心。他们应享有以与自然相和谐的方式过健康而富有生机的生活的权利"。应该说,该文件也就是敷衍地提及了一下人权,除此之外,人权关注并没有处于 1992 年会议文件的中心位置。事实上,应该说会议的焦点更在于国家及其主权权利,而不是个人以及他们的权利。

尽管如此,将这两个国际法领域结合在一起的尝试正在谨慎的进行中。1994 年,一份人权与环境的最终报告被提交给联合国防止歧视和保护少数小组委员会(旧称)。[17] 这份报告包含一套人权与环境的原则草案,包括"人权、生态和谐的环境、可持续发展以及和平相互依存,不可分割","所有人有权享有一个安全、健康和生态和谐的环境。这一权利和其他人权,包括公民、文化、经济、政治和社会权利,是普遍的、相互依存和不可分割的"。这一创举是否会结出果实仍有待观察。[18] 作为一个很有影响力的民间协会,国际法研究院于 1997 年 9 月在斯特拉斯堡会议上通过了一个环境问题的决议。其第 2 条指出"每个人有权在一个健康的环境中生活"。[19]

1998 年《环境问题上公众获得信息、参与决策与获得司法公正权的奥尔胡斯公约》
849 的通过则发展到一个重要的阶段[20],它明确地将人权与环境联系起来,并承认"充分的保护环境对于人类福利以及享有人权,包括生命权本身至关重要"。第 1 条规定缔约国"应保障公众获得信息、参与决策与获得司法公正的权利",以此表明缔约方接受对其公民的义务。第 9 条规定缔约方应为任何认为其要求获得信息的请求未被正当处理的个人设立一个法院或其他独立和公正机构的审查程序,而第 15 条规定"应设立非对抗、非司法和咨询性地位的选择性安排"以审查对公约的遵行。这种安排应允许适当的公众参

---

〔15〕 CSCE/SEM.36. 另参见:EC Directive 90/313, 1990.

〔16〕 关于里约会议的一般性问题,见 S. Johnson, *The Earth Summit*, Dordrecht, 1993.

〔17〕 E/CN.4/Sub.2/1994/9.

〔18〕 同样注意 1989 年《欧洲环境与健康宪章》和 1990 年欧盟首脑会通过的《环境责任都柏林宣言》。

〔19〕 另见 L. Loucaides, "Environmental Protection through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights", 75 BYIL, 2004, p.249。

〔20〕 经联合国欧洲经济委员会通过。该公约于 2001 年 10 月 30 日生效,一般性参看 http://www.unece.org/env/pp/,缔约国的第一次会议在 2002 年 10 月召开。2003 年 1 月各国政府通过了一项议定书,强制要求公司每年注册对环境的排放量以及向其他公司转让的某些污染物。这一信息将公布在污染物公报和转让登记簿中。

与“并且可以包括审议公众成员就公约有关事项的来文”。2002 年 10 月 30 日通过的 1/7 号决议设立了一个八人委员会审议控告违反公约的来文，这类来文可由一个缔约过针对另一个缔约国提出，也可以在一个国家成为缔约方一年之后仍没有排除适用该程序的情况下由公众成员提出。委员会也可以就遵行公约或实施公约条款作出报告，并监督，评价和协助实施和遵行规定于《公约》第 10 条第 2 款和第 1/8 号决议中的报告要求。[21]

环境保护与经济发展需要之间的关系问题是支撑环境法发展的另一个要素。目前正在争取工业化的国家面临着一个问题，即以环境安全的方式实现工业化开支巨大，且可用于此的资源也非常有限。1972 年联合国人类环境会议的斯德哥尔摩宣言在原则八强调指出“为了保证人类有一个良好的生活和工作环境，为了在地球上创造那些对改善生活质量所必要的条件，经济和发展是非常必要的”，而国家开发其资源的主权权利也得 850
到了强调。[22] 1992 年联合国环境与发展会议通过的里约宣言的原则二指出，国家“拥有按照其本国的环境与发展政策开发本国自然资源的主权权利”，原则三则指出“为了公平地满足今世后代在发展与环境方面的需要，求取发展的权利必须实现”。发展与环境保护之间的正确平衡是国际社会目前面临的一个主要挑战，它反映出国家主权原则与国际合作的必要之间造成的利益冲突。它也提出了在目前从事的或正在计划从事的活动中如何长远地考虑为后代遗产的问题。很多发展活动，例如建造核电站，可能会对未来很多代人具有深远影响。[23] 1994 年由经济合作与发展组织、东欧和独联体国家在里斯本签署的《能源宪章条约》[24] 在关切能源的背景下以一种有力的方式提到了环境问题。第 19 条规定缔约方“应致力以经济上有效的方式将有害的环境影响减到最小”。

---

[21] 一般性参看 R. R. Churchill and G. Uffstein, “Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law”, 94 AJIL, 2000, p. 623.

[22] 原则 21。另见 S. P. Subedi, “Balancing International Trade with Environmental Protection”, 25 *Brooklyn Journal of International Law*, 1999, p. 373, and T. Schoenbaum, “International Trade and Protection of the Environment”, 91 AJIL, 1997, p. 268. 以及 N. Bernasconi-Osterwalder, D. Magraw, M. J. Oliva, M. Orellana and E. Tuerk, *Environment and Trade: A Guide to WTO Jurisprudence*, London, 2006. 注意 2006 年经合组织的《在发展合作中整合适应气候变化宣言》。

[23] 例如，参见：A. D'Amato, “Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment”, 84 AJIL, 1990, p. 190, Sands, Principles, p. 199; E. Weiss, “Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment”, 84 AJIL, 1990, p. 198, and Weiss, *Intergenerational Equity*. 另见 *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, Supreme Court of the Philippines, 33 ILM, 1994, pp. 173, 185, 以及韦拉曼特利法官关于根据核试验案第 63 段请求情况审查的反对意见，ICJ Reports, 1995, pp. 288, 341; 106 ILR, pp. 1, 63。

[24] 33 ILM, 1995, p. 360.

这样,缔约方应以"一种具有成本效益的方式"来行为。缔约方要"努力采取预防措施以防止或减少环境损害"并同意污染者应"在原则上承担污染的代价,包括跨界污染,并考
851 虑正当的公共利益,且不影响能量循环或国际贸易上的投资"。

一个联系经济不发达与环境保护的潜在的开创性的方法就是"外债换取自然"安排,以此,债务国所欠的外债可转化为将这些债务金额用于当地环境项目的义务。[25]

国家责任与环境[26]

国家的基本义务

国家责任原则[27]规定国家对违反国际法的行为应负责任。这种对条约或习惯国际法的违反使受害国保留向违反国提出主张的权利,不管是通过外交途径或者通过诉诸有关该事项的适当国际机制。在必要的管辖基础已确立的情况下,诉诸国际仲裁或者国际法院也是可能的。习惯国际法在环保领域为国家设定了很多重要的根本义务。那种认为国际法支持任何可归结于绝对领土主权并因此国家可以无视对其他国家的产生的后果而为所欲为的观念早已被否定。国家的基本义务就是不以自己的行为危害其他国家的权利。[28] 这一义务部分地发源于有关国际水道的制度。例如,在"奥德河国际委员会"(*International Commission on the River Oder*)一案中[29],常设国际法院指出"这一在可航行河道里的利益共同体成为了共同法律权利的基础,其本质特征就是所有沿岸国在使
852 用河道全程方面完全平等,排除任何沿岸国与他国关系中的任何优先特权"。[30] 但是这一原则有更广泛的适用性。在"帕尔马斯岛"案中[31]法院认为领土主权概念包含一种保

---

[25] 参看 F. G. Minujin, "Debt-for-Nature Swops: A Financial Mechanism to Reduce Debt and Preserve the Environment", 21 *Environmental Policy and Law*, 1991, p. 146, and S. George, *The Debt Boomerang*, London, 1992, pp. 30—1.

[26] 参看 B. D. Smith, *State Responsibility and the Marine Environment*, Oxford, 1988. See also R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Dordrecht, 1996.

[27] 参看上文第 14 章。

[28] 参看美国司法部长 Judson Harmon 在 1895 年所阐述的观点,21 Op. Att'y. Gen. 274, 283 (1895),引述于 V. P. Nanda, *International Environmental Law*, pp. 155—6.

[29] PCIJ, Series A, No. 23 (1929); 5 AD, p. 83.

[30] PCIJ, Series A, No. 23 (1929), p. 27; 5 AD, p. 84. See also the case concerning the *Auditing of Accounts between the Netherlands and France*, arbitral award of 12March 2004, para. 97. 31 2 RIAA, pp. 829, 839 (1928).

[31] 2 RIAA, pp. 829, 839 (1928).

护一国领土内他国权利的义务。

在"特雷尔冶炼厂"(*Trail Smelter*)仲裁案中[32],仲裁庭处理了加拿大和美国之间的一个纠纷,此纠纷事关位于英属哥伦比亚和华盛顿州的一个山谷中的加拿大冶炼厂排放出的二氧化硫污染,损害了位于两国边界美国一边的树木和农作物。仲裁庭指出:

> 根据国际法原则以及美国法律,如果某一情况导致重后果且损害被明确而可信的证据所证明,任何国家都没有权利以在或朝另一国领土上引致烟雾而对该领土或其上的财产或人类带来损害的方式使用或允许使用其领土。[33]

在"科孚海峡"案中[34],国际法院强化了这一点,通过强调指出每个国家有义务"不允许在明知的情况下将其领土用于有悖其他国家权利的行为"。[35] 法院在1995年的"请求根据1974年核试验案第63段审查情况"案(*Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Nuclear Tests Case 1974*)中也指出,它就法国在太平洋进行的核试验所作出的结论"不减损各国尊重和保护环境的义务"。[36] 此外,在其给联合国大会的关于"以核武器相威胁或使用核武器的合法性"问题的(*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*)咨询意见中,国际法院称"国家确保其管辖和控制范围内的活动尊重其他国家或国家控制外区域的环境的一般义务现在已是有关环境的国际 853
法的一部分"。[37]

这一司法意见现在已被国际文件所广泛重申。1982年《海洋法公约》第192条规定"各国有保护和保全海洋环境的义务",而第194条指出"各国应采取一切必要措施,确保在其管辖或控制下的活动的进行不致使其他国家及其环境遭受污染的损害"。[38] 关

---

[32] 参看33 AJIL, 1939, p. 182 and 35 AJIL, 1941, p. 684; 9 AD, p. 315;另见 J. E. Read, "The Trail Smelter Arbitration", 1 Canadian YIL, 1963, p. 213; R. Kirgis, "Technological Challenge of the Shared Environment: US Practice", 66 AJIL, 1974, p. 291, and L. Goldie, "A General View of International Environmental Law—A Survey of Capabilities, Trends and Limits" in *Hague Colloque* 1973, pp. 26, 66—9.

[33] 35 AJIL, 1941, p. 716; 9 AD, p. 317. 由于在华盛顿 Cherry Point 的石油外溢导致英属哥伦比亚海滩污染,加拿大援引了"特雷尔冶炼厂"案的原则对抗美国,11 Canadian YIL, 1973, p. 333.

[34] ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22; 16 AD, pp. 155, 158.

[35] 另见 de Castro 法官在核试验案中的反对意见, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 388; 57 ILR, pp. 350, 533, and the Lac Lanoux case, 24 ILR, p. 101.

[36] ICJ Reports, 1995, pp. 288, 306; 106 ILR, pp. 1, 28.

[37] ICJ Reports, 1996, para. 29; 35 ILM, 1996, pp. 809, 821, 另见 *Gabcikovo-Nagymaros Project* 案, ICJ Reports, 1997, pp. 6, 67; 116 ILR, p. 1.

[38] 另见1978年联合国环境规划署有关两个或两个以上国家共享资源的环境领域的行为原则之原则三;1974年联大通过的第3281(XXIX)号决议和第34/186(1979)号决议中的国家经济权利和义务宪章。

注焦点从国家本身到更广范围(包括公海、深海海床和外太空)的转移是一个显著的发展。[39]

但是,1972 年《斯德哥尔摩宣言》的原则二十一具有特殊重要性。它规定,在按自己的环境政策开发本国资源的权利之外,国家"有责任保证在他们管辖或控制之内的活动,不致损害其他国家的或在国家管辖范围以外地区的环境"。虽然 1992 年里约宣言的原则二重复了相对较为适度的表述(还附加提到了发展政策),它却被视为国际环境法发展中的一个重要转折点。[40] 原则二十一中的表述对我们下面要讨论的各方面提出了许多重要的问题。

适当标准

有时人们主张这个领域内国家行为的适当标准是严格责任标准。换句话说,国家负有预防污染的绝对义务,因此无论是否具有过错都对其影响负有责任。[41] 虽然这种主
854 张的好处是国家被施加了越来越多的责任,但国际法是否已经接受了这个一般原则是值得怀疑的。[42] 相关的最主要案件是不确定的。"特雷尔冶炼厂"案中[43]加拿大的责任自始就已被接受,案件关注的是应得的赔偿和该冶炼厂将来运作的条件[44],而严格责任理论在"科孚海峡"案中并没有被明显接受。[45] 在"核试验"案中[46],考虑到法国决定终止其试验,法院并没有讨论有关核试验的主张的实体问题。

美国和加拿大之间的"格特大坝"仲裁案(*Gut Dam*)也值得一题。[47] 该案是关于加

---

〔39〕 参看 Boyle, "Nuclear Energy", p. 271.

〔40〕 参看 Sands, *Principles*, pp. 235—6,称其为"国际环境法的奠基石",另见 1979 年《长程越界空气污染公约》的序言以及 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* 咨询意见,ICJ Reports, 1996, pp. 226,241; 110 ILR, pp. 163, 191.

〔41〕 参看 Goldie, "General View", pp. 73—85, and Schneider, World Public Order, chapter 6. 另见 G. Handl, "State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons", 74 MIL, 1980, p. 525; Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, pp. 182 及其以下. and Sands, Principles, pp. 881 及其以下。

〔42〕 参看 Boyle, "Nuclear Energy", pp. 289—97, and Handl, "State Liability", pp. 535—53.

〔43〕 33 AJIL, 1939, p. 182 and 35 AJIL, 1941, p. 681; 9 AD, p. 315.

〔44〕 参见 Boyle, "Nuclear Energy", p. 292, and G. Handl, "Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses: Customary Principles of Law Revisited", 13 Canadian YIL, 1975, pp. 156, 167—8.

〔45〕 ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22—3; 16 AD, pp. 155, 158.

〔46〕 ICJ Reports, 1974, p. 253; 57 ILR, p. 350.

〔47〕 8 ILM, 1969, p. 118.

拿大当局在美国同意下跨越两国领土建设一个大坝，以在海路出现之前便利圣劳伦斯河上的航运。大坝影响了流域内的水流，致使河内以及安达略湖水位升高。此事，连同严重的暴风雨，导致圣劳伦斯河和安达略湖沿岸严重洪涝，美国政府要求损害赔偿。仲裁庭判给美国一大笔赔偿，没有考虑加拿大是否就大坝建设存在过失或过错。但是，我们必须谨慎地将此案作为严格责任理论的例子，因为美国同意了修建大坝，条件是美国公民应就大坝的修建或运作而发生的任何损害或伤害得到赔偿。[48]

条约实践则多种多样。1972 年（生效——译者注）的《空间物体造成损害的国际责任公约》为空间物体对地球表面或对飞行中的航空器造成的损害规定了绝对责任（第 2 条），但是对于其他地方或空间物体中的人或物造成的损害则适用过错责任（第 3 条）。[49] 但是，多数条约采取了要求谨慎控制损害来源的形式，这样责任就限于违反了 855
特定文件中所规定的义务。[50]

适当谨慎（due diligence）检验实际上被普遍接受为一个最适当的标准。[51] 例如，1982 年《海洋法公约》第 194 条规定国家应采取“一切……必要措施，防止、减少和控制任何来源的海洋环境污染，为此目的，按照其能力使用其所掌握的最切实可行方法”。因此，国家通常不会不考虑所有其他因素而自动为造成的损害负责。但实际上，适当谨慎原则的含义更不清楚。在某些具体案件中，例如 1982 年《海洋法公约》规定了特定措施，而且其他有关条约也被加以参照。在其他情况下，这个问题更为模糊。[52] 适当谨慎检验无疑会为这一等式引入一个弹性因素，且必须根据有关案件的情况加以检验。例如，国家被要求采取所有必要步骤以预防重大污染，并显示出那种期望于“好政府”的行

---

〔48〕 参看 Schneider, *World Public Order*, p. 165. Cf. Handl, “State Liability”, pp. 525, 538 及其以下。

〔49〕 例如在宇宙 954 号事故中加拿大的请求，18 ILM, 1992, p. 907.

〔50〕 例如，1972 年关于《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的伦敦公约》第 1 条；1979 年《长程越界空气污染公约》第 2 条；1985 年《保护臭氧层维也纳公约》第 2 条；1982 年《海洋法公约》第 139、194 和 235 条；1988 年《南极矿物资源活动管理公约》第 7 和 8 条；以及 1992 年《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》第 2 条。另见国际法委员会对《国际水道非航行使用法草案》第 7 条的评论，Report of the International Law Commission, 46th Session, 1994, pp. 236 及其以下。

〔51〕 这是国际法委员会在对 2001 年关于预防危险活动的越境损害的条款草案的评论中所采纳的观点，Report of the ILC on its 53rd Session, A/56/10, p. 392. 另见 Handl, “State Liability”, pp. 539—40; Boyle, “Nuclear Energy”, p. 272, and Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, pp. 112 ff.

〔52〕 例如，1979 年《长程越界空气污染公约》。

为[53]，而这种行为可能要求设立咨询和通知体系。[54] 还需要指出，遥远距离和可预见
856 性因素也是国家责任框架的一部分。发生的损害必须是由考虑中的污染所引起。“特雷尔冶炼厂”案[55]的仲裁庭强调了“以明确而可信的证据”确立损害的必要。

引起的损害

是否实际上确实导致了损害？这是确定国际责任的第一个问题，否则与国际责任无关。会存在损害危险的责任吗？似乎现阶段国际法总体上不认可这种责任[56]，当然是在高度危险活动这一类之外。[57] 这既是因为国家的普遍不情愿，也特别是因为实际困难。虽然并非不可能，但评估涉及的危险以及决定适当的赔偿都是很困难的。

但是，应当指出，1982 年《海洋法公约》第 1 条 4 款将海洋环境污染界定为“人类直接或间接把物质或能量引入海洋环境……以致造成或可能造成……有害影响”。也就是说，实际损害在这种情况下并非必要。习惯国际法的确可能朝这个方向发展，但是现在就下结论说这个已经发生则为时过早。多数对污染的一般界定依赖于在主张责任之前损害或伤害已经产生了。[58]

下一个问题是确定是否必须已经引起了某种限度的损害。在“特雷尔冶炼厂”案中[59]，仲裁庭将注意力集中在表明该事项具有“严重后果”的需要之上，而 1979 年的《长程越界空气污染公约》第 1 条规定有关污染必须导致“具有危害人类健康，伤害生物资源和生态体系以及物质财产，损害或干涉环境优美和环境之其他正当用途的性质的有害
857 影响”。[60] 1982 年国际法协会的《蒙特利尔规则》第 3 条规定，国家有义务防止、减少和

---

[53] 即期望牢记其国际义务的政府的行为标准：参看 R. J. Dupuy, “International Liability for Transfrontier Pollution”, in Bothe, *Trends in Environmental Policy and Law*, pp. 363, 369.

[54] 参见 *Responsibility and Liability of States in Relation to Transfrontier Pollution*, an OECD Report by the Environment Committee, 1984, p. 4.

[55] 35 AJIL, 1941, p. 716; 9 AD, p. 317.

[56] 参看 Kiss, “International Protection”, p. 1076.

[57] 见下文，第 887 页。

[58] 参见 commentary to the Montreal Rules adopted by the ILA in 1982, Report of the Sixtieth Conference, p. 159. 但是，国际法委员会于 2001 年通过的关于预防危险活动的越境损害的条款草案，关注不为国际法所禁止的包含导致严重的越境损害危险的活动，Report of the ILC on its 53rd Session, p. 380.

[59] 35 AJIL, 1941, p. 716; 9 AD, p. 317.

[60] 另见联大第 2995 号(XXVII)决议提及“严重的损害后果”。另见国际法委员会关于预防危险活动的越境损害的条款草案第 1 条)，Report of the ILC on its 53rd Session, p. 380.

控制跨界污染，达到在他国领土内没有造成重大污染的程度。[61] 这种表述的确出现了定义问题，且要求的危害程度的条件在所有文件中都没有体现。[62] 相对性问题和特定案件情况的重要性仍然是主要的因素，但是仲裁庭并不太支持现阶段就与下述概念联系起来，即国家要合理且公正地使用其领土，否则就会引起赔偿责任。[63]

就污染所损害的利益范围来看，“特雷尔冶炼厂”案[64]关注于财产损失。国际文件中后来对污染的定义扩大了这一范围，使之包括了伤害生物资源和生态体系，干涉环境或海洋的优美以及它们的其他正当用途。例如，1982 年《海洋法公约》第 1 条 4 款就包括了损坏海水使用质量和减损环境优美。1985 年《维也纳臭氧层公约》第 1 条 2 款将对臭氧层的不利影响定义为“对人类健康或自然的和受管理的生态系统的组成、弹性和生产力或对人类有益的物质造成有害影响的”物质环境的变化，包括气候变化[65]，而 1992 年《气候变化公约》则将气候变化的不利影响定义为“气候变化所造成的自然环境或生物区系的变化，这些变化对自然的和管理下的生态系统的组成、复原力或生产力，或对社会经济系统的运作、或对人类的健康和福利产生重大的有害影响”。[66] 1988 年《南极矿 858
物资源活动管理公约》[67]将对于极地环境和生态系统的损害定义为“对该环境或那些生态系统的生物或非生物构成部分的任何影响，包括对大气、海洋或陆地生命的伤害，除去那些可以忽略或根据公约已被评测或判断为可予接受者”。[68] 1992 年《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》界定了“跨界影响”，即规定的主题，措辞是“任何由人类活动所

---

〔61〕 奥本海在其国际法中认为，被控的干扰必须达到“不适当地有害于邻国的居民”，*International Law*, 8th edn, London, 1955, vol. I, p. 291。

〔62〕 例如，《斯德哥尔摩宣言》原则二十一以及 1982 年《海洋法公约》第 194 条。

〔63〕 参看 R. Quentin-Baxter, *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 1, pp. 112—19, and S. McCaffrey，同上，1986, vol. II, part 1, pp. 133—4. See also Boyle, “Nuclear Energy”, p. 275, and “Chernobyl and the Development of International Environmental Law” in W. Butler (ed.), *Perestroika and International Law*, London, 1990, pp. 203，206.

〔64〕 35 AJIL, 1941, p. 684; 9 AD, p. 315. 另见 A. Rubin, “Pollution by Analogy: The Trail Smelter Arbitration”, 50 *Oregon Law Review*, 1971, p. 259.

〔65〕 另见经济合作与发展组织 1977 年在越境污染方面平等权利的建议，1988 年南极矿物资源活动管理公约第 1 条(15)款。

〔66〕 Article 1 (1).

〔67〕 关于南极洲的情况，参看 C. Redgwell, “Environmental Protection in Antarctica: The 1991 Protocol”, 43 ICLQ, 1994, p. 599, 及上文，第 10 章，第 534 页。注意：《南极条约环境保护议定书》附件六，环境紧急情况引起的责任。关于北极，另见 D. R. Rothwell, “International Law and the Protection of the Arctic Environment”, 44 ICLQ, 1995, p. 280.

〔68〕 Article 1 (15). 另见 1991 年《跨界情况下环境影响评估公约》第 2 条以及 1990 年意外污染越界内陆水域行为守则第 1 条。

引起的跨界水道条件的变化导致的对环境的重大不利影响"。[69] 1993 年《欧洲理事会环境损害民事责任公约》将损害界定为包括"损害环境"的损失或伤害[70],而环境本身被认为包括生物和非生物的自然资源、构成文化遗产之一部分的财产以及"地貌的特征方面"。[71] 有关的损害类型目前已经明显突破了财产损害[72],但是就不能用物质形式定义的一般性环境损害而言则仍存在问题。[73]

私人引起的损害责任

859 环境损害不是由国家本身而是由私人引起的情况是一个特殊问题。[74] 国家当然应该为其官员损害外国国民的不法行为负责[75],并且根据国际法保有一种一般的属地权能。一般来说,国家必须在其领土上确保它们的国际义务得到尊重。很多条约要求缔约国就特定问题进行立法以确保特定义务的落实。例如,当一个国际协议要求为某种物质的排放设定某种限度,由于国家已经承担了这一约束性义务[76],国家将对超过这一限度的任何活动负责,即使它由私人所为。同样,如果国家承允为某种活动施加事前授权程序,那么它未能这样做而导致违反国际法的污染,就会引起国家责任。

在有些情况下,国际协议可能会明确为非国家实体的行为规定国家责任。例如,1967 年《外空条约》第 6 条规定,一国对其"在外空的国家活动……无论这种活动系由政府机构或非政府机构所为"负有国际责任。[77]

---

[69] Article 1(2).

[70] Article 2(7)c.

[71] Article 2(10). 另见国际法委员会《关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案》第 1 条,2006,A/61/10, pp. 110, 121。

[72] 加拿大提出的由于苏联核动力卫星坠落导致的清扫费用的要求得到了解决:18 ILM, 1979, p. 902.

[73] 安理会第 687 号决议(1991)宣称伊拉克根据国际法承担任何直接损失、损害等,包括由于非法入侵并占领科威特而产生的环境损害以及自然资源的消耗。

[74] 参看 Handl, "State Liability", and G. Doeker and T. Gehrmg, "Private or International Liability for Transnational Environmental Damage—The Precedent of Conventional Liability Regimes", 2 *Journal of Environmental Law*, 1990, p. 1.

[75] 参看上文,第 14 章。

[76] 见下文,第 873 页。

[77] 另见 1972 年《空间物体造成损害的国际责任公约》第 1 条和 1979 年《月球条约》第 14 条。关于民事责任,参看下文,第 893 页。

防止来自危险活动的跨界损害[78]

国际法委员会从1978年开始考虑"国际法不加禁止的行为产生的国际赔偿责任"的议题[79],而且委员会工作的主要中心问题就是环境损害。[80] 有人认为国际赔偿责任与 860
国际责任不同,因为后者取决于事前违反了国际法[81],而前者则试图发展一个法律分支,据此国家可能就一种本身不违反国际法的行为的损害结果承担国际责任。这是一种有争议的看法。其理论基础以及对国际责任的分隔受到了质疑。[82] 国际法委员会修订了其工作成果,最终在2001年通过了关于预防危险活动的越境损害的条款草案。[83]

草案第1条规定这些条款适用于国际法不加禁止的、"其有形后果有造成重大越境损害的危险"的活动。条款草案的评注指出必须客观对待危险概念,"像适当得到报告的观察员已经或应该做到的那样,指出对某一活动造成的可能损害的评估情况"。[84] 委员会成员起初在该议题是否应主要关注危险还是损害上存在分歧[85];现在看来似乎已得到解决。草案第2条规定"造成重大越境损害的危险"应定义为包括"造成重大越境损害的可能性较大和造成灾难性越境损害的可能性较小的危险"。[86] 也就是说,有关的限度是由危险与损害的综合效应来确定的,而这种限度必须达到可被认为是"重大"的

---

[78] 例如,参看:J. Barboza, "International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law and Protection of the Environment", 247 HR, 1994 III, p. 291; A. Boyle, "State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?", 39 ICLQ, 1990, p. 1; M. Akehurst, "International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law", 16 Netherlands YIL, 1985, p. 3; D. B. Magraw, "Transboundary Harm: The International Law Commission's Study of International Liability", 80 AJIL, 1986, p. 305, and C. Tomuschat, "International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law: The Work of the International Law Commission" in *International Responsibility for Environmental Harm* (eds. F. Francioni and T. Scovazzi), London, 1991, p. 37. See also Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, p. 105, and Sands, *Principles*, pp. 901 及其以下。

[79] 参见 *Yearbook of the ILC*, 1978, vol. II, part 2, p. 149.

[80] 参看 Quentin-Baxter's preliminary report, *Yearbook of the ILC*, 1980, vol. II, part 1, p. 24.

[81] 参看上文,第14章。

[82] 参看 Boyle, "State Responsibility", p. 3, and I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, 1983, p. 50.

[83] Report of the ILC on its 53rd Session, p. 379.

[84] 同上,p. 385.

[85] 参看 S. McCaffrey, "The Fortieth Session of the International Law Commission", 83 AJIL, 1989, pp. 153, 170, and McCaffrey, "The Forty-First Session of the International Law Commission", 83 AJIL, 1989, pp. 937, 944.

[86] Report of the ILC on its 53rd Session, p. 386.

水平。[87] 国际法委员会认为，基于事实，这一术语，意味着超过“可检测到的”，但不必达到“严重”或“显著”的程度。[88] 来源国（即活动发生地或即将发生地）“应采取一切适当
861 措施，以预防重大的越境损害或随时尽量减少这种危险”。[89] 适当谨慎原则是与此相关的检验方法，它通常被认为是与在特定情况下发生越境损害之危险程度相称的适当标准，这一检验标准要求一国紧跟技术变革以及科学发展。[90]

各国应真诚合作，以预防重大越境损害或尽量随时减少这种危险，并于必要时要求一个或多个有关国际组织提供协助。[91] 各国应采取必要的立法、行政或其他行动，包括建立适当的监督机制，以履行条款草案的规定[92]，并且就条款范围内的任何活动均须经过事前核准。[93] 在决定这种核准时，国家应将其答案建立于该项活动可能造成的越境损害的评估，包括任何环境影响评估。[94] 如果评估表明有造成重大越境损害的危险，应及时将该危险和评估通知可能受影响国[95]并提供信息[96]，而相关各国应进行协商，以期为预防重大越境损害或随时尽量减少这种危险所须采取的措施达成可以接受的解决办法。这种解决办法应基于利益的公平均衡。[97]

条款草案第10条规定了一系列达到“利益的公平均衡”的相关因素和情形。这包括重大越境损害的危险程度以及有办法预防损害或者尽量减少这种危险或补救损害的方法；有关活动的重要性，考虑到该活动在社会、经济和技术上为起源国带来的总利益和它对可能受影响国造成的潜在损害；对环境产生重大损害的危险，以及是否有办法预防这种损害或者尽量减少这种危险或恢复环境的方法；该活动的经济可行性，即关于受影响国的预防费用和在别处开展活动或以其他手段开展活动或以其他活动取代该项活动
862 的可能性；各受影响国愿意承担预防费用的程度以及可能受影响的国家对同样或可比较的活动所适用的预防标准以及可比较的区域或国际实践中所适用的标准。[98]

---

〔87〕 同上，p. 387. 另见1990年欧洲经济委员会通过的《意外污染越界内陆水域行为守则》第1条。

〔88〕 Report of ILC on its 53rd Session, p. 388.

〔89〕 Article 3.

〔90〕 Report of the ILC on its 53rd Session, p. 394.

〔91〕 Article 4.

〔92〕 Article 5.

〔93〕 Article 6.

〔94〕 Article 7.

〔95〕 Articles 8 and 17.

〔96〕 Article 8. 另见 articles 12, 13 and 14.

〔97〕 Article 9.

〔98〕 该条利用了1997年《国际水道非航行使用法公约》第6条。

2006 年,国际法委员会通过了《关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案》[99],其目的是保障跨界损害受害者获得迅速而充足的补偿,并保持和保护环境。国家应采取所有必要措施以确保这种补偿可以获得,包括在不要求过错证据的情况下对操作者施加损害赔偿责任。[100]

国家责任学说的问题

违反国际义务要国家责任并要求对这种违反进行赔偿,以此为基础的传统国际法学说适用到环境问题上是特别成问题的。证明一国的行为给另一国造成具体损害意味着这个模式仅可以勉强适用于一小部分环境问题。在很多情况下,完全不可能证明某个特定来源造成了某种特定损害,而这种双边关注不可能与这种事实达成妥协:即地球环境的保护是一个实实在在要求全球或全体国家的反应的全球性问题,是一个不能用武断而零碎的方式成功解决的问题。因此,处理环境问题的方法已经从双边国家责任模式转化为确立和加强国际合作。

国际合作

国际环境法中一个建立于一般原则之上且不断发展的主题,就是关于国家在处理跨界污染问题上的合作要求。1972 年《斯德哥尔摩宣言》的原则二十四指出"有关保护和改善环境的国际问题应当本着合作精神来加以处理",而 1992 年《里约宣言》的原则七 863
则强调"各国应本着全球伙伴关系的精神进行合作,以维持、保护和恢复地球生态系统的健康和完整"。《里约宣言》的原则十三提及了这一领域的国内和国际活动:

> 各国应制订有关对污染的受害者和其他环境损害负责和赔偿的国家法律。各国还应以一种迅速的和更果断的方式进行合作,以进一步制订有关对在它们管辖或控制范围之内的活动对它们管辖范围之外的地区造成的环境损害带来的不利影响负责和赔偿的国际法。[101]

"科孚海峡"案[102]确立的原则是,国家在明知的情况下不可允许其领土被用于有悖于其他国家权利的行为,由此可以推断出一个通知其他国家已知的环境危险的义务。大

---

[99] A/61/10, p. 110.

[100] 原则 3 和 4。

[101] 另见原则 27。

[102] ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22; 16 AD, pp. 155, 158.

量的国际协议反映了这一点。例如,1982 年《海洋法公约》第 198 条规定"当一国获知海洋环境即将遭受污染损害的迫切危险或已遭受污染损害的情况时,应立即通知其认为可能受这种损害影响的其他国家以及各主管国际组织"。[103] 1989 年《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》第 13 条规定各缔约国应保证,一旦获悉危险废物和其他废物在越境转移及其处置过程中发生意外,可能危及其他国家的人类健康和环境时,立即通知有关国家。[104]

还应该指出的是,1974 年经济合作与发展组织通过了一个建议书,规定在启动有可
864 能产生重大越境污染危险的工程和建设之前,应尽早通知那些受到或可能受到影响的国家。[105] 1988 年,经济合作与发展组织通过了一个理事会决议,其中规定国家必须提供防止危险装置事故和对其作出反应的信息并向所危及的国家转达他们对有关装置的研究结果。还规定了互换紧急计划的义务以及向受到事故紧迫威胁的国家转达迅即警告的义务。[106] 这一点在 1992 年《里约宣言》中也得到了强调。原则十八规定各国应把任何可能对其他国家的环境突然产生有害影响的自然灾害或其他意外事件立即通知那些国家,而原则十九则规定各国应事先和及时地向可能受影响的国家提供关于可能会产生重大的跨边界有害环境影响的活动的通知和信息,并在初期真诚地与那些国家磋商。[107]

我们也可以指出一个事先磋商的要求。国际法协会的《蒙特利尔规则》第 5 条规定,计划实施可能带来重大跨界污染危险的活动的国家应及早通知可能受到影响的国家。这一规定建立于,举例来说,法国和西班牙之间的"拉努湖"仲裁案(*the Lac Lanoux abitrition*)[108],事关共享水道的引流提议。仲裁庭特别指出了这种情况下的谈判义务。[109] 一些条约设定了事先通知的义务,一个早期的例子就是 1974 年的《北欧环境保护公约》。1979 年的《长程越界空气污染公约》第 5 条规定应在早期阶段依据请求,在其管辖范围内开展活动的国家和实际受到影响的国家或面临重大的长程越界空气污染危

---

[103] 另见 article 211(7).

[104] 另见 1973 年《国际防止船舶造成污染公约》第 8 条;1974 年《保护波罗的海海洋环境的赫尔辛基公约》附件六;1976 年《保护地中海巴塞罗那公约之在紧急情况下合作议定书》第 9 条。

[105] Title E, para. 6. 另见经济合作与发展组织关于实施就跨界污染方面的平等权利和非歧视制度的建议, Title C, para. 8.

[106] C(88)84.

[107] 另见 1991 年跨界情况下环境影响第 3 条以及《关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案》原则 5,2006,A/61/10, p. 166。

[108] 24 ILR, p. 101.

[109] 同上,p. 119,另见 North Sea Continental Shelf cases, ICJ Reports, 1969, pp. 3, 46—7; 41 ILR, pp. 29, 76.

险的国家之间开展磋商。[110] 不断扩展的国家实践范围[111]使得国际法协会认为"一个习 865
惯国际法规则已经产生,即原则上国家有义务就新的或增加的污染向潜在受害国提供信息"。[112] 2001 年国际法委员会关于预防危险活动的越境损害的条款草案第 8 条规定如果一项评估表明有造成重大越境损害的危险,起源国应及时将该危险和评估通知可能受影响国,并应向其递交评估工作所依据的现有技术和所有其他有关资料。[113]

通知可能受到新的或增长的污染源影响的国家的这项义务,伴随着对进行环境影响评价的义务的考虑。[114] 这一要求包括在很多条约中。[115] 1982 年《海洋法公约》第 204 条规定各国应"用公认的科学方法观察、测算、估计和分析海洋环境污染的危险或影响"并特别应"不断监视其所准许或从事的任何活动的影响,以便确定这些活动是否可能污染海洋环境"。有关报告应予发表,而根据第 206 条,国家如有合理根据认为在其管辖或控制下的计划中的活动可能对海洋环境造成重大污染或重大和有害的变化,"它们应在 866
实际可行范围内就这种活动对海洋环境的可能影响作出评价,并应提送这些评价结果的报告"。[116]

欧洲经济共同体理事会指令第 85/337 号规定成员国应采取一切必要措施以确保在得到同意之前,可能具有重大环境影响的项目就其影响得到了评估[117],而这个问题在 1991 年《越界情况的环境影响评价公约》里得到进一步说明。根据这个公约,缔约国应采取必要的法律、行政和其他措施以确保在作出授权或开展附件一中所列的有可能产生

---

[110] 第 8 条(6)款要求情报交换,尤其是国家政策和综合工业发展的重大改变及其潜在影响方面的信息,这些信息可能导致长程越界空气污染的重大变化。

[111] 参见 ILA, Report of the Sixtieth Conference, 1982, pp. 172—3.

[112] 同上,p. 173. 另见国际法研究院关于跨界空气污染的决议, 1987 年, 但是比较:Sands, *Principles*, pp. 321—2。同样注意,如,1981 年联合国环境规划署关于在国家管辖范围内的近海钻探和采矿的相关环境问题的建议以及 1983 年加拿大—丹麦与海洋环境有关的合作协定。

[113] Report of the ILC on its 53rd Session, p. 406. 另见《里约宣言》原则十九,1991 年《越界情况的环境影响评价公约》第 3 条以及 1997 年《国际水道非航行使用法公约》,下文第 883 页。

[114] 例如,1987 年《联合国环境规划署环境影响评价原则》,另见 Sands, *Principles*, pp. 799 及其以下。

[115] 例如,1978 年《保护海洋环境避免污染合作科威特区域公约》第 11 条,1974 年《北欧环境保护公约》第 6 条,1991 年《南极条约环境保护议定书》第 8 条。另见 2001 年《预防危险活动的越境损害的条款草案》第 7 条,Report of the ILC on its 53rd Session, p. 402.

[116] 关于核力量设施的地点选择,类似的程序正在进行当中:如,1980 年西班牙和葡萄牙之间的协议;1977 年荷兰和联邦德国之间的协议;1966 年比利时和法国之间的协议;1982 年瑞士和联邦德国之间的协议。另见 Boyle, "Chernobyl", at p. 212.

[117] 另见欧洲议会和理事会关于预防和救济环境损害的环境责任的指令 Directive 2004/35/EC, 21 April 2004,后经指令 Directive 2006/21/EC 修正。

越界的重大不利影响活动[118]的决定之前，环境影响评价得以实施。来源国必须通知任何可能受到该建议的活动影响的缔约方，须充分提供信息。一旦受影响国决定参与该公约规定下的环境影响评价程序，它必须应该活动的来源方要求向其提供有关其管辖范围内受到潜在影响的环境的信息。[119] 附件三详细列出了应向来源方有关机构提交的文件，并且非常全面。来源方与受影响国必须就潜在的越界影响以及减少或消除这种影响
867 的措施进行磋商[120]，在就建议的活动作出最后决定时，各方应确保充分考虑到环境影响评价的结果以及开展的磋商。[121] 根据第7条，也应进行项目后期分析。[122] 其他文件也规定了这种环境影响评价[123]，而且一些国际组织也发展出了自己的评价要求。[124] 维拉曼特里法官在“请求根据1974年核试验案第63段审查情况”案的反对意见中提出了环境影响评价的问题。[125] 他指出新西兰在法院提出的问题的严重性（法国在南太平洋地下试验核装置）可以使环境影响评价原则适用于此。该法官称“当一个提出了具有严重的全球性环境影响的问题的事项被提交给法院，而且环境损害的可能性促成了一个表面上证据确凿的案件时，法院在决定初步步骤的时候有权考虑环境影响评价原则”。[126]

环境保护领域内的其他国际合作原则正开始出现，并宣告着法律规范的发展。《里约宣言》原则十五指出“为了保护环境，各国应根据它们的能力广泛采取预防性措施。凡有可能造成严重的或不可挽回的损害的地方，不能把缺乏充分的科学肯定性作为推迟采取防止环境退化的费用低廉的措施的理由”。这标志着远离传统方法的趋势，它要求国家在科学知识的基础上行动，这也等于承认在某些情况下，等候正式的科学证据会影响紧急措施的及时实施。1985年《维也纳臭氧层公约》和1987年该公约的蒙特利尔议

---

[118] 这些活动包括原油提炼和某些其他精炼厂；热能发电站和具有某种最低能量输出的其他燃烧设施以及核装置；核设施；大型铸钢铁设施；石棉厂；综合化学设施；高速路、长途铁路线和长距离机场跑道的建设；管道；大型通商口岸；有毒有害废物设施；大型水坝和水库；大型采矿；近海碳氢化合物生产；大面积采伐森林。

[119] 如果它决定不参与，环境影响评价程序是否继续进行取决于来源国的国内法和实践，第3条(4)款。

[120] Article 5.

[121] Article 6(1). 根据第3条(8)款，同样需要考虑受影响方的可能受到影响的区域内的公众所表达的关切。

[122] 另见 Appendix V.

[123] 例如1991年《南极环境议定书》。

[124] 例如，根据其1989年4.00号运作指令下的世界银行。

[125] ICJ Reports, 1995, pp. 288, 344; 106 ILR, p. 1.

[126] ICJ Reports, 1995, p. 345.

定书都在各自的序言中提到了“预防措施”[127]，而1990年《卑尔根可持续发展部长宣言》指出为了达到可持续发展的目的，政策必须建立于预防性原则。它强调“环境措施 868
必须预见、防止和处置导致环境衰退的肇因”，并重申了《里约宣言》原则十五的部分内容。1992年《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》在第2条5款规定缔约方应“受预防性原则的引导，用以避免潜在的危险物质排放之跨界影响的行动不应由于科学研究尚未充分证明这些物质和潜在的跨界影响之间的因果联系而有所延宕”。1992年《生物多样性公约》[128]、1992年《气候变化公约》[129]也提到了预防性原则。维拉曼特里法官将此原则描述为正在不断得到支持的国际环境法的一部分。[130]

发达国家在环境保护过程中的特殊责任也开始得到承认。[131]《里约宣言》原则七规定“各国负共同但有区别的责任”。尤其是，它强调指出“发达国家承认，鉴于其社会对 869
全球环境造成的压力和它们掌握的技术和资金，它们在国际寻求持续发展的进程中承担着责任”。《气候变化公约》第3条1款规定各缔约方应当“在公平的基础上，并根据它们共同但有区别的责任和各自的能力，为人类当代和后代的利益保护气候系统”，因此发达国家应当率先对付气候变化。[132]

---

[127] 另见1979年《长程越界空气污染公约》之1994年奥斯陆议定书序言和EC Regulation 178/2002(关于食品)。

[128] 尽管序言中并没有明确使用该术语，一般性参见：*International Law and the Conservation of Biological Diversity* (eds. M. Bowman and C. Redgwell), Dordrecht, 1995.

[129] Article 3(3). 另见欧共体条约174条(以前的第130r(2)条)和1991年非统组织《关于禁止向非洲进口和对进出非洲的危险废物越境转移实行控制的巴马科公约》第4条(3)款。同样注意1995年《跨界鱼类和高度回游鱼类协议》第5和6条。

[130] 见其针对要求根据1974年核试验案的判决第63段审查情况的反对意见，ICJ Reports, 1995, pp. 288, 342; 106 ILR, pp. 1, 64. See *The Precautionary Principle and International Law* (eds. D. Freestone and E. Hey), Dordrecht, 1996; P. Martin-Bidou, “Le Principe de Précaution en Droit International de l'Environnement”, 103 RGDIP, 1999, p. 631, and *Le Principe de Precaution, Signification et Consequences* (eds. E. Zaccai and J. N. Missa), Brussels, 2000; Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, pp. 115 ff.; Sands, *Principles*, pp. 266 ff.; *Le Principe de Precaution: Aspects de Droit International et Communautaire* (ed. C. Leben), Paris, 2002, and A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, 2002. See also the Commentary to the ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001, Report of the ILC on its 53rd Session, p. 414. 以及世界自然保护联盟2007年5月通过的《生物多样性保护和自然资源管理中适用预防原则的指导方针》。

[131] 参看D. French, “Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities”, 49 ICLQ, 2000, p. 35.

[132] 另见第4和12条。1987年关于损耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书之1990年修正规定，发展中国家遵守其实体义务的能力取决于发达国家对其财政义务的执行。

此外,可持续发展这一概念已演进到包含国家指引自身发展的权能。[133] 国际法院在"加布奇科沃—大毛罗斯项目"(*Gabčíkovo-Nagymaros Project*)案中明确提到了可持续发展的概念[134],而《里约宣言》原则三指出发展权必须得到实现"以便公正合理地满足当代和世世代代的发展与环境需要"[135],原则四则指出为了达到持续发展,环境保护应
870 成为发展进程中的一个组成部分。[136] 原则二十七呼吁在进一步制订持续发展领域内的国际法方面的合作。[137] 《气候变化公约》第3条4款宣布"各缔约方有权并且应当促进可持续的发展",而生物多样性公约则在多处提到了"持续利用"的观念。[138] 实际上可持续发展意义如何还有些不大清楚,它可能涉及一系列经济、环境和社会因素。[139] 但是,很明显的一点就是这些因素之间的某种形式的均衡是必要的。[140]

另一个在某些国家和区域比在其他国家和区域更为广泛接受的新兴原则就是应由

---

[133] 参看 *Sustainable Development and International Law* (ed. W. Lang), Dordrecht, 1995; *Sustainable Development and Good Governance* (eds. K. Ginther, E. Denters and P. de Waart), Dordrecht, 1995; Sands, *Principles*, pp. 252 ff., and Sands, "International Law in the Field of Sustainable Development", 65 BYIL, 1994, p. 303; M.-C. Cordonier Segger and C. G. Weeramantry, *Sustainable Justice: Reconciling Economic, Social and Environmental Law*, Leiden, 2005; P. S. Elder, "Sustainability", 36*McGill Law Journal*, 1991, p. 832; D. McGoldrick, "Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception", 45 ICLQ, 1996, p. 796; *International Law and Sustainable Development* (eds. A. Boyle and D. Freestone), Oxford, 1999; *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development* (eds. R. Revesz, P. Sands and R. Stewart), Cambridge, 2000; Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, p. 84, and X. Fuentes, "Sustainable Development and the Equitable Utilisation of International Watercourses", 69 BYIL, 1998, p. 119. See also the Report of the ILA Committee on Legal Aspects of Sustainable Development, ILA, Report of the Sixty-sixth Conference, 1994, p. 111 and Report of the Seventieth Conference, 2002, p. 308.

[134] ICJ Reports, 1997, pp. 7, 78; 116 ILR, p. 1. See also the *Shrimp/Turtle* case, WTO Appellate Body, 38 ILM, 1999, p. 121, para. 129.

[135] 另见1972年《斯德哥尔摩宣言》原则一。

[136] 1990年建立欧洲重建和发展银行的协议第2(1)vii条号召银行推动"良好环境和可持续的发展"。

[137] 另见1992年里约环境与发展会议上通过的议程二十一,第8和39段。

[138] 例如,序言和第1、8、11、12、16、17和18条。另见1992年里约会议上通过的管理、保有和可持续发展所有类别的森林的全球共识之原则宣言。

[139] 参看 M. Redclift, "Reflections on the 'Sustainable Development' Debate", 1 *International Journal of Sustainable Development and World Ecology*, 1994, p. 3. 注意:关贸总协定美国限制进口金枪鱼小组的报告指出,可持续发展,包括保护和保有环境,其目标已经被关贸总协定的缔约方广泛地承认,33 ILM, 1994, p. 839.

[140] 注意联大在第47/191号决议中建立了可持续发展委员会,以便确保1992年环境和发展会议的有效追踪措施并普遍致力于环境和发展的整合问题以及审查议程二十一(会议通过的行动计划)的实施过程以实现可持续发展。

污染者承担污染费用的观念。[141]《里约宣言》的原则十六指出"造成污染者在原则上应承担污染的费用并适当考虑公共利益而不打乱国际贸易和投资的方针"。这一原则尤其适用于危险活动之损害的民事责任[142],特别得到了经济合作与发展组织[143]与欧洲共同体的采纳。[144] 1990 年《关于石油污染的防备、反应与合作的公约》和 1992 年《工业事故跨界影响公约》都认为污染者付费的原则是"国际环境法的一个一般原则"。[145] 同样, 871
这个原则实际上能在多大程度上使用仍是不确定的。尤其不明确的就是,是否应涵盖清洁环境的所有成本。国家实践似乎表明这种代价应在各方之间加以分配。[146]

大气污染[147]

也许最早的可感知的污染形式就是空气污染。矿物燃料的燃烧向大气释放出二氧化硫和氧化氮,它们形成酸性物质并被自然因素所传输,然后以降雨、雪或者固体颗粒的形式落下。这种酸性物质具有杀死湖泊和溪流中的生物和损害土壤和森林的效果。[148]虽然国家领土范围之上的空气空间是该国的一部分[149],但这一不明确的大气概念实际将领土主权要素与未作如此界定的区域结合了起来。因此,大气的法律特征是混乱不定的,但是一个具有吸引力的可能性就是称之为共享资源或共同关心的区域。[150]

许多国际文件讨论了如何界定"污染"一词的问题。在 1974 年经济合作与发展组织通过的一个建议书里[151],污染被宽泛地定义为"人类直接或间接向环境引入物质与能

---

[141] 参看 Sands, Principles, pp. 279 ff. and A. Boyle, "Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs" in Francioni and Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm*, p. 363.

[142] 见下文,第 893 页。

[143] 例如,经济合作与发展组织理事会建议第 C(74)223 号(1974)和第 C(89)88 号(1989)。

[144] 见《欧共体条约》第 174 条。

[145] 另见 1992 年《保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》第 2(5)b 条以及《关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案》原则 4,2006,A/61/10, p. 151。

[146] 参看 Boyle, "Making the Polluter Pay?", p. 365, and Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, p. 92.

[147] 参见 Sands, *Principles*, pp. 317 及其以下, 和 Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, 第 10 章。

[148] 参见 Keesing's Record of World Events, pp. 36782 及其以下。(1989).

[149] 见上文,第 10 章,第 541 页。

[150] 参看 Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, p. 503.

[151] OECD Doc. C(74)224, 引述于 Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, Cambridge, 1988, p. 150.

源,导致具有危害人类健康、破坏生物资源与生态系统,其性质是损害或干涉环境优美和
872 环境之其他正当用途的有害影响"。[152] 这一定义实质上被 1979 年的《长程越界空气污染公约》[153] 以及 1982 年国际法协会所通过的适用于跨界污染的蒙特利尔国际法规则所援用。[154] 在这里,需要指出几点。首先,必须导致了实际损害。某种活动可能导致的污染并不包括在内。其次,导致的损害必须具有某种程度的严重性,第三,对环境正当用途之干涉的问题需要进一步调查研究。

习惯国际法上有关大气污染的核心义务确立在"特雷尔冶炼厂"案中[155],其中规定任何国家都没有权利以引致烟雾给或向另一国领土或其上的财产或人类带来损害的方式使用或允许使用其领土,如果情况具有严重后果且损害被明确而可信的证据所证明。[156]

1979 年,在斯堪的那维亚国家的发起和联合国欧洲经济委员会的支持下,《关于长程越界空气污染的日内瓦公约》得以签署。[157] 其污染定义相当宽泛[158],第 1 条(b)款将长程越界空气污染界定为其物质起源完全或部分位于一国国内管辖的区域中,并且对位
873 于另一国管辖范围内的地区产生有害影响的空气污染,而且该区域因距离很远而通常不可能区分是由单个排放源还是排放源群体造成的污染。

但是,该公约下国家承担的义务是适度的。国家"应该努力限制并尽可能逐渐减少和防止空气污染,包括长程越界空气污染"。[159] 它没有涉及这类污染损害所引致的国家

---

[152] 同上 Title A.

[153] 主要区别在于由于公约的关注点不同而以"空气"取代了"环境"。

[154] "空气"一词被"环境"所代替。另见 1974 年《预防陆基来源海洋污染的巴黎公约》第 1 条以及 1976 年《保护地中海避免污染的巴塞罗那公约》第 2 条。国际法协会,在其关于空气跨越国境污染问题的最终报告所附的决议草案中将污染定义为"对大气成分或质量的任何物理的、化学的或生物的改变,直接或间接源于人类作为或不作为,并产生跨越国境的有害或有毒影响",62 I *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1987, p. 266.

[155] 35 AJIL, 1941, p. 716; 9 AD, p. 317.

[156] 同样注意 1963 年通过的《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》。

[157] 参看 A. Rosencranz, "The ECE Convention of 1979 on Long-Range Transboundary Air Pollution", 75 AJIL, 1981, p. 975; L. Tollan, "The Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution", 19 *Journal of World Trade Law*, 1985, p. 615, and A. Kiss, "La Convention sur la Pollution Atmospherique Transfrontiere à Longue Distance", *Revue Juridique de l'Environnement*, 1981, p. 30. 另参见: P. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution*, Oxford, 2000. 一般性参见:www. unece. org/env/lrtap/.

[158] 参看上文,第 871 页。

[159] Article 2.

责任问题。公约规定国家应通过交换情报和磋商来发展政策和策略[160],并交换情报以广泛打击空气污染物的排放。[161] 磋商应根据请求在受到长程越界空气污染的实际影响或置于此类危险的缔约国与重大污染源来自于或可能来自于其国内或其管辖范围的缔约国之间,在早期阶段就这些范围内实施或考虑的活动来进行。[162]

缔约方也承诺发展现存的"欧洲长程空气污染物质排放的监控和评估合作计划"(EMEP),1984 年,通过了一个处理该计划长期财政安排的议定书。该公约的其他议定书也得以通过。1985 年,关于尽快并至迟在 1993 年前至少减少硫化物排放 30% 或其越界扩散的赫尔辛基议定书得以签署,它以 1980 年的水平作为减少量的计算基础。该议定书要求缔约方向公约执行机构做年度报告。[163] 1988 年通过的索非亚议定书关注二氧化氮的排放或其越界传播。根据此议定书,缔约方承诺减少其二氧化氮的国家年度排放量或其越界转移,到 1994 年不使其超过 1987 年的排放量。也规定了协商进一步减少国家年度排放量以及在相关领域内交换技术和情报。1991 年,通过了关于控制挥发性有机化合物排放及其越界扩散的议定书。设定了详细的目标和时间表。但是,该议定书规 874
定至少选择三种方式达到要求,由缔约方在签署时依据挥发性有机化合物排放水平来决定。1994 年,关于进一步减少硫排放的奥斯陆议定书得以通过[164],为缔约国规定了到 2000 年、2005 年以及 2010 年的硫排放量的最高限度,并附随规定了定期向执行机构报告的要求。[165] 它规定设立一个实施委员会以审查议定书的执行以及缔约国对其义务的遵守。[166] 1998 年,通过了另外两个议定书,一个有关持久性有机污染物,另一个有关重金属污染。1999 年的一个议定书计划减少酸化效应、富营养化和地面臭氧。1997 年,设立了一个重整后的实施委员会,根据一个共同程序审查对所有议定书和公约本身的遵行。它考虑不遵守议定书和公约的问题,以寻找一个"建设性解决方法"并向执行机构报告。[167]

---

[160] Article 3. 注意:根据第 6 条,国家承诺发展最好的政策和策略,利用"在经济上具有可行性的现有的最好技术"。

[161] Article 4. 另见 article 8.

[162] Article 5. 另见 article 8(b).

[163] 关于欧盟抑制二氧化硫和一氧化氮排放的义务,参看 Directive 99/30/EC and Sands, Principles, pp. 761 ff.

[164] 参见 33 ILM, 1994, p. 1540.

[165] Article 5.

[166] Article 7.

[167] 参见 Executive Board Decision 1997/2, annex, as amended in 2001, ECE/EB. AIR/75, annex V. 实施委员会可以在缔约方是否遵守义务方面作出决定:例如批评西班牙的第 2002/8 号决定。关于委员会的决议,参看 http://www. unece. org/env/lrtap/conv/report/eb_decis. htm,以及委员会的第九份报告,2006, ECE/EB. AIR/2006/3 and Adds. 1 and 2.

2001 年,《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》得到签署。该公约规定对生产、交易、处理和使用十二种指定的持久性有机污染物加以控制(虽然目前对 DDT 有一个卫生例外)。它有一个将其他此类污染物加入列单的程序和一个临时财政机制,设立全球环境基金(GEF)[168]作为帮助发展中国家的主要机构。[169] 2005 年 5 月,缔约国会议设立了一个附属机构:持久性有机污染物审查委员会[170]以协助公约的实施活动。

875 1986 年,《关于预防陆基来源海洋污染的巴黎公约》的一个议定书[171]将这一协议扩展到了大气层污染物排放。[172] 1982 年《海洋法公约》第 212 条要求各国制定法律和规章以防止、减少和控制来自大气层或通过大气层的海洋环境污染,但是它并没有设定具体标准。[173]

臭氧损耗与全球变暖[174]

全球变暖问题以及对未来几十年地球气温将升高的预测一直都特别关注于矿物燃料的消费和森林采伐这些问题上。此外,同温层臭氧层的消耗具有使过量紫外线辐射穿入到达地球表面的作用,这是一个重要的关切源头。臭氧层法律描述是一个重要的问

---

[168] 全球环境基金本身于 1991 年设立以协助资助发展中国家保护全球环境的项目。特别地,该基金支持有关生物多样性、气候变化、国际水域、土地退化、臭氧层和持久性有机污染物的项目:参见 www. gefweb. org/interior. aspx? id = 50。另见 2003 年《全球环境基金第二届大会北京宣言》,44 ILM, 2005, p. 1004。

[169] 参见公约网址 http://www. pops. int/.

[170] www. pops. int/documents/meetings/poprc/meeting docs/reports/report E. pdf.

[171] 见下文,第 898 页。

[172] 同样注意:1987 年保护北海第二次国际会议敦促各国批准该议定书:27 ILM, 1988, p. 835;1990 年北海各国同意在现有技术允许的前提下于 1999 年实现将向大气排放的有害物质减少 50% 或以上:IMO Doc. MEPC 29/INE26.

[173] 1991 年加拿大—美国空气质量协议要求两国的二氧化硫和一氧化氮的排放量减少到 2000 年商定的水平。同时规定了连续排放监视机制对遵守义务的监督。

[174] 参看 *International Law and Global Climate Change* (eds. R. Churchill and D. Freestone), Dordrecht, 1991; *Implementing the Climate Regime. International Compliance* (eds. O. S. Stokke, J. Hovi and G. U fstein), London, 2005; P. Lawrence, "International Legal Regulation for Protection of the Ozone Layer: Some Problems of Implementation", 2 *Journal of Environmental Law*, 1990, p. 17; T. Stoel, "Fluorocarbon: Mobilising Concern and Action" in *Environmental Protection, The International Dimension* (eds. D. A. Kay and H. K. Jacobson), 1983, p. 45; Engelmann, "A Look at Some Issues Before an Ozone Convention", 8 *Environmental Policy and Law*, 1982, p. 49; Heimsoeth, "The Protection of the Ozone Layer", 10 *Environmental Policy and Law*, 1983, p. 34, and Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, p. 516. See also www. unep. org/ozone/indexen. shtml.

题。1985 年《保护臭氧层的维也纳公约》第 1(1)条将这一区域定义为"行星边界层以上的大气臭氧层"。那么这一区域,尤其在由臭氧损耗和气候变化所引起的全球性挑战的背景里,似乎构成一个具有其自身特性的独特单位,而无所谓国家主权或共享资源的主张。例如,联合国大会第 43/53 号决议指出全球气候变化是"人类共同的关切"。[175] 无 876
论这一区域的确切法律地位如何,重要的是增长中的一个共识,即它所引起的挑战的程度只能在真正的国际或全球性的基础上得以解决。

作为处理臭氧消耗问题的第一个重要努力,《维也纳保护臭氧层公约》于 1985 年通过,三年之后开始生效。这是一个框架公约,规定了通过制定议定书确定有关生产氟利昂(CFCs),即导致臭氧层损坏的媒介之具体标准的制度结构。根据这一公约,缔约方同意采取适当措施保护人类健康和环境免受来自于或可能来自于可改变或可能改变臭氧层的人类活动的有害影响。[176] 缔约方也同意进行合作以收集相关资料并制订协议措施,同意采取适当的立法和行政措施以控制,限制,减少或预防其管辖或控制范围下的人类活动,"如果发现这些活动具有或可能具有导致改变或可能改变臭氧层的有害影响"。[177] 它还设立了一个秘书处和争议解决机制。[178] 但是,总体来看,该公约仅仅是一个在其中可以采取进一步行动的框架。

1987 年,《关于损耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》得以通过,它呼吁阶段性减少氟利昂并冻结使用含溴氟烃(哈龙)。[179] 该议定书的控制措施建立在对"受控物质"[180]的 877
生产管理之上,方法是通过将其消耗水平冻结于 1986 年的水平[181],并跟着逐渐减少,从而到 1998 年中期,该消耗水平与 1986 年的数字相比减少 20%。自 1998 年中期往后,消

---

[175] 另见 Noordwijk Declaration of the Conference on Atmospheric Pollution and Climate Change, 1989. 参看 C. A. Fleischer, "The International Concern for the Environment." The Concept of Common Heritage in Bothe, *Trends in Environmental Law and Policy*, p. 321.

[176] Article 2(1). 第 1 条(2)款定义了"有害影响",它指"自然环境或生物区的变化,包括对人类健康或自然的和受管理的生态系统的成分、恢复力和生产力或对人类有益的原料具有重大有害影响的气候变化"。

[177] Article 2.

[178] Articles 7 and 11,另见联合国环境规划署,*Handbook for the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer*, 7th edn, Nairobi, 2006.

[179] 参看 26 ILM, 1987, p. 1541 and 28 ILM, 1989, p. 1301. 另见 R. Benedick, *Ozone Diplomacy*, Cambridge, MA, 1991, and A. C. Aman, "The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer: Providing Prospective Remedial Relief for Potential Damage to the Environmental Commons" in Francioni and Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm*, p. 185。另见联合国环境规划署,*Handbook for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, 7th edn, Nairobi, 2006.

[180] 即附件 A 中所列的损耗臭氧物质。

[181] 它被界定为由受控的生产加上进口减去出口构成:见第 1 条(5)(6)款和第 3 条。

耗水平应减少到1986年水平的50%。[182] 但是,这种安排后来被认为不够充分,于是在1989年,公约和议定书缔约方通过了《关于保护臭氧层的赫尔辛基宣言》,同意尽快逐渐停止议定书所控制的氟利昂的生产和消费,但不迟于2000年;以及逐步淘汰哈龙,并尽可能控制和减少严重导致臭氧损耗的其他物质。蒙特利尔议定书下设立了一个实施委员会和一个不遵从程序,据此一个质疑另一缔约方对公约义务之履行的缔约方可以书面向秘书处提出其所关注的问题。秘书处与被申诉方将审议该申诉,之后该事项将被移交给实施委员会,它将争取达到一个友好解决并向各方会议提出报告,后者可以采取进一步措施确保遵行议定书。

1990年6月,议定书缔约方对议定书作出了一系列调整和修订[183],最主要的几个是1992年的消费和生产水平不可超越1986年的水平,而1995年的水平不能超过1986年的50%,另有10%的满足基本国内需求的例外;1997年的水平不能超过15%,另允许10%的例外,而2000年的水平不能超过0%,允许15%例外。同时还对哈龙的消费和生产设置了大致相当的目标。1990年的修订明确提到考虑发展中国家发展之需的要求以
878 及替代科技转移的需要并设立了一个多边基金。1992年在哥本哈根作出了进一步调整[184],对逐步淘汰各类物质的时间表做了更改,列出了新的受控物质,并采取了新的报告要求。实施委员会被加以扩大,多边基金被长期采用。[185]

有关全球变暖现象的行动则缓慢很多。联大决议34/53(1988)号和44/207(1989)号承认气候变化是人类共同关切的事项,并决定采取必要而及时的行动处理这一问题。大会还呼吁召开世界气候变化大会,联合国环境规划署1989年5月25日的关于全球气候变化的理事会决议也如此呼吁。此外,有24国签署的1989年海牙环境宣言号召设立一个联合国下的公共机构来与进一步的全球变暖作斗争,还呼吁商谈制定必要的法律文件。联合国《气候变化框架公约》于1992年得以通过。[186]

---

[182] 但是有两个例外,首先是为了"缔约国之间的工业合理化"以及涉及某些发展中国家:见第5条。

[183] 参见30 ILM, 1991, p. 537.

[184] 参见32 ILM, 1993, p. 874. 1997年于蒙特利尔以及1999年于北京又进行了进一步的调整,扩大了所涵盖的物质:http://www, unep. ch/ozone/treaties. shtml,另见 Montreal Adjustment on the Production and Consumption of HCFCs 2007。

[185] 另见欧委会1991年3月4日 Regulation 91/594,规定1997年6月30日之后应不再生产氟利昂,除非欧委会决议此种生产不可缺少。

[186] 31 ILM, 1992, p. 849. 参看 J. Werksman, "Designing a Compliance System for the UN Framework Convention on Climate Change" in *Improving Compliance with International Environmental Agreements* (eds. J. Cameron, J. Werksman, P. Rodinck et al.), London, 1996, p. 85. See also Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, p. 523. 另见 http://unfccc. int/.

该公约的目标是将大气中温室气体的浓度稳定在防止气候系统受到人为干扰危险的水平之上。这一水平应当在足以使生态系统能够自然地适应气候变化、确保粮食生产免受威胁并使经济发展能够可持续进行的时间范围内实现。[187] 缔约国承允，除其他外，编制、定期更新、公布关于蒙特利尔议定书未予管制的所有温室气体的各种来源的人为排放和各种汇[188]的清除的国家清单；制订、执行和经常地更新国家的以及在适当情况下区域的计划以及便利充分地适应气候变化的措施；促进和合作发展、应用和传播各种用 879
来控制、减少或防止温室气体的人为排放的技术、做法和过程；促进可持续地管理和加强蒙特利尔议定书未予管制的所有温室气体的汇和库；在它们有关的社会、经济和环境政策及行动中，在可行的范围内将气候变化考虑进去；促进气候变化领域的研究并进行合作、情报交换和教育。[189] 附件一所列的发达国家缔约方和其他缔约方[190]，承诺率先改变人为排放的长期趋势并应制定国家政策和采取相应的措施，通过限制其人为的温室气体排放以及保护和增强其温室气体库和汇，减缓气候变化。[191] 附件一中的发达国家和其他缔约方在公约对其生效后六个月内，并在其后定期地提供详细信息，目的在于使人为排放回复到1990年的水平。这些信息将由缔约方会议定期地加以审评。[192] 此外，发达国家和附件二中的其他发达缔约国[193]应向发展中国家缔约方提供财政资源以使它们能够满足公约下的义务并总体上帮助它们应对气候变化的不利影响。缔约方同意充分考虑协助诸如小岛屿国家、有低洼沿海地区的国家、易遭自然灾害的国家、干旱和半干旱国家以及内陆国和过境国等发展中国家的必要行动。[194]

缔约方会议被确立为公约的最高机构，除其他外，其职能包括审议公约实施情况，定期审查缔约方义务和所设立的机构安排，促进情报交换，应两个或更多的缔约方的要求，便利为应付气候变化而采取的措施加以协调，促进和指导发展用来编制各清单的可比方 880
法，评估各缔约方履行公约的情况，审议并通过关于公约履行情况的定期报告，就任何事项作出为履行公约所必需的建议。[195] 此外，公约规定设立一个秘书处，以及一个附属科

---

[187] Article 2.

[188] 被定义为从大气中消除一种温室气体、浮质或温室气体的前体的任何方法、活动或机制，第1条(8)款。

[189] Article 4(1).

[190] 例如，前东欧苏联各共和国，如白俄罗斯、乌克兰和波罗的海国家。

[191] Article 4(2)a.

[192] Article 4(2)b.

[193] 主要是欧盟国家、美国、澳大利亚、加拿大、新西兰、冰岛、日本、瑞士和土耳其。

[194] Article 4(8).

[195] Article 7.

技咨询机构和一个附属执行机构。[196] 公约整体上是一个复杂的文件，其达成的承诺范围，尤其是发达国家缔约方的义务，并不是完全清晰的。

公约于1994年生效，次年第一届大会在柏林召开。[197] 会议同意发达国家缔约方关于在2000年前将排放水平降低到1990年水平的承诺并不充足并开始准备在1997年前再起草一个法律文件。会议也同意不给发展中国家设定新的义务，而是协助实施已有的义务。缔约方决定发起一个共同实施计划的试验阶段，为缔约方提供在另一缔约方进行减少温室气体排放的投资机会。此外，它还决定在波恩设立一个常设秘书机构和两个附属咨询机构。

1997年的京都议定书[198]为发达国家缔约方设定了单独的、有法律拘束力的减少或限制其温室气体排放的目标，在2008年至2012年的"承诺期"内这些气体的全部排放量比在1990年水平的基础上减少至少5%。发展中国家仅有义务达到现存的承诺。1990年开始的具有抵消温室气体的某些活动，例如护林计划（即所谓"碳汇"），可以与排放目标相抵消。该议定书也允许缔约国聚合它们的排放量，例如，如果它们愿意，可允许欧盟成员国进行合并计算，以使较不发达的成员国根据其他成员国的情况增加其排放量。此外，国家可以因为支持在其他发展中国家的减排项目（"共同实施"）和某些情况下发展中国家的项目（"清洁发展机制"）而获得减让，并且还规定了排放许可转让的可能，借此
881 某些国家可以购买其他国家未使用的排放配额（"排放转让"）。[199]

缔约方会议定期召开以审议公约和议定书。它有两个附属机构，一个有关科技咨询，一个有关实施问题。公约的财政机制由世界银行、联合国环境规划署和联合国发展规划署于1991年设立的全球环境基金运作，由世界气象组织和联合国环境规划署所设立的政府间气候变化专门委员会提供咨询。[200] 附件一中的国家（主要是发达国家）必须向秘书处提供关于温室气体排放的年度清单报告，接受深入的技术审查。[201] 对发展中国家有较弱的报告要求。对京都议定书（由2001年马拉喀什协议所修订）缔约方，还有

---

[196] Articles 8—10.

[197] 参见 34 ILM, 1995, p. 1671.

[198] 公约于2005年2月16日生效。参见 D. Freestone and C. Streck, *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work*, Oxford, 2005。

[199] 更多进展来自1998年于布宜诺斯艾利斯、2001年于波恩以及2001年于马拉喀什的会议：http://unfccc.int/issues/mechanisms.html.

[200] 参见 http://www, ipcc.ch/.

[201] 对京都议定书缔约方的要求则更为严格。

一个具有促进和实施部门职能的促进遵守的委员会。[202]

外层空间[203]

1967 年《外层空间条约》规定探索和利用外层空间应为所有国家谋福利和利益。[204] 应避免使空间或天体遭受有害的污染，以及引入地球以外的物质使地球环境发生不利的变化。[205] 不在绕地球轨道放置任何核武器或任何其他大规模毁灭性武器，不在月球和其他天体放置此类武器或将其部署于外层空间，月球和其他天体仅绝对用于和平目的。[206] 1979 年《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》规定，月球及其资源是“人 882
类的共同遗产”，应绝对用于和平目的。[207] 第 7 条规定在探索和利用月球时，缔约国应采取措施，防止月球环境的现有平衡遭到破坏，不论这种破坏是由于在月球环境中导致不利变化，还是由于引入环境外物质使其环境受到有害污染，或由于其他方式而产生。

尤其是，外层空间中的碎片问题正不断恶化。这种碎片，由太空中数以百万计的各种大小的物体所组成[208]，构成对航天器的一个重大危险。虽然由发射到空间的物体导致的损害的责任是绝对的[209]，空间碎片的特定问题则由国际法协会在其 1994 年会议上通过的关于保护环境免受空间碎片损害的布宜诺斯艾利斯国际文件加以讨论。[210] 这一草案强调了进行合作以防止损害环境，促进防止、减少和控制空间碎片的科技的发展和交流和信息流通和交换的义务，以及当有理由相信一些活动会产生可能对环境或人员或

---

[202] 注意 2007 年《政府间气候变化专业委员会第四次评估报告》，分析了人类引致的气候变化的危险。该报告经各国政府一致同意而认可：参见 www. ipcc. ch。

[203] 参看上文，第 10 章，第 541 页。另见 Birnie and Boyle, *International Law and the Enviroment*, p. 534 和 Sands, *Principles*, pp. 382 及其以下。

[204] Article 1.

[205] Article 9.

[206] Article 4. 另见联大通过的第 47/68 号决议(1992)，在外空使用核动力源相关原则。其中规定了放射性保护和安全的目标。

[207] 参见 articles III and XI.

[208] 这样的碎片可能是由太空船、废弃人造卫星、轨道爆炸和人造卫星破碎或太空发射及其他正常演习过程中的部件脱落所引发的污染产生的。参看 L. Roberts, “Addressing the Problem of Orbital Space Debris: Combining International Regulatory and Liability Regimes”, 15 *Boston College International and Comparative Law Review*, 1992, p. 53. 另见: S. Gorove, “Towards a Clarification of the Term “Space Objects”—An International Legal and Policy Imperative”, 21 *Journal of Space Law*, 1993, p. 10.

[209] 参看 Hurwitz, *Space Liability for Outer Space Activities*, Dordrecht, 1992, 并参看上文第 10 章，第 546 页。

[210] Report of the Sixty-Sixth Conference, Buenos Aires, 1994, pp. 317 ff. 当然，这不是一个具有拘束力的条约，而是一个具有影响力的私人组织提出的草案。

物体造成损害或巨大危险的空间碎片时进行磋商的义务。草案所宣示的原则是，发射或促使发射空间物体的该文件的每个国家或国际组织缔约方对由任何这种物体所造成的
883 空间碎片而产生的对该文件另一方的损害负有国际责任。[211]

国际水道[212]

国际水道是位于超过一个国家的地表水系和地下水系。[213] 这种水道构成一个单一整体而且通常流入一个共同的终点。虽然历史上对于水道系统所涵盖的范围一直存在争议，尤其是关于它是否包括整个河床和相关的支流和地下水系，最近几年所采用的方法是一个比较宽泛的定义。习惯国际法已发展出关于国际河流的平等的沿岸国权
884 利[214]，但是这些规则不是扩张性的。[215] 作为一个国际法学者的私人组织，国际法协会

---

[211] 草案第 8 条。

[212] 参看 Sands, *Principles*, chapter 10, and Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, chapter 6. See also S. McCaffrey, *The Law of InternationalWatercourses*, 2nd edn, Oxford, 2007; O. McIntyre, *Environmental Protection of International Watercourses in International Law*, Aldershot, 2007; A. Rieu-Clarke, *A Fresh Approach to International Law in the Field of Sustainable Development: Lessons from the Law of International Watercourses*, London, 2007; R. Baxter, *The Law of International Waterways*, Cambridge, MA, 1964; C. Bourne, "International Law and Pollution of International Rivers and Lakes", 21 *University of Toronto Law Journal*, 1971, p. 193; F. Florio, "Water Pollution and Related Principles of International Law", 17 Canadian YIL, 1979, p. 134; J. Lammers, *Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles*, The Hague, 1984; S. McCaffrey, "The Law of InternationalWatercourses: Some Recent Developments and Unanswered Questions", 17 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1989, p. 505; J. G. Polakiewicz, "La Responsabilite de l'Etat en Matiere de Pollution des Eaux Fluviales ou Souterraines Internationales", *Journal de Droit International*, 1991, p. 283; H. Ruiz Fabri, "Regles Coutumieres Generales et Droit International Fluvial", AFDI, 1990, p. 818; J. Sette-Camara, "Pollution of International Rivers", 186 HR, 1984, p. 117, and P. Wouters, "The Legal Response to Water Conflicts: The UN Watercourses Convention and Beyond", 42 German YIL, 1999, p. 293.

[213] 例如，1992 年《联合国保护和利用跨界水道和国际湖泊公约》第 1 条(1)款以及 1997 年《国际水道非航行使用法公约》第 2 条。另见国际法委员会第 46 届会议报告，1994，p. 197.

[214] 参看 *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the Oder* case, PCIJ, Series A, No. 23, p. 27; 5 AD, p. 83. 常设法院指出，"在一条可航河流上的利益共同体成为共同法律权利的基础，该项权利的基本特点在于所有沿岸国在利用河流全程方面的完全平等并且排斥任何由某一沿岸国享有的优先特权"。这在 *Auditing of Accounts between the Netherlands and France* 案中得以重申，arbitral award of 12 March 2004, para. 97。国际法院认为，"国际法的现代发展已经强化了非航行使用国际水道的这一原则"，The *Gabccikovo-Nagymaros Project* case, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 56, 116 ILR, p. 1.

[215] 参见 *Lac Lanoux* case, 24 ILR, p. 101. 例如，法庭认为，当提议改变河流体系的沿岸国已经考虑到各沿岸国的利益时，没有规定排除未在利害相关国之间事先达成协议而利用国际水道的权力，同上，p. 130.

在1966年提议了《关于使用国际河流水域的赫尔辛基规则》[216]，其中指出每个流域国家均享有河水有益用途的合理和公正的份额，而且所有国家都有义务防止新型的可能给其他流域国家的领土带来严重损害的河水污染。[217]

1992年，在联合国欧洲经济委员会的框架内，《保护与使用越境水道和国际湖泊公约》在赫尔辛基通过。[218] 根据这个公约，所有缔约方必须采取所有适当措施以防止，控制和减少任何由于人类活动引起越境水道状况变化而对环境产生的严重不利影响。这种对环境的有害影响包括对人类健康和安全、植物群、动物群、土壤、空气、水、气候、地形的影响以及对文化遗产的影响。[219] 在采取这些措施的时候，国家应受到预防原则的指导[220]，以及污染者付费原则的指导，即污染防止、控制和减少措施的成本应由污染者承担。[221] 每个缔约方承诺依据最好的可用科技[222]为从点来源向地表水排放设定排放限制，以及在适当的时候，为防止、控制和减少越境影响的目的而界定水质目标并采用水质标准。[223] 例如，欲采取的措施必须确保利用低损耗或无损耗的科技；废水排放的事先许可；对城市废水适用生物或类似过程；利用环境影响评估和可持续水资源管理等。[224]

公约还号召缔约方设立监控计划，在研究和发展项目上进行合作并尽早互换有关情 885
报。[225] 沿岸国应达成双边或多变协议或安排以便协调它们的行动，并在任何一个沿岸国的请求下进行共同磋商。[226] 第7条规定，缔约方“应支持适当的国际努力，以在责任和赔偿方面制定规则、标准和程序”。

1997年《国际水道非航行使用法公约》规定，水道国应在各自领土内“公平合理地”

---

[216] Report of the Fifty-second Conference, 1966, p. 484.

[217] 另见 the Rules on Water Pollution in an International Drainage Basin adopted by the ILA in 1982, Report of the Sixtieth Conference, 1982, p. 535, and the Rules on International Groundwaters adopted in 1986, Report of the Sixty-second Conference, 1986. 另见国际法研究院的工作 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1979, p. 193.

[218] 另见2003年《关于工业事故跨界影响造成损害的民事责任和赔偿议定书》。

[219] Articles 1 (2) and 2(1).

[220] 见上文，第867页。

[221] 见上文，第870页。

[222] 在附件一中被加以界定。

[223] 参见 Annex III.

[224] Article 3.

[225] Articles 4—6 and 11—13. 关于通知危急情形和相互援助的规定出现在第14、15条。

[226] Articles 9 and 10.

利用国际水道。尤其是,最佳利用必须与充分保护该水道相一致。[227] 与公平合理利用有关的因素除了自然性质的物质因素以及有关水道国的社会和经济需要之外,还包括"水道水资源的养护、保护、开发和节约使用以及为此而采取的措施的费用"。[228] 第7条规定水道国应采取一切适当措施,防止对其他水道国造成重大损害。如果这种损害已经造成,应进行协商以消除或减轻这种损害,并在适当的情况下,讨论补偿的问题。第9条和第11条规定了定期交换数据和情报,而各水道国应就计划采取的措施对国际水道状况可能产生的影响交换资料和互相协商。一个水道国在执行或允许执行可能对其他水道国产生重大不利影响的计划措施之前,应及时向其他水道国发出通知并提供技术数据和资料,以便其评价计划采取的措施可能造成的影响。[229] 除另有协议外,被通知国有六个月的期限进行此种研究和评价,期间可进行数据和资料交换且未经被通知国同意,计
886 划采取的措施应不予执行。如果没有收到通知的答复,通知国可着手执行计划采取的措施。如果收到了答复,各国应进行协商和谈判,以期达成公平地解决这种情况的办法。[230] 如果一个水道国有合理根据认为另一个水道国正在计划采取可能对它造成重大不利影响的措施,它自身就可以启用前述程序。[231]

第20条规定水道国应保护和保全国际水道的生态系统[232],并行动起来预防、减少和控制可能对其他水道国或其环境造成重大损害的国际水道的污染。[233] 水道国应采取一切必要措施,防止把可能对水道生态系统有不利影响从而对其他水道国造成重大损害的外来或新的物种引进国际水道。[234]

因此很清楚,国际社会就保护国际水道环境的需要正在达成协议。[235] 发展中的国际环境规则如何与更为传统的国际法原则相联系是国际法院在"加布奇科沃—大毛罗斯

---

[227] Article 5. 该条款被国际法院在1997年"加布奇科沃—大毛罗斯项目"案件中明确引述,ICJ Reports, 1997, pp. 7, 80; 116 ILR, p. 1. 另见第8条,该条强调水道国家应当合作以便达到对国际水道的最佳利用和充分保护。

[228] Article 6.

[229] Article 12.

[230] Articles 11—17.

[231] Article 18. 第19条规定在实施计划中的措施的最为紧急的情形下的快速程序。

[232] 另见关于保护和保有海洋环境的必要措施的第23条。

[233] 这里污染被定义为"人的行为直接或间接引起国际水道的水在成分或质量上的任何有害变化",第21条(1)款。

[234] Article 22.

[235] 注意在国际水道方面存在各种区域和双边协定和安排:例如,有关国际莱茵河委员会的协定,关于美国—加拿大国际联合委员会的协定以及关于赞比西河体系和尼日尔河流域的规定,参见 Sands, Principles, pp. 354 及其以下,以及 Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, pp. 323 及其以下。

项目"案中面临的问题之一。[236] 匈牙利与捷克斯洛伐克于 1977 年签订条约,据此要在两国间的多瑙河上建造一个拦河系统,一个大坝,一个水库,水电站以及一条通过水闸系统将多瑙河从其原来水道转流的 25 公里长的运河。匈牙利不断增长的环境关切发展出了一个争端。1989 年匈牙利中断了项目工作,而捷克斯洛伐克(现捷克和斯洛伐克联邦共和国)从 1991 年起继续进行着一个"临时解决方法",其中包括在捷克斯洛伐克领土 887
的某个地点用水坝阻流多瑙河。1992 年,匈牙利宣布终止 1977 年条约及有关文件。最后,该案经由匈牙利与斯洛伐克(就该项目而言,前捷克和斯洛伐克联邦共和国的继承者)1993 年的一个特别协议而提交到了国际法院。该案本质上围绕着该条约与后来的环境关切之间的关系。法院强调指出新近发展出来的环境法律规则与该条约的实施相关[237],而"对环境脆弱性的意识以及对环境风险应在连续的基础上加以评估的认知,已在条约缔结以来变得愈加强烈了"。[238] 但是,法院认定该条约仍然有效,匈牙利无权终止它。[239]

极端危险活动[240]

有人认为极端危险活动构成国际环境法领域里的一个独特类别,而且严格或绝对责任原则适用其中。当然,对于行为构成此类活动的定义尚不清晰,但是这一特性描述可以围绕着任何损害可能产生的严重后果,而不在于有关活动出现的污染可能性。因此,焦点在于重大或异常的严重的越境损害危险。[241] 似乎,将某种活动划归极端危险活动的效果就是接受严格责任原则而不是被普遍作为污染问题一般规则的适当谨慎标 888

---

[236] ICJ Reports, 1997, p. 7; 116 ILR, p. 1.

[237] ICJ Reports, 1997, p. 67.

[238] 同上, p. 68.

[239] 同上, pp. 76 and 82. 2003 年 3 月,宣布建立水合作设施以斡旋两国之间因为共用同一河流引起的争端:参看 http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/2872427.stm。

[240] 参看 Sands, *Principles*, chapter 12, and Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, chapters 8 and 9. See also D. A. Bagwell, "Hazardous and Noxious Substances", 62 *Tulane Law Review*, 1988, p. 433; L. F. Goldie, "Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in Terms of Relative Exposure to Risk", 16 Netherlands YIL, 1985, p. 247; Barboza, "International Liability", pp. 331 及其以下; W. Jenks, "The Scope and Nature of Ultra-Hazardous Liability in International Law", 117 HR, 1966, p. 99; Handl, "State Liability", pp. 553 ff., and R. J. Dupuy, *La Responsabilite des États pour les Dommages d'Origine Technologique et Industrielle*, Paris, 1976, pp. 206—9.

[241] Handl, "State Liability", p. 554.

准。[242] 也就是说,活动发生在其领土或管辖范围之内的国家将负有责任,而无论是否有过错。一般原则的这一例外是一种将举证责任和损失明确地从受害者转移给国家的方法。它也可以作为国家在异常的潜在损害方面采取行动的一种更大诱因。

在决定哪些领域的活动可被划归为极端危险活动时,应运用一些谨慎态度。作为一个一般规则,核活动无疑属于这一类,但是除此之外,似乎就没有定论了。1972 年《空间物体造成损害的国际责任公约》明确规定发射国对其空间实体在地球表面造成损害,应负有绝对的赔偿责任[243],但这只是这类中唯一的明确例子。

核活动[244]

核技术的利用在带来了好处的同时也带来了危险,1986 年的切尔诺贝利核反应堆事故使国际舆论认识到核灾祸的灾难性后果。[245] 这一领域的关切点至今凝聚于核武器问题。1963 年,《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》得以签署。[246] 但是,法国和中国未能成为这一条约的缔约方,并继续进行大气核试验。澳大利亚和新西兰要求国际法院宣告法国的大气核试验违反国际法,但是法院判决该案件的依据是,
889 法国的一个嗣后关于终止此类试验的决定具有拘束力,因此对这个问题未加讨论。[247] 为应对法国 1995 年在南太平洋恢复的核试验,虽然这次是在地下而不是在大气层中,新西兰请求国际法院根据 1974 年判决审议该情况,并宣布法国可能将放射性物质引入海洋环境以及没有进行环境影响评价的行为不合法。虽然法院提到了"国家尊重和保护自然环境的义务",但它宣布该请求须予驳回,因为它不适合 1974 年判决中关于重新审议情况的相关段落,因为后一判决仅关系到大气层试验。[248] 1968 年核不扩散条约采纳了

---

[242] 见上文,第 853 页。

[243] 见上文,第 546 页。

[244] 例如,参看 Sands, *Chernobyl: Law and Communication*; Boyle, "Nuclear Energy" and "Chernobyl"; J. C. Woodliffe, "Tackling Transboundary Environmental Hazards in Cases of Emergency: The Emerging Legal Framework" in *Current Issues in European and International Law* (eds. R. White and B. Smythe), London, 1990, and Woodliffe, "Chernobyl: Four Years On", 39 ICLQ, 1990, p. 461.

[245] 参见 Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, pp. 1—2,另见 IAEA, *Summary Report on the Post Accident Review Meeting on the Chernobyl Accident*, Vienna, 1986.

[246] 另见 1971 年《禁止在海底放置核武器和其他大规模破坏性武器条约》;1967 年《拉丁美洲禁止核武器条约》以及 1985 年《南太平洋无核区条约》。

[247] 参见核试验案, ICJ Reports, 1974, p. 253; 57 ILR, p. 398.

[248] 要求法院依照 1974 年核试验案的判决第 63 段审议情况,ICJ Reports, 1995, pp. 288, 305—6; 106 ILR, pp. 1, 27—8。

防止核武器扩散的措施，虽然拥有核武器本身并不违反国际法。[249]

各种国际组织现在都在某种程度上参与了有关核活动和环境保护的规则和原则的发展过程。举一个主要的例子来说，国际原子能机构建立于1956年，以鼓励核能源的发展，但是，尤其是自从切尔诺贝利事故以来，它更强调在核安全方面的作用。例如，1986年《核事故或辐射紧急援助公约》给予它一种协调职能以及根据请求提供适当资源的义务。[250] 国际原子能机构确立了一系列标准和准则，例如在设计方面的标准包括核电厂的建设和运作，尽管这些标准并没有法律效力。[251] 其他国际组织在核活动领域也发挥了一定作用。[252] 890

提供信息

似乎已经存在一项一般原则，要求在某些情况下提供信息，[253] 并且有几个双边协议也在核事故的情况下规定了这一要求。[254] 总体上，这些协议规定每个国家应毫无迟延地通知另一国家任何产生于民用核活动的紧急情况以及任何其他可能对第二个国家产生辐射结果的事故。并设立起情报互换制度和通知中心。但是，这种协议不包括互换军事情报。[255]

紧随切尔诺贝利核事故以及苏联未能提供直接信息之后，1986年《关于及早通报核事故的维也纳公约》在国际原子能机构的主持下得以迅速通过。它规定在发生核事故的情况下，有关国家应"立即直接或通过国际原子能机构……将该核事故及其性质、发生时间和在适当情况下确切地点通知……那些实际受影响或可能会实际受影响的国家和机构"。此外，还应迅速地向这些国家提供有关尽量减少对那些国家的辐射后果的情报。[256] 各国应迅速地响应受影响的缔约国关于谋求提供进一步情报和进行协商的

---

[249] 参看 M. N. Shaw, "Nuclear Weapons and International Law" in *Nuclear Weapons and International Law* (ed. I. Pogany), London, 1987, p. 1，另见下文第21章，第1187页。

[250] 参见下文，第891页。

[251] 但是注意：根据1958年日内瓦公海公约，国家须考虑国际原子能机构在防止倾倒核废物污染海洋方面的标准。

[252] 例如欧洲原子能共同体（建立于1957年），经济合作与发展组织的核能机构（建立于1957年）和国际劳工组织，另见 Boyle, "Nuclear Energy" pp. 266—8。

[253] 见上文，第865页。另见斯德哥尔摩宣言的原则二十和里约宣言的原则九。

[254] 法国与比利时于1966年签订了第一份协议，关于 Ardennes 核电站。其他例子包括1978年瑞士—联邦德国协议和1983年法国—英国协议。后者经英国核设施监察员和法国类似机关之间签订的正式协定补充，事关在安全事项上进行持续的情报交换。

[255] 参见 Woodliffe, "Tackling Transboundary Environmental Hazards", at pp. 117—20.

[256] Article 2，另见 article 5.

请求。[257]

还应该指出，虽然该公约不适用于军事核事故，但是五个核武国家都发表自愿适用声明，表示它们将适用该公约于所有核事故，包括该协议中没有指出的那些事故。[258]

自从该公约通过以来，各种双边协议得以签订，它们比从前签订的那些更为宽泛，而
891 且在有些情况下超出了《通报公约》的规定。例如，英国与挪威、荷兰以及丹麦在1987到1988年间签订的各协议规定，如果通知国领土上存在可能具有越境辐射安全意义的效果的事故或活动，以及此外，当记录到不正常的、不是由通知国领土上的设施或活动释放产生的辐射水平时，它就有通知另一方的义务。另外还包括大量关于情报交换的条款。[259]

提供协助[260]

最早规定在辐射事故的情况下提供协助的条约是1963年的《北欧互助协定》。这一协定涉及一般性的协助、国际原子能机构的咨询和协调作用、财政问题、赔偿责任以及特权与豁免。联合国在1972年设立了联合国救灾协调处(UNDRO)[261]，它为灾前规划提供协助。1977年，国际原子能机构与联合国救灾协调处达成协议以协调它们在核事故领域的协助活动，并于1984年出版了一系列准则[262]，制定了国家间合作的机制，包括成本问题、赔偿责任、特权与豁免。

1986年，切尔诺贝利事故之后，《核事故或辐射紧急援助维也纳公约》与通报公约同时得以通过。这个公约规定若一缔约国在发生核事故或辐射紧急情况时需要援助，它可
892 以直接或通过国际原子能机构向任何其他缔约国请求这种援助。[263] 不论这种事故或紧急情况是否起始于其领土、管辖或控制范围内，都应予适用。请求援助(这可能包括医疗协助或帮助暂时安置难民[264])的国家应详细说明所需援助的范围和种类以及其他必要

---

[257] Article 6.

[258] 参见25 ILM中的约文，1986，p.1394.

[259] 参看Woodliffe，"Chernobyl"，p.464. 参见欧共体理事会1987年12越的87/600号指令，规定发生放射性突发情况下的早期情报交换。另见1990年欧共体环境信息指令，规定获取环境信息的权利；1992年《保护大西洋东北部海洋环境公约》第9条以及1993年《对环境构成危险的活动致损害民事责任公约》第三章。

[260] 参看A. O. Adede，*The IAEA Notification and Assistance Conventions in Case of a Nuclear Accident: Landmarks in the History of Multilateral Treaty-Making*，London，1987.

[261] 联大第2816(XXVI)号决议规定了救灾协调员。参见Sands，*Chernobyl: Law and Communication*，p.45.

[262] Guidelines for Mutual Emergency Assistance Arrangements in Connection with a Nuclear Accident or Radiological Emergency，Sands，*Chernobyl: Law and Communication*，p.199.

[263] Article 2(1).

[264] Article 2 (5).

的情报。[265] 国际原子能机构必须通过提供用于此目的的适当资源以及迅即向其他拥有此必要资源的国家和国际组织传递援助请求来回应援助请求。此外,在寻求援助的国家的请求下,国际原子能机构将在国际层面协调援助。国际原子能机构还被要求向各缔约国收集和传播有关可以动用的专家、设备和物资的情报,以及关于此类情况应急的方法、技术和可供使用的研究成果。[266] 该机构可以提供的援助的一般范围也被较详细地列了出来。[267]

总体看来,援助公约试图均衡关于请求国主权[268]、援助国的合法权利[269]以及国际社会向受影响国提供迅速援助的利益。至于是否达到了这个均衡则仍然可以讨论。[270]

核安全

1994 年,国际原子能机构通过了《核安全公约》。它强调核安全责任在于对核设施具有管辖权的国家[271],并责成缔约国采取立法和行政措施[272]来通过一个监管机构[273]来落实公约义务,并向所有缔约方的定期审议会议提交报告。[274] 公约规定对核设施实行 893
许可证制度[275],并且核设施安全的首要责任由核设施运营者承担。[276] 公约列举了很多安全考虑,但是它们对缔约方不构成约束性义务。[277]

民事责任[278]

除了国家对讨论中的活动的责任或赔偿责任问题以外,个人受害者可以采取的程序

---

[265] Article 2 (2).

[266] Article 5.

[267] 同上。

[268] 根据第 3 条(a)款,"除非另外协商,请求国对其领土内的救助具有全面的指挥、控制、协调和监督权"。

[269] 根据第 7 条,援助国有权,除非其提供的援助没有产生费用,立即获得其产生的所有费用的偿还,并且根据第 10 条(2)款,除非另外协商,请求国应当赔偿援助国所有的设备或材料的损失或损害以及援助国人员或代表援助国行动的人员的伤亡。没有关于援助国导致的损害赔偿的规定。另见关于特权与豁免的第 8 条。

[270] 参看 Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, p. 47,以及 Woodliffe, "Tackling Trans-boundary Environmental Hazards", p. 127.

[271] 被定义为"陆基民用核动力厂":第 2 条(1)款。

[272] Articles 4 and 7.

[273] Article 8.

[274] Articles 5 and 20—5. 国际原子能机构应为缔约方会议提供秘书处,第 28 条。

[275] Article 7(2)ii.

[276] Article 9.

[277] Articles 10—19. 另见 1997 年《乏燃料和放射性废物管理安全联合公约》,该公约建基于 1995 年《国际原子能机构放射性废物管理原则》以及 1990 年《放射性废物国际越境转移的业务守则》之上。其主要条款与《核安全公约》相关条款近似。

[278] 参看 Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, pp. 476 ff., and Sands, *Principles*, pp. 904 ff.

的问题也被提了出来。一个可能的方法是允许受害者诉诸于外国污染者的司法体系并从而在非歧视基础上获得可能的所有救济。这具有将越境污染转化为国内事项的效果。[279] 这个方法在一些条约中是很明显的。[280] 问题在于当把外国受害者在加害者的国内法律体系内置于和其国民一样的地位时，其价值就取决于具有合理实体内涵的国内立法的法律体制。然而事情并非总是如此。但是，在核活动领域有很多特别处理民事责任问题的国际协定，在某些共同的一般原则之上运作。

1960 年经济合作与发展组织《关于核能领域第三方责任的巴黎公约》[281] 规定核设施的运营者应对任何人生命和财产（除核装置以及相关的财产或运输工具）的损害或损失负有赔偿责任。1963 年国际原子能机构《关于核损害民事赔偿责任的维也纳公约》也
894 有类似规定，但其目标在于全球参与。但是，巴黎公约和维也纳公约体系都受制于相对有限的参与，于是在 1988 年，一个联系巴黎和维也纳体系的共同议定书得以通过，使得每一公约下的缔约方都可从两个公约中受益。1997 年，超过 80 个国家通过了修订 1963 年维也纳公约的议定书和一个关于核损害补充赔偿的公约。这些文件将运营者赔偿责任的范围提高到了不少于三亿特别提款权（约为四亿美元）的界限，还扩大了公约的地理范围。此外，还规定了一个改善了的核损害的定义，例如，使之包括了环境损害。[282]

这些公约依相似的原则而运作。核设施或船舶的实际运营者应承担损失[283]，这建立于绝对或严格责任制度。因此，不要求证明过错或过失。这些公约要求运营者根据有权当局设定的条件拥有合适的赔偿责任保险或其他财政保障，除非运营者本身就是一个国家[284]，而有关国家应确保赔偿责任限额以内的请求得以满足。[285] 这种对国家剩余责

---

[279] 参看 Boyle, "Nuclear Energy", pp. 297—8。

[280] 例如，1974 年北欧环境保护公约。另见经济合作与发展组织第 C(74)224、C(76)55 和 C(77)28S 号建议。

[281] 以及 1964 年和 1982 年两个议定书。

[282] 参看 36 ILM, 1997, p. 1454, 以及同上, p. 1473. 另见 http://www. iaea. or, at/worldatom/Documents/Legal/protamend. shtm 和 http://www, iaea. or. at/worldatom/Documents/Legal/supcomp. shtml. 另见 1962 年《核动力船舶运营者责任的布鲁塞尔公约》，该公约规定核动力船舶的运营者应当对任何核损害负有完全责任，只要能够证明损害由该船舶的核燃料或该船舶产生的放射性产品或废料引发的核事故造成的，1971 年《核材料海上运输方面的民事责任公约》规定，被确认对核事故引发的损害承担责任的人应当免于承担责任，如果根据《巴黎公约》或《维也纳公约》核实施的运营者应当对该损害承担责任。

[283] 核材料的承运人或管理者可以被认为是运营者，如果后者同意并且必要的法律文件如此规定：参看《巴黎公约》第 4 条(d)款。

[284] 例如，《巴黎公约》第 10 条，《维也纳公约》第 7 条以及《布鲁塞尔核船舶公约》第 3 条。

[285] 同上。

任的确认是很独特的。[286] 但是,对运营者赔偿责任的数额可加以限制。[287] 相关的公约也决定哪个国家对于针对运营者或其保险人的诉求具有管辖权。一般而言,管辖权在于 895
核事故发生地的国家,虽然当核事故发生于缔约国之外或当核事故的发生地不能被确定的时候,管辖权将属于运营者的核设施位于其领土上的缔约方法院。[288] 有权法院作出的判决可以在任何缔约方的领土上执行。

正如切尔诺贝利事故的后果所体现出来的那样,更为困难的是国家间求偿的问题。很多国家对其管辖范围内受到该事故辐射影响的个人支付了赔偿,但是,尽管保留了直接针对前苏联求偿的立场,而关于国家实际负有的义务的问题以及对必需的照顾标准的怀疑似乎还是阻止了这种求偿的实际提出。[289]

危险废弃物[290]

越来越严重的有毒和危险废弃物的处理问题以及在第三世界国家中伴随严重健康危险的倾废行为,已经唤起了国际行动。[291] 1972 年《关于防止船舶和飞机倾倒废物造成海洋污染的奥斯陆公约》[292] 规定禁止倾倒某些物质[293] 并控制倾倒其他物质。[294] 1972 年《关于防止倾倒废物及其他物质污染海洋的伦敦公约》[295] 规定除了公约本身所规定且受严格控制的以外,禁止倾倒废物。 896

1988 年,非洲统一组织通过一个决议,宣布在非洲倾倒核废料和工业废料是对非洲及其人民的犯罪。1991 年,非统组织通过了《关于禁止向非洲进口和对进出非洲的危险废物越境转移实行控制的巴马科公约》[296],据此缔约方须禁止非缔约方以任何原因向非洲进口所有危险废物,并禁止在海上倾倒此类废物。经济合作与发展组织通过了很多关

---

[286] 比较 1969 年《油污损害民事责任公约》。

[287] 见 1997 年修订的《维也纳公约》第 5、6 条,《巴黎公约》第 7、8 条以及《布鲁塞尔核船舶公约》第 3、5 条。

[288] 《巴黎公约》第 13 条,《维也纳公约》第 11 条以及《布鲁塞尔核船舶公约》第 10 条。

[289] 参看 Sands, *Chernobyh Law and Communication*, pp. 26—8.

[290] 参看 Sands, *Principles*, chapter 12, and Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, chapter 8.

[291] 参见 *Keesing's Record of World Events*, pp. 36788—9 (1989). 另见 1972 年《斯德哥尔摩宣言》原则六和 1992 年《里约宣言》原则十四。

[292] 该公约基本局限于大西洋东北部。

[293] 附件一所列。

[294] 附件二所列。

[295] 这是一个全球性法律文件。

[296] 30 ILM, 1991, p. 773.

于越境转移和出口危险废物决议和建议。[297] 1989 年,经合组织通过了一个建议[298],指出污染者付费的原则应适用于涉及危险物质的事故。1989 年《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》规定缔约国应禁止向禁止此类废物进口且已告知其他缔约国的缔约国出口危险废物和其他废物。在进口国没有禁止的情况下,在该进口国未以书面同意某一出口时,各缔约国应禁止此类废物的出口。[299] 该公约还规定出口国应就任何危险废物的越境转移通知有关国家的主管当局。后者在没有得到进口国或任何过境国的书面同意时,不应允许危险废物的产生者或出口者开始越境转移。[300]

1990 年,国际原子能机构通过了《关于放射性废物国际越境转移的业务守则》[301],强调指出每个国家应确保只有在给予事先通知并得到发送国、接受国和过境国根据各自
897 的法律和规章作出的同意时,此类转移方可进行。它呼吁适当的管理机关,以及必要的行政和科技能力以便用符合国际安全标准的方式管理和处理此类废物。[302]

1992 年通过的《工业事故跨界影响公约》适用于设施上或运输中的由涉及危险物质(明确于附件一)的活动所引起的工业事故。它不适用于核事故、军事设施上的事故、决堤、陆基运输事故、转基因有机体的意外释放以及由海洋环境活动或石油或其他有害物质在海上的泄漏所引起的事故。[303] 公约规定来源国[304]应确定其管辖范围内的危险活动并确保受影响国就任何此类建议中的或现存的活动得到通知。缔约方应就确定这些具有跨界影响的危险活动进行磋商。[305] 它也提出了各种预防措施。[306] 尤其是,来源国应要求负责该危险活动的运营者通过提供信息说明该活动的安全施行。[307] 缔约方应在新的危险活动的选址和对现有危险活动进行重大修改方面发展各类政策,而充足的应对工业事故的紧急情况预案应予确立和维持。[308] 它设立了一个工业事故通知制度[309],根据第 13 条,缔约方"应支持在责任和赔偿责任领域制定规则、标准和程序的合理的国际

---

[297] 参看 23 ILM, 1984, p. 214; 25 ILM, 1986, p. 1010 and 28 ILM, 1989, pp. 277 and 259.

[298] C(89)88.

[299] Article 4. 另见 1998 年《国际贸易中对某些有害化学制品和农药需经预先通知同意程序的公约》。

[300] Article 6.

[301] 30 ILM, 1991, p. 556.

[302] 另见 1995 年《放射性废物管理原则》以及 1997 年《乏燃料和放射性废物管理安全联合公约》。

[303] Article 2 (2).

[304] 即在其管辖内发生或可能发生工业事故的缔约方,第 1 条(g)款。

[305] Article 4,另见 Annexes II and III.

[306] 参见 article 6 和 Annex IV.

[307] Article 6(2)和 Annex V.

[308] Articles 7,8 和 Annex V.

[309] Article 10 和 Annex IX.

努力”。[310] 898

海洋污染[311]

海洋污染可能来自很多种源头，包括船舶运行、海洋倾废[312]、海底活动[313]以及源于陆地并进入海洋的污染的影响。[314] 大量双边的、区域的和多边的条约涉及这些问题，这里简述几个在来自船舶的污染方面更为重要的条约。

船舶源污染

1954 年《防止海洋石油污染国际公约》主要禁止在距离陆地 50 英里内排放石油，它基本上被 1973 年的《国际防止船舶造成污染公约》所取代[315]，除了倾废以外，它涉及船 899

---

[310] 另见 1995 年粮农组织、国际劳工组织、经济合作与发展组织、联合国工业发展组织、联合国环境规划署和世界卫生组织共同签署的《关于建立组织间化学制品有效管理项目的备忘录》。协调的领域包括对化学品危险的国际评估，情报交换以及防止非法国际运输有毒危险制品：参见 34 ILM, 1995, p. 1311.

[311] 参看 Sands, *Principles*, chapter 9; Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, chapter 7; R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edn, Manchester, 1999, chapter 15; A. E. Boyle, "Marine Pollution under the Law of the Sea Convention", 79 AJIL, 1985, p. 347; L. Caflisch, "International Law and Ocean Pollution: The Present and the Future", 8 *Revue Belge de Droit International*, 1972, p. 7, and O. Schachter, "The Value of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea: Preserving our Freedoms and Protecting the Environment", 23 *Ocean Development and International Law*, 1992, p. 55.

[312] 见前文，第 620 页，以及 Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 363. See also D. Bodansky, "Protecting the Marine Environment from Vessel-Source Pollution: UNCLOS III and Beyond", 18 *Ecology Law Quarterly*, 1991, p. 719, and Y. Sasamura, "Prevention and Control of Marine Pollution from Ships", 25 *Law of the Sea Institute Proceedings*, 1993, p. 306.

[313] 参见 Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p. 370.

[314] 1982 年《海洋法公约》第 194 和 207 条对于国家减少源于陆地的海洋污染作出了一般性规定。1985 年《关于环境保护避免陆源污染的蒙特利尔指导原则》建立在第 207 条之上。很多区域公约（很多是联合国环境规划署区域海洋公约）具体规定了控制某些物质的规则：如 1976 年《保护地中海避免污染巴塞罗那公约》及其 1980 年和 1982 年两个议定书；1978 年《在保护海洋环境避免污染方面合作之科威特区域公约》及其 1978、1989 和 1990 年三个议定书；1981 年《在保护和发展西非和中非地区海洋和海岸环境方面合作之阿比让公约》及其 1981 年议定书；1981 年《保护太平洋东南部海洋环境和海岸区域之利马公约》及其议定书；1983 年《保护和发展泛加勒比海区域海洋环境之卡塔赫纳公约》及其 1983 和 1990 年两个议定书；1992 年《保护黑海避免污染公约》；1992 年《保护大西洋东北部海洋环境公约》以及 1992 年《保护波罗的海海洋环境公约》。

[315] 又称为《MARPOL 公约》。它由 1978 和 1997 年两个议定书加以修正，并被进一步修订：参见 http://www imo. org/conventions/contents. asp? doc_id 678&topic_id-258.

船造成的所有形式的非事故污染。该公约的附件以及其他修订和议定书[316]制定了涵盖石油、散装有害液体物质、海运的包装形式的有害物质、污水和垃圾的详细标准。该公约适用于船舶悬挂缔约国旗帜或在其授权之下运行的船舶,但不适用于军舰或用于政府非商业服务目的的国有船舶。

1982 年《海洋法公约》第 211 条第 2 款规定各国应制定法律和规章,以防止、减少和控制悬挂其旗帜或在其国内登记的船只对海洋环境的污染。这种法律和规章至少应具有与通过主管国际组织[317]或一般外交会议制订的一般接受的国际规则和标准相同的效力。各国应确保悬挂其旗帜或在其国内登记的船只,遵守为防止、减少和控制污染的可适用的国际规则和标准以及各该国的法律和规章。[318] 此外,如有明显根据认为某船只违反了国内或国际污染规章,沿海国就可对该船进行实际检查,并可在有充分证据时,提起司法程序。[319] 还应指出,当船只位于一国港口时,不仅当该船舶在其内水、领海或专属经济区内违反了该国的污染法律或可适用的国际规则时,该国可对其提起司法程序[320],而且对于在其内水、领海或专属经济区以外违反可使用的国际规则和标准时,也
900 可对该船提起司法程序。[321]

当事故发生时,1969 年《国际干预公海油污事故公约》[322]允许缔约国在公海上采取必要措施以防止、减少或消除重大和紧急危险,使其海岸线或有关利益免受海洋石油的污染或污染威胁。[323] 《油污应急、反应和合作国际公约》于 1990 年 11 月签订于伦敦,其目的是在污染事故的情况下确保迅速而有效的行动。它要求船舶携带应对紧急污染状况的详细计划。污染事故必须毫不迟延地加以报告,而且在严重事故的情况下,通知其他有可能遭受影响的国家,并将详细情况告知国际海事组织。它鼓励设立处理此类事故的国内和区域性体系,且缔约国同意在其他缔约方的请求下进行合作并提供咨询服务、

---

[316] 例如,附件一和二都是完全具有拘束力的,而附件三、四、五都是任择性,即国家在成为公约缔约国时可以宣称它不接受该附件,第 14 条。

[317] 国际海事组织 The International Maritime Organisation: see http://www.imo.org.

[318] Article 217.

[319] Article 220(2).

[320] Article 220(1).

[321] Article 218. 该条款被 Churchill and Lowe 描述为"真正革新性"条款, *Law of the Sea*, p.350.

[322] 该公约的通过发生在 1967 年一艘在公海上的搁浅船舶为减少石油污染的危险而被炸的 *Torrey Canyon* 事件之后:参见 Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, p.354,另见 the Report of the Home Office, Cmnd 3246 (1967).

[323] 1973 年的议定书对此加以扩展,涵盖了石油以外的物质造成的污染。1989 年海上救助公约力图将环境因素加入救助报酬机制。

技术支持和装备。[324]

就赔偿责任而言，1969 年《油污损害民事责任公约》规定当石油从船舶泄漏导致对缔约方领土或领海的损害时，船舶所有人对此负有严格责任，包括防止措施的成本以及由这些措施所造成的进一步损失或损害。[325] 但是，这种责任是有限度的，除非污染是由 901
船舶所有人的过错所导致的结果。[326] 船舶所有人必须保有保险或其他财政安全安排以偿付其责任。相关请求可以向损失或损害发生地或防止措施实施地的缔约方法院提出，这些法院的判决可在所有缔约方的法院得到承认和执行。1992 年《赔偿责任议定书》[327]修订了 1969 年公约，它将环境损害包括在损害赔偿的定义之中，如其只限于实际采取的或将采取的用于恢复原状的合理措施的费用。[328] 1971 年通过的《关于设立油污损害赔偿国际基金的国际公约》使得民事责任公约下某些不予赔偿的情况得以赔偿。公约及其 1976 年和 1984 年议定书被 1992 年议定书所取代，而公约自 2002 年 5 月 24 日失效。1992 年议定书设立了一个独立的 1992 年国际油污赔偿基金，被称为 1992 年基金。[329]

进一步阅读推荐书目

P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd edn, Oxford, 2002

R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edn, Manchester, 1999

P. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution*, Oxford, 2000

The Oxford Handbook of International Environmental Law (eds. D. Bodansky, J. Brunee and E. Hay), Oxford, 2007

P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd edn, Manchester, 2003

---

[324] 例如，1969 年《处理北海石油污染方面合作的波恩协定》以及 1983 年《处理北海石油及其他有害物质污染方面合作协定》。很多《联合国环境规划署区域海洋公约》都有处理紧急情况的议定书：参看 Sands, *Principles*, p. 399 ff.

[325] 除非损害来自战争或不可抗力；完全由第三方有意导致损害的作为或不作为所导致；或者损害完全由一政府或其他负责维护导航设备的当局的疏忽或其他不法行为所导致：见第 2、3 条。另见 1977 年《由海底矿物资源的勘探和开发引致油污损害的民事责任公约》，该公约确立了在一缔约方管辖内的设施运营者对于发生在海岸低潮线以外的事件导致的污染损害所承担的责任。

[326] Article V.

[327] 当该议定书生效后，1969 年公约将成为 1992 年《油污损害民事责任国际公约》。

[328] Article 2(3).

[329] 2000 年通过的修订提高了赔偿的数额：一般性参看 Sands, *Principles*, p. 912 ff.，另见 http//www.imo.org/Conventions/contents.asp? topic_id-256&doc_id-661.

16
条 约 法

与国内法相比，国际法中产生权利和义务的各种方法相对简单。[1] 在国内，通过两个或更多人之间的合同、盖印章的协议、发达的财产转移制度，甚至立法或司法裁判都可以确立法律利益。就创制新规则的机制而言，国际法是颇受限制的。习惯依赖于对受到法律确信支持的国家实践的判断，而且通常（尽管并非一成不变）是一个逐渐演进和适时的过程。另一方面，条约则是一个更为直接而正式的产生国际法的方法。

国内秩序中个人可以通过多种方法确立有拘束力的权利和义务，与此相比，国际法的程序少得可怜，而国家利用条约这一工具完成了大量的工作。例如，战争的结束、争端
903 的解决、领土的取得、特殊利益的决定、同盟的建立以及国际组织的建立，都是通过条约实现的。不存在更为简单的反映各国一致目标的方法了，而国际公约不仅包括简单的双

---

[1] 一般参见：A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961; J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, Dordrecht, 1996; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd edn, Cambridge, 2007; M. Fitzmaurice and O. Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, 2005; *Les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sur le Droit des Traités: Commentaire Article par Article* (eds. O. Corten and P. Klein), Brussels, 3 vols., 2006; *Developments of International Law in Treaty Making* (eds. R. Wolfrum and V. Röben), Berlin, 2005; *Multilateral Treaty Calendar* (ed. C. Wiktor), The Hague, 1998; *Multilateral Treaty-Making* (ed. V. Gowlland-Debas), The Hague, 2000; I. Detter, *Essays on the Law of Treaties*, Stockholm, 1967; T. O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, London, 1974; D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd edn, London, 1970, vol. I, pp. 195 及其以下; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edn, Manchester, 1984; P. Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 2nd edn, Geneva, 1995; S. Bastid, *Les Traités dans la Vie Internationale*, Paris, 1985, and S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945—1986*, Cambridge, 1989. See also *Oppenheim's International Law* (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, p. 1197; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 117; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, chapter 27, and M. Fitzmaurice, "Actors and Factors in the Evolution of Treaty Norms (An Empirical Study)", 4 *Austrian Review ofInternational and European Law*, 1999, p. 1.

边协定,而且能够满足复杂的多边表达观点的要求。因此,条约的概念以及条约的运作方式对国际法的演进至关重要。

条约基本上是当事各方在国际层面上的协议。虽然国家和国际组织之间也可以缔结条约,但条约主要涉及国家间的关系。一个关于条约法的国际公约于 1969 年签署,并于 1980 年生效,而 1986 年又签署了《国家和国际组织间的条约法公约》。[2] 然而,国家之间产生的适当规则才是研究的重点。1969 年《维也纳条约法公约》部分地反映了习惯法[3],并构成了任何讨论有关条约的性质和特征的基本框架。公约的某些规定可以视为习惯国际法的反映,诸如有关条约解释[4]、重大违约[5]和情势变迁的规则。[6] 其他的则不能被视为习惯法,而只是对缔约国有拘束力的原则。

条约法的基本原则无疑是条约拘束其当事方以及必须善意履行条约。[7] 该规则被称为约定必须遵守(*pacta sunt servanda*),这有可能是最古老的国际法原则。1969 年公约 904
第 26 条重申了该规则[8],并构成每一国际协定的基础,因为如果缺乏国家将善意履行它们的条约义务这一最低的信任,那么国家就没有理由相互承担这样的义务。

"条约"这一术语是国际协定中使用最多的,但还有其他不同的名称也能并且有时确实用来表达同样的概念,如议定书、文件、宪章、盟约、公约以及协定。它们每个指的都是同样的基本行为,使用其中一个而非另一个通常只是为了追求表达的变化而已。

为了公约的目的,第 2 条将条约界定为:

---

〔2〕 这是基于国际法委员会《关于国家和国际组织间以及国际组织相互间的条约法条款草案》,*Yearbook of the ILC*, 1982, vol. II, part 2, pp. 9 及其以下。这些条款已经得到联大的批准,并要求各国政府发表意见,它们的意见也已经收到。1986 年 2 月 18 日到 3 月 21 日举行的全体会议在这些条款草案的基础上产生了公约。参见:联大第 37/112 号、第 38/139 号以及第 39/86 号决议。

〔3〕 例如参见"纳米比亚"案, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 47; 49 ILR, pp. 2, 37 和"渔业管辖权"案, ICJ Reports, 1973, pp. 3, 18; 55 ILR, pp. 183, 198. 另参见: Rosenne, *Developments*, p. 121.

〔4〕 例如参见"比格尔海峡"案, HMSO, 1977, p. 7; 52 ILR, p. 93; "拉布列塔尼"案, 82 ILR, pp. 590, 612; "戈尔德"案,European Court of Human Rights, Series A, No. 18, p. 14; 57 ILR, pp. 201,213—14 以及"利思戈"案,European Court of Human Rights, Series A, No. 102, para. 114; 75 ILR, pp. 438,482—3.

〔5〕 例如参见"纳米比亚"案, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 47; 49 ILR, pp. 2, 37.

〔6〕 例如参见"渔业管辖权"案(管辖权阶段), ICJ Reports, 1973, pp. 3, 21; 55 ILR, pp. 183,201.

〔7〕 同时注意 1969 年公约第 31、46 和 69 条中提到善意。参见"核试验"案, ICJ Reports, 1974, pp. 253,268; 57 ILR, pp. 398,413; "尼加拉瓜"案, ICJ Reports, 1986, pp. 392,418; 76 ILR, pp. 104, 129 以及"威胁或使用核武器的合法性"案,ICJ Reports, 1996, para. 102; 35 ILM, 1996, pp. 809, 830. 另参见: J. F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Aldershot, 1991; E. Zoller, *La Bonne Foi en Droit International Public*, Paris, 1977, and H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960—89 (Part One)", 60 BYIL, 1989, pp. 4, 7.

〔8〕 例如参见"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 78—9; 116 ILR, p. 1.

> 国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何。[9]

该公约排除了涉及国际组织的协定，此外它也不包括国家间缔结的但受国内法调整的协定，如大量的商业协议。这并不意味着此类安排不能被看作国际协定，或者是无效的，而只是意味着它们不在 1969 年公约的范围之内。实际上，第 3 条强调指出，国家与其他国际法主体间所缔结的国际协定或此种其他国际法主体间的国际协定或口头协定并不因为它们被排除在公约的框架外而失去效力。

905 尽管国际法对条约的形式没有特殊要求[10]，但当事方希望借助协定在它们之间创设法律关系的意图却是至关重要的。[11] 这是顺理成章的，因为许多国家间的协定只是表述了他们公认的原则或是目标，而非意图建立有拘束力的义务。例如，一些国家支持某一特定政治目标的宣言在许多情况下就没有法律（尽管有政治）意义，因为国家会将其看作是一个政策问题，而不是在它们之间确立起法律关系。为了辨别一个特定的协定是否意图创建法律关系，应当仔细审查所有相关事实。[12] 一个没有拘束力的国际协定的例子是 1975 年欧洲安全与合作会议的最后文件。[13]

国际法院曾认为委任统治协定具有条约的特征[14]，但在“英伊石油公司”案（the *Anglo-Iranian Oil Co.* case）[15]中却对私人公司和国家间的特许权协定是否构成条约意义上的国际协定表示了怀疑。[16] 按照《国际法院规约》第 36 条第 2 款，就国际法院的强制

---

〔9〕 在 1986 年《国家和国际组织条约法公约》中使用了同一定义（只是将国家替换成国家和国际组织）。国际法委员会在《武装冲突对条约的效果条款草案》第 2 条第 1 款也采用了同样的定义。A/CN. 4/178, 2007, p. 5. 另见 H. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960—1989: Supplement, 2006, Part Three”, 77 BYIL, 2006, pp. 1, 3; M. Fitzmaurice, “The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law”, 73 BYIL, 2002, p. 141, and P. Gautier, “Article 2” in Corten and Klein, *Conventions de Vienne*, p. 45.

〔10〕 例如参见 2001 年“纽芬兰/新斯科舍仲裁”案，第 3. 15 段。同时参见“爱琴海大陆架”案，ICJ Reports, 1978, pp. 3, 39; 60 ILR, p. 511. 参见 K. Raustiala, “Form and Substance in International Agreements”, 99 AJIL, 2005, p. 581.

〔11〕 例如参见：*Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, vol. I, p. 149.

〔12〕 根据《联合国宪章》第 102 条向联合国登记条约是一个有用的表示。然而，正如国际法院在“卡塔尔诉巴林”案中指出的，不登记并不影响一个国际协定的实际有效性，也不影响其拘束力，ICJ Reports, 1994, pp. 115, 121; 102 ILR, pp. 1, 18.

〔13〕 参见上文第 7 章，第 372 页。

〔14〕 *South-West Africa* cases, ICJ Reports, 1962, pp. 319, 330; 37 ILR, pp. 3, 12.

〔15〕 ICJ Reports, 1952, pp. 93, 112; 19 ILR, pp. 507, 517.

〔16〕 但是参见：*Texaco v. Libya*, 53 ILR, p. 389.

管辖所做的任择性声明本身曾被视为条约规定[17]，而有关法律或事实情况的单方面声明也具有创设法律义务的效力。[18] 当然，后一种情况并不涉及真正意义上的条约。

如果一个协定的当事方不打算借此在国际法上创设法律关系或是有拘束力的义务或权利，那么该协定就不是条约，尽管其可能仍具有重要的政治意义。[19] 特别有意思的 906
是谅解备忘录，它本身不具有法律拘束力[20]，但却可能具有法律后果。[21] 实际上，恰恰由于非正式的非条约文件没有拘束力，它们才得以在国家间的正常交往过程中扮演着重要角色，因为与条约相比，这类文件灵活、秘密而且更为迅速。[22] 它们可以轻易而迅速地被修改，而且可以通过合理的通知而终止（如果没有相反规定的话）。就是这种不打算创造受国际法调整的有拘束力安排的意图将条约和非正式的国际文件区别开来。[23] 907

---

[17] The *Fisheries Jurisdiction* cases, ICJ Reports, 1973, pp. 3, 16; 55 ILR, pp. 183, 196.

[18] The *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 267; 57 ILR, pp. 398, 412. 另参见在"东格陵兰"案中，《伊伦宣言》被认为构成一个有拘束力的声明，PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933; 6 AD, p. 95 和 *Burkina Faso v. Mali*, ICJ Reports, 1986, pp. 554, 573—4; 80 ILR, pp. 459, 477. 进一步参见上文第3章，第121页。

[19] 检验将集中于以下情况中所体现的当事各方的意图，包括有关文件的语言和上下文、缔约的环境以及当事各方的解释：参见美国条约事务助理法律顾问的观点，88 AJIL, 1994, p. 515. 另参见：O. S. chachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", 71 AJIL, 1977, p. 296, and Rosenne, *Developments*, p. 91. 参见例如1975年《赫尔辛基最后文件》被认为没有拘束力，从而不是有关各方间的条约，DUSPIL, 1975, pp. 326—7.

[20] 英国外交部曾经指出，谅解备忘录是"一种经常使用的方式，用来记录各国就不便于包括在条约中的事项所达成的非正式安排，或者在该方式比条约更为便利时（如为了保密）加以使用。可以将其起草为一个单一的文件，使用非条约术语，由两个或更多政府签署；也可以由记录两个政府间谅解的换文构成"，UKMIL, 71 BYIL, 2000, p. 534, 以及参见：FCO, *Treaties and MOUs: Guidance on Practice and Procedures*, 2nd edn, 2004, www. fco. gov. uk/resources/en/pdf/pdf8/fco pdf treatymous. 另见 Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 3.

[21] 例如参见"希思罗机场使用者费用仲裁"案中美国和英国之间关于1977年《美英航空运输协定》（百慕大第二）的谅解备忘录的法律地位的争端，UKMIL, 63 BYIL, 1992, pp. 712 及其以下，和 88 AJIL, 1994, pp. 738 及其以下。仲裁庭指出，谅解备忘录不是一个独立的法律权利和义务渊源，只是"各方就以后实践的一致看法"，对于解释百慕大第二协定有所帮助，102 ILR, pp. 215, 353. 在"艾恩—莱茵"案（比利时/荷兰）中，2005年5月24日仲裁裁决，第156段及以下，法庭指出，有关的备忘录虽然本身没有拘束力，但在该案情况下，并非在法律上无关。

[22] 例如参见：Rosenne, *Developments*, pp. 107 及其以下；A. Aust, "The Theory and Practice of Informal International Instruments", 35 ICLQ, 1986, p. 787, R. Baxter, "International Law in 'Her Infinite Variety'", 29 ICLQ, 1980, p. 549, and Roessler, "Law, De Facto Agreements and Declarations of Principles in International Economic Relations", 21 German YIL, 1978, p. 41.

[23] 奥斯特提供的例证是英国2005年与约旦、利比亚和黎巴嫩关于驱逐出境的谅解备忘录，Aust, *Modern Treaty Law*, p. 21. 另见 *AS & DD (Libya) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 289 and *Othman (Jordan) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 290.

国际法院在"卡塔尔诉巴林"案[24]中提到了这个问题,该案涉及当事国1990年12月25日与沙特阿拉伯签署的备忘录。法院强调说,一个协定是否构成有拘束力的协定取决于"其所有的实际规定"以及它的起草环境[25],就该案的情况而言,该备忘录被解释成为当事国创设权利和义务的国际协定,因为基于事实,备忘录已经列出了当事国同意承担的义务。[26] 此外,一个条约可能包含各种条款,而并非所有条款都构成法律义务。[27]

1969年公约同样关注作为国际组织基本文件的条约,如《联合国宪章》,以及国际组织内部采用的内部条约。[28]

条约的缔结[29]

程序

当事国实际上可以用它们喜欢的任何方式缔结条约。不存在规定的形式或程序,一个条约如何形成,由谁实际签署的问题取决于有关国家的意图和协议。条约可以在国家
908 间、政府间、国家元首间,或是政府部门间起草,视何种方式最为可取而定。例如,许多最重要的条约在国家元首间缔结,而大量的更为一般的协定则是在政府部门间缔结的,如次要的贸易安排。

国内宪政体制中缔约权具体掌握在哪个部门,取决于每个国家的国内规定,且各不

---

[24] ICJ Reports, 1994, p. 112; 102 ILR, p. 1.

[25] ICJ Reports, 1994, p. 121; 102 ILR, p. 18, 引用了"爱琴海大陆架"案, ICJ Reports, 1978, p. 39; 60 ILR, p. 511.

[26] ICJ Reports, 1994, pp. 121—2; 102 ILR, pp. 18—19. 另参见: K. Widdows, "What is an International Agreement in International Law?", 50 BYIL, 1979, p. 117, and J. A. Barberis, "Le Concept de 'Traité International' et ses Limites" AFDI 1984, p. 239.

[27] 参见:"石油平台"案(初步反对), ICJ Reports, 1996, pp. 803,820; 130 ILR, pp. 174, 201. 注意,使用"条约"一词对于确定一个文件的法律地位绝非是决定性的,例如在殖民时期与土著人民代表签署的,给予殖民国家保护国、领土或主权权利的"条约",参见"喀麦隆诉尼日利亚"案,ICJ Reports, 2002, pp. 303, 404及其以下,以及"帕尔玛斯岛"案,UNRIAA, vol. II, pp. 858—9. 还参见I. Brownlie, *Treaties with Indigenous Peoples*, Oxford, 1992.

[28] 第5条。进一步参见:Rosenne, *Developments*, chapter 4.

[29] 参见,例如:H. Blix, *Treaty-Making Power*, New York, 1960, and E. W. Vierdag, "The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions", 59 BYIL, 1988, p. 75. 另见: *Oppenheim's International Law*, p. 1222, and Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 125.

相同。在英国,缔约权是国王的特权[30],但在美国,总统"根据参议院的建议和同意"以及三分之二议员的同意,享有缔约权。[31] 国际法将这些问题留给国内法处理。[32]

然而,在国际条约的形成中也应当适用某些规则。在国际法中,国家有缔结协定的能力,但由于国家不是可以识别的自然人,因此便发展出一些特殊的原则以确保代表国家的个人的确有权力为缔结一个特定的条约而行事。根据《公约》第7条,在被接受为有能力代表其国家前,此类人员必须出具所谓的"全权证书"。[33] "全权证书"指的是有关国家主管当局所颁发的证明身份的文件。该规定为缔约他方提供了保障,即他们是在与有此权限的人员缔结协定。[34] 然而,有些人员由于其地位或职务毋须出具全权证书。该例外包括国家元首,政府首脑及外交部长为实施关于缔结条约之一切行为;使馆馆长为议定派遣国与驻在国间条约约文;以及国家派往国际会议或派驻国际组织的代表为议定在该会议或组织内的条约约文。国际法院在"《灭种罪公约》"案(波斯尼亚诉塞尔维 909
亚)针对管辖权的初步反对主张阶段指出:"根据国际法,毫无疑问,国家元首被推定为能够在国际关系上代表该国行事"。[35]

辛克莱指出,英国在实践中区分"一般全权证书"和"特殊全权证书"。前者的持有者是外交和联邦事务国务秘书、外交大臣、议会外交和联邦办公室副秘书、以及英国常驻联合国、欧共体和关贸总协定的代表,可以谈判和签署任何条约;而后者只授给特定人员以便谈判和签署特定的条约。[36]

未获授权的人员所从事的与缔结条约有关的任何行为,除非有关国家事后承认,不具有任何法律效力。[37] 1951年一个与命名奶酪有关的公约就发生了这种情况。一个人

---

[30] 参见,例如:S, de Smith and R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6th edn, London, 1989, p. 140.

[31] 参见,例如: *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, p. 159. 关于总统终止条约的权力,参见 DUSPIL, 1979, pp. 724 及其以下, 以及 *Goldwater v. Carter*, 617 F. 2d 697 and 100 S. Ct. 533 (1979). 另参见: L. Henkin, "Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (Revised)", 74 AJIL, 1980, p. 954.

[32] 例如,参见 *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 429.

[33] 参见: Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 29 及其以下; Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 5, and M. Jones, *Full Powers and Ratification*, 1946.

[34] 参见: *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 193.

[35] ICJ Reports, 1996, pp. 595, 622; 115 ILR, p. 1 和另参见: *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 430.

[36] Sinclair, *Vienna Convention*, p. 32. 另参见: *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 5th edn, London, 1979, p. 62.

[37] 第8条。

同时代表瑞典和挪威签署了该公约，但他似乎只获得了挪威的授权。然而，该协定后来获得了两国的批准从而生效。[38]

同意

一旦经授权的代表起草并议定了条约，就需要完成一系列步骤以便使该条约对有关各方产生有拘束力的法律义务。各方谈判者起草的协定的文本需要被议定通过，而第9条规定，国际会议通过条约约文应以出席及参加表决国家的三分之二多数表决，除非此等国家以同样多数决定适用另一规则。该程序基本上沿袭了联合国大会所承认的[39]、而且是当代大多数国际会议所采用的实践。如今，越来越多的公约通过联合国大会决议的方式获得通过并开放签字，例如1966年国际人权公约和1984年反对酷刑公约都使用
910 了大会通常的表决程序。另外一点也很重要，即近来会议趋向使用协商一致的方式，因此，除非用尽了所有通过协商一致达成协议的努力，否则不会进行投票。[40] 除国际会议外，议定条约约文应以所有参加草拟约文国家的同意为之。[41]

缔约各国对有关条约的同意是关键因素，因为国家（在缺乏习惯法规则的情况下）只受其同意的拘束。在这个意义上讲，条约是国家间的合同，因此如果没有获得各国的同意，条约的规定对它们没有拘束力。然而，国家可以通过许多方式表达其对一个国际协定的同意。根据第11条，一国承受条约拘束之同意可以签署、交换构成条约之文书，批准、接受、赞同或加入表示之。此外，还可以用任何其他同意的方式表示。

以签署表示同意[42]

根据第12条的规定，在特定情形下一国承受条约拘束的同意以签署表示之，包括：条约规定签署有此效果，或另经确定谈判国协议签署有此效果，或该国使签署有此效果之意思可见诸其代表所奉全权证书或已在谈判时有此表示。

尽管以批准表示同意可能是实践中最通行的做法，但以签署表述同意仍保有某些重要性，特别是考虑到如果每次都坚持条约只有在批准后才有拘束力，那么就可能给政府

---

〔38〕 参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 195.

〔39〕 参见《联合国宪章》第18条。

〔40〕 参见，例如：第三次联合国海洋法会议，Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 37—9. 另参见：the UN *Juridical Yearbook*, 1974, pp. 163—4，其中法律事务办公室一般法律司主任宣称，联合国机关中所使用的"协商一致"这一术语是"用来描述一种做一切努力来达成全体一致协议的实践；如果不能成功，则那些与一般趋势不同的国家将只能简单地表明它们的立场和保留，并被记录在案"。还参见 Aust, *Modern Treaty Law*, pp. 86 及其以下。

〔41〕 第9条第1款。这反映了传统规则，Sinclair, *Vienna Convention*, p. 33.

〔42〕 参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 196.

的行政机制造成负担并导致长时间的拖延。因此，有时就会规定以签署表示同意。[43] 这对于事务性较强的以及政治性较弱的条约是适宜的。签署的行为一般是一个正式的 911
举动。对于较为重要的条约，国家元首经常会在一个精心安排的仪式上正式进行签署。对于多边条约，授权代表会在一个专门的闭幕会议上签署该条约。然而，如果公约需要接受、赞同或批准，那么签署原则上就是一个形式，只意味着该国代表已经同意约文，并将其通知各该国政府以待后者决定接受或是拒绝。[44] 但是，签署在这种情况下也还有其他意义，即在批准、接受或赞同之前，一国不得从事有损于条约目的和宗旨的行为，直至其对该条约的意图明朗化。[45]

以交换文书表示同意

第 13 条规定，国家同意承受由彼此间交换的文书所构成的条约拘束可以由此种交换来表示，条件是该文书规定此种交换有此效果，或另经确定此等国家交换文书有此效果。

以批准表示同意[46]

由国家的有权机关批准是一个历史上早已牢固确立的方法，其最初目的是确保代表不会超越有关缔结特定协定的权限或指令。尽管批准（或赞同）最初是主权者的职能，但如今已经受到宪法的控制。

一个条约在成为有拘束力的文件之前必须等待国家批准的做法主要有两种好处：对 912
内的和对外的。就后一种情况而言，一旦谈判过程结束，签署和批准之间的间隔会提供额外的考虑时间，这经常是有利的。但对内方面才是最重要的，因为它们反映了最近 150 年来政治氛围的变化以及此种变化导致的一国公众更加深入地参与到公共事务中。通过批准，公众有机会表达他们的观点，而强烈的反对有可能导致该国决定不批准有关

---

〔43〕 例如参见《马鲁阿宣言》，"喀麦隆诉尼日利亚"案，ICJ Reports, 2002, para. 303.429—30.

〔44〕 国际法院曾说："已签署但未批准的条约可能准确表达了当事各方签署时的理解"，*Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, pp.40, 68.

〔45〕 第 18 条。参见：Sinclair, *Vienna Convention*, pp.42—4，以及 *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ, Series A, No. 7, 1926, p.30. 另参见：H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960—1989 (Part Four)", 63 BYIL, 1992, pp.1, 48 及其以下，以及 J. Klabbers, "How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry into Force: Towards Manifest Intent", 34 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2001, p.283. 注意，美国曾于 2000 年 12 月签署了《国际刑事法院罗马规约》，但在 2002 年 5 月撤销了其签署：参见：http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm.

〔46〕 第 2 条(1)b 项将其定义为"一国……在国际上确定其同意受条约拘束之国际行为"。因此，它与国内宪法意义上的批准概念不同，尽管很清楚，两者之间有着重要联系：参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp.197—8. 另参见：Brownlie, *Principles*, pp.582—3.

条约。

有关批准的规则各国千差万别。在英国,尽管批准的权力属国王的特权,但如果条约涉及国内法的任何变更、增加政府的财政负担,或影响英国臣民的私人权利,则会被首先提交到议会,然后再予以批准。实际上存在着一个称为"庞森比规则"的程序。按照该规则,任何需要批准的条约应当至少在实际批准前 21 天提交议会。[47] 美国的情况则有所不同。[48] 然而,一国如何批准条约完全是国内法的问题,而不属于国际法范畴。

1969 年《维也纳公约》第 14 条指出,下列情形中一国承受条约拘束的同意以批准表示:条约规定以批准方式表示同意;另经确定谈判国协议需要批准;该国代表已对条约作须经批准的签署,或该国对条约作须经批准的签署的意思可见诸其代表的全权证书,或已于谈判时有此表示。

在这一框架内,围绕着哪些条约需要批准存在着争论。一些学者坚持认为,只有当条约缔约国明确提出时,批准才是必要的[49],英国采取的就是这种做法。[50] 另一方面,
913 有学者提出,除非条约明确显示出相反的意思,否则批准就是必需的。[51] 原则上,在美国只有行政协定才不需要批准。[52] 双边条约的批准一般通过交换必要的文书完成,但多边条约的通常程序是由一方收集所有国家的批准,并将批准情况持续告知所有缔约方。在这种情况下,联合国秘书长逐渐被接受为批准文书的保管者。[53] 在一些情况下,对条约的签署规定需要获得"接受"或"赞同"。第 11 条和第 14 条第 2 款提到了这些术语,它们与批准类似,并适用类似的规定。这些术语上的变化没有任何实际意义,只不过意味着某种更加简单的批准方式而已。

以加入表示同意[54]

这是一个国家成为一个未签署的条约的缔约方的通常方法。该国未签署该条约或是因为该条约规定签署限于某些国家,而它不在其中;或是因为签署的最终期限已过。

---

〔47〕 参见上文第 4 章,第 152 页。

〔48〕 同上,第 161 页。

〔49〕 参见,例如:G. Fitzmaurice, "Do Treaties Need Ratification?",15 BYIL, 1934, p. 129, and O'Connell, *International Law*, p. 222. 另参见: H. Blix, "The Requirement of Ratification", 30 BYIL, 1953, p. 380.

〔50〕 参见,例如: Sinclair, *Vienna Convention*, p. 40, and O'Connell, *International Law*, p. 222.

〔51〕 参见,例如: McNair, *Law of Treaties*, p. 133.

〔52〕 O'Connell, *International Law*, p. 222. 另参见: DUSPIL, 1974, pp. 216—17 以及同上, 1979, pp. 678 及其以下。

〔53〕 参见 P. T. B. Kohona, "Some Notable Developments in the Practice of the UN Secretary-General as a Depositary of Multilateral Treaties: Reservations and Declarations", 99 AJIL, 2005, p. 433.

〔54〕 参见: *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 199.

第15条指出，在下列情形中一国可以用加入表示同意：条约有这样的规定；或谈判国协议或嗣后协议该国得以加入方式表示此种同意。重要的多边条约通常会规定，国家或特定情形下的其他特定实体可以在稍后，即在通过签署表示接受的日期之后，加入该条约。[55]

条约的保留[56]

公约第2条将保留界定为：

> 一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明，不论措辞或名称如何，其目的在于摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果。[57]

914

当一国对某个条约的大部分条款感到满意，但却不喜欢某些规定时，它在赞同条约其余部分的同时，在某些情况下或许希望拒绝接受这些规定或不受其拘束。借助排除特定规定的方法，国家会同意承受一个它们或许会完全拒绝的条约的拘束。这对于多边条约裨益良多，因为它可以吸引尽可能多的国家参加。在某种程度上，通过关注达成共识的基本问题，并承认在某些其他问题上存在分歧，是一种促进社会、经济和政治制度迥异

---

〔55〕 例如参见《领海及毗连区公约》第26和28条。

〔56〕 例如参见：Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 8; A. Pellet, "Article 19" *in* Corten and Klein, *Conventions de Vienne*, p. 641; C. Redgwell, "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties", 64 BYIL, 1993, p. 245; G. Gaja, "Unruly Treaty Reservations", *Le Droit International à l'Heure de sa Codifications*, Milan, 1987, p. 3 13; J. K. Gamble, "Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice", 74 *AJIL*, 1980, p. 372; G. Fitzmaurice, "Reservations to Multilateral Treaties", 2 ICLQ, 1953, p. 1; D. W. Bowett, "Reservations to Non-restricted Multilateral Treaties", 48 BYIL, 1976—7, p. 67; P. H. Imbert, *Les Reserves aux Traités Multilate raux*, Paris, 1979; Sinclair, *Vienna Convention*, chapter 3; D. W. Greig, "Reservations: Equity as a Balancing Force?", 16 Australian YIL, 1995, p. 21; O'Connell, *International Law*, pp. 229 及其以下; J. M. Ruda, "Reservations to Treaties", 146 HR, 1975, p. 95; G. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Leiden, 1988; *Oppenheim's International Law*, p. 1241, and Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 178. 还参见 A. Pellet, Reports on the Law and Practice Relating to Reservations to Treaties, e. g. Report of the International Law Commission, 2007, A/62/10, pp. 15 及其以下。目的是在委员会不质疑维也纳公约成果的这一根本性决定的基础上，起草包括指南的"实践指南"，它们虽然本身没有拘束力，但或许引导国家和国际组织关于保留和解释性声明方面的实践。目前所制定的指南草案载于 A/62/10，第46页及其以下。

〔57〕 1986年《关于国家和国际组织间条约法的维也纳公约》第2条第1款规定，保留指"一国或一国际组织于签署、批准、正式确认、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明，不论措辞或名称如何，其目的在于摒除或更改条约中若干规定对该国或该国际组织适用时之法律效果"。同时参见国际法委员会实践指南的准则草案1.1中的定义，Report of the ILC on its 54th Session, 2002, p. 50.

的各国之间协调一致的手段。

国家对国际条约予以保留的能力显示了国家主权原则，根据该原则，一国可以拒绝同意特定条款，从而不受这些条款的拘束。另一方面，允许一个条约由于许多国家的保
915 留而成为蜂窝状当然会损害该条约的整体适用。它会严重扰乱协定的整体宗旨，并在国家间造成某种复杂的相互关系。双边条约不存在这个问题，因为一方对协定某个条款提出保留将导致重开谈判。[58] 当一方拒绝接受条约中某些规定的时候，双方之间不可能存在一个协定。[59] 但多边条约的情况并非如此，个别国家有可能不同意某些规定，它们或是完全忽略这些规定，或者以某种特定方式理解那些规定。因此，保留的效果就是简单地将被保留的条款从缔约国间有效的条约规定中排除出去。[60]

保留必须与其他针对条约所做的并不意图具有保留的法律效果的声明区别开来，如理解、政治声明或解释性声明。在后一种情况下，国家并无意对有关条约产生有拘束力的后果。所涉及的主要是在国内产生效果的政治表态，对其他缔约方没有拘束力。[61]
916 "单纯的"解释性声明与"限制性"解释性声明不同[62]，后一类在特定情况下能够成为保留。[63] 另一种描述方法是区分"简单的解释性声明"和"附条件的解释性声明"。[64] 国际法委员会的《实践指南》中提到后者，将其描述为这样的情形，即国家把对条约或其特

---

〔58〕 参见英国在此方面实践的综述，UKMIL, 68 BYIL, 1997, p. 482.

〔59〕 参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 203. 还参见 ILC 实践指南的准则草案 1.5.1, Report of the ILC on its 54th Session, 2002, p. 55.

〔60〕 参见，例如：*Legality of the Use of Force* (*Yugoslavia v. USA*), Provisional Measures Order, ICJ Reports, 1999, pp. 916, 924 和 the *Fisheries Jurisdiction* (*Spain v. Canada*) case, ICJ Reports, 1998, p. 432.

〔61〕 参见，例如"*Temeltasch*"案，5 European Human Rights Reports, 1983, p. 417 中有关保留和解释性声明的一般区别以及在《欧洲人权公约》中的不同。比较"*Ette*"案，European Court of Human Rights, Series A, No. 117. 参见，例如英国的实践，UKMIL, 68 BYIL, 1997, p. 483. 另参见：L. D. M. Nelson, "Declarations, Statements and 'Disguised Reservations' with respect to the Convention on the Law of the Sea", 50 ICLQ, 2001, p. 767; R. Sapienza, "Les Déclarations Interprétatives Unilatérales et l'Interprétation des Traités", 103 RGDIP, 1999, p. 601, and P. H. Imbert, "Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission", 33 ICLQ, 1984, p. 558 以及 *UN Juridical Yearbook*, 1976, pp. 220—1. 国际法委员会实践指南的准则草案 1.2 规定，解释性声明指"一国或一国际组织所做之片面声明，不论措辞或名称如何，其目的在于借此对声明者所赋予的条约或其某些规定的含义或范围加以详细说明或予以澄清"，Report of the ILC on its 54th Session, 2002, p. 52.

〔62〕 参见：D. McRae, "The Legal Effect of Interpretative Declarations", 49 BYIL, 1978, p. 155. 另参见：the *Temeltasch* case, pp. 432—3 and the First Pellet Report, pp. 58 及其以下。

〔63〕 关于前者的效果很不清楚，例如参见：the First Pellet Report, p. 60.

〔64〕 参见，例如：Nelson, "Declarations", p. 776.

定条款的特定解释作为其同意受该条约拘束的条件。[65]

在"英法大陆架"案中[66],仲裁庭强调法国对1958年《日内瓦大陆架公约》第6条的保留(英国反对)必须按照其术语的自然含义进行解释。[67] 英国主张,法国对第6条的第三个保留(有关在法国政府所界定的"特殊情况"区域内不适用等距离原则,其中专门提到了格兰维尔湾)实际上只是一个解释性声明。然而,法庭认为,尽管该保留含有解释的成分,但它也含有法国为其接受第6条的划界制度而设定的特定条件。这超出了单纯解释的范畴,因为它使得该制度的适用依赖于其他国家接受法国对含有"特殊情况"区域的认定。这样它就拥有了摒除或更改条约中若干规定对保留国适用时的法律效果的目的,因此构成一项保留。[68]

在1988年"贝利洛斯"案(the *Belilos* Case)中[69],欧洲人权法院考虑了瑞士在批准《欧洲人权公约》时所做的一项特殊解释性声明的效力问题。[70] 法院认为应当透过有关 917
声明的名称来确定其实质内容。需要求助准备资料(*travaux préparatoires*)以便查明声明起草者的初衷。根据这些,法院认为瑞士的确意图"避免有关诉诸法院权利的一般看法……可能对瑞士各州的公共管理和司法体制产生的影响,并因此……提出该声明以限制(其)受公约拘束的同意"[71]。作出这样的决定后,法院认定该声明起到了保留的效果,事实上并不符合公约第64条,该条禁止一般性质的保留[72],并要求对导致该保留的有效法律作出简要的说明。[73] 因此,该项声明是无效的。不难得出这样的结论,即关于在何种情况下将声明视为保留的问题,法院接受了一个对国家有利的检测标准,而只强调第64条有关对欧洲公约保留的有效性的要求。因此,在广泛适用这个有关解释性声明的较为容易的检测标准前,应当十分谨慎。然而,还是存在这样一个问题,即国家通过

---

[65] 准则草案1.2.1, Report of the ILC on its 54th Session, 2002, p.52.

[66] Cmnd 7438 (1979); 54 ILR, p.6.

[67] Cmnd 7438, pp.41—2; 54 ILR, pp.48—9. 它还强调,保留根据作出保留(以及对它们的任何反对)时有效法律来看必须是适当的, Cmnd 7438, p.35; 54 ILR, p.42.

[68] Cmnd 7438, p.43; 54 ILR, p.50.

[69] European Court of Human Rights, Series A, No. 132. 另参见: S. Marks, "Reservations Unhinged: The *Belilos* Case Before the European Court of Human Rights", 39 ICLQ, 1990, p.300.

[70] 瑞士在批准《欧洲人权公约》时总共做了两份解释性声明和两项保留。声明是关于公约处理公正审判权的第6条第1款的,规定瑞士认为该项权利仅是为了确保对公共当局的行为或决定有最后的司法控制。该事件涉及的是从洛桑警察局向沃州法院刑事上诉庭的上诉权,该法院事实上不可能听取新的主张,接受证据或就实质问题作出新的决定,而该声明是否使原告在这些情况下不能利用第6条。

[71] 第18—19页。

[72] 同上,第20—1页。

[73] 同上,第21—2页。

作出解释性声明来试图对禁止保留的条约作出保留。在这种情况下,该声明似乎对其他缔约方无效,后者有权视条约在所有缔约方之间完全有效,而不考虑该声明。[74]

为了确定一个单方声明构成的是一项保留还是一项解释性声明,应依该声明用语的通常意义并按照有关条约的上下文,对其进行善意的解释。有关国家当时作出该项声明
918 的意图也需要加以考虑。[75] 在双边条约的特殊情况下,如果一方作出的解释性声明被对方接受,则构成对该条约的权威解释。[76]

只有获得所有其他有关国家的同意才能进行保留,这是确立的一般规则。这是为了尽可能地保持行动的一致性以确保一个国际条约的成功,并将对条约约文的背离减至最少。这反映了条约本质上是契约的观点[77],并获得国际联盟的支持。[78] 其效果就是,如果一个国家希望进行保留,那么它就必须获得所有其他条约缔约方的同意。如果不可能,那么该国或者成为最初条约的缔约方(当然没有保留),或者根本就不参加该条约。然而,国际法院在"对灭绝种族罪公约的保留"案[79]中并未接受这种关于保留的严格做法。这是法院应联合国大会的请求所做的一个咨询意见。1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》没有包含允许保留的规定,一些国家提出了保留,但另一些国家予以反对。

法院指出:

> 一个提出并维持一项为公约的一个或多个缔约方反对,但却未被其他缔约方反对的保留的国家可以被视为该公约的缔约方,如果该项保留符合该公约的目的和宗旨的话。

在法院看来,是否符合是由国家个别作出决定的,因为它指出:

> 如果该公约的一个缔约方反对一项它认为不符合该公约的目的和宗旨的保留,那么它可以……认为保留国不是该公约的缔约方。[80]

919 法院的确强调了公约的完整性,但却指出了与《防止及惩治灭绝种族罪公约》有关

---

[74] 例如参见:Nelson, "Declarations", p. 781. 同时参见下文第 920 页。

[75] 参见 ILC 实践指南的准则草案 1.3.1, Report of the ILC on its 54th Session, 2002, p. 53. 准则草案 1.3.2 还说,所使用的措辞和名称暗示了法律效果,同上。

[76] 同上,第 56 页。

[77] 参见:Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 54—5, and Ruda, "Reservations", p. 112. 另参见:Redgwell, "Universality or Integrity", p. 246.

[78] Report of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, 8 LNOJ, pp. 880—1 (1927).

[79] ICJ Reports, 1951, p. 15; 18 ILR, p. 364.

[80] ICJ Reports, 1951, pp. 29—30.

的各种特殊情况，在这些情况下要求对该原则做更加灵活的解释。这些情况包括主持缔结该公约的联合国的普遍性、公约所预想的广泛参与、公约事实上是一系列多数表决的产物、公约所依据的原则事实上是一些已经对各国有拘束力的原则、联合国以及缔约国明确希望该公约成为一个普遍适用的公约以及公约的缔结纯粹出于人道主义的目的因此各缔约国没有自己的利益，而只有共同的利益。所有这些因素要求在本案中采取灵活的做法。

法院的做法虽然有某些潜在的弊端[81]，但是却与增加条约的可接受性以及扩大其范围的努力相一致，并符合国际组织作出决定的规则从适用全体一致转向多数表决制的趋势。[82] 1969 年《条约法公约》接受了法院的观点。[83]

根据第 19 条，在签署、批准、接受、赞同或加入条约时可以提出保留，但如果条约禁止保留，或条约仅准许特定保留而有关保留不在其内，或保留不符合条约的目的和宗旨，那么就不能保留。[84]

根据第 20 条第 2 款，即使在可能提出保留的情况下，“倘自谈判国之有限数目及条约之目的与宗旨，可见在全体当事国间适用全部条约为每一当事国同意承受条约拘束之必要条件时”，也必须适用保留须经全体当事国接受这一传统规则。

第 20 条第 4 款扼要规定了除第 20 条第 2 款及国际组织的组织约章以外的条约应 920
当遵守的一般规则。它们是：

> （甲）保留经另一缔约国接受，就该另一缔约国而言，保留国即成为条约之当事国，但须条约对各该国均已生效；
>
> （乙）保留经另一缔约国反对，则条约在反对国与保留国间并不因此而不生效力，但反对国确切表示相反之意思者不在此限；
>
> （丙）表示一国同意承受条约拘束而附以保留之行为，一俟至少有另一缔约国接受保留，即发生效力。

第 21 条规定了保留的效果。该条宣称，对另一当事国成立的保留，对保留国而言，其与该另一当事国的关系依照保留的范围修改保留所关涉及条约的规定。对该另一当

---

〔81〕 参见，例如：Fitzmaurice，“Reservations”.

〔82〕 虽然国际法委员会最初持批评的态度，但后来改变了想法：参见：*Yearbook of the ILC*，1951，vol. II，pp. 130—1，比较：同上，1962，vol. II，pp. 62—5 and 178—9. 还应注意，联合国大会 1959 年决议说，将法院的方法适用于所有在联合国主持下制订的公约，除非公约中含有相反规定，并将秘书长作为保存机关。

〔83〕 参见：Redgwell，“Universality or Integrity”，第 253 页及其以下。

〔84〕 另见国际法委员会《实践指南》草案第 1.3.1 条，A/61/10，2006，第 327 页及其以下。

事国而言,其与保留国的关系受同样的影响。以利比亚对 1961 年《维也纳外交关系公约》有关外交邮袋规定的保留为例,该保留允许利比亚在邮袋所属国同意的基础上进行查验,否则将退回至原发送地点。[85] 由于英国没有反对该保留,因此它可以对利比亚的外交邮袋采取相同的行动。然而,保留在条约其他当事国相互间不修改条约的规定。

第 21 条第 3 款规定,如果一国反对保留,但并不反对条约在其本国与保留国间生效,则"此项保留所关涉之规定在保留之范围内于该两国间不适用之"。仲裁庭在"英法大陆架"案中适用了这一规定,指出:

> 法国的保留和英国对这些保留的反对的结合效果是,既不像法兰西共和国所主张的那样使(1958 年《日内瓦大陆架公约》)第 6 条完全(*in toto*)不适用,也不像英
> 921 国最初主张的那样使该条完全得以适用。它使该条在保留的范围内在两国间不能适用。[86]

然而,还有一些重要的问题没有解决。特别是,不允许的保留有什么效果是不清楚的。[87] 一种主张认为这类保留无效[88],而另一种主张则认为任何保留的有效性取决于其他国家的接受。[89] 尽管存在允许保留的假设,但如果条约明示或默示地禁止保留,或保留违背条约的目的和宗旨,那么该假设就被取消了。[90] 另一个问题是决定不允许保留的这些条件何时得到满足。当宣称保留违背了条约的目的和宗旨时,这个问题就会特

---

[85] 参见:Foreign Affairs Committee, *Report on the Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges*, 1984, pp. 23—4,以及上文第 13 章,第 760 页。

[86] Cmnd 7438 (1979), p. 45; 54 ILR, p. 52. 另参见:A. E. Boyle, "The Law of Treaties and the Anglo-French Continental Shelf Arbitration", 29 ICLQ, 1980, p. 498, and Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 70—6.

[87] 例如参见:J. K. Koh, "Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision", 23 *Harvard International Law Journal*, 1982, p. 71, and Redgwell, "Universality or Integrity", p. 263. 当有关条约不允许保留时将解释性声明用作"隐性"保留的问题,另见上文第 915 页。

[88] 参见,例如:Bowett, "Reservations", pp. 77 and 84. 不被允许的保留可分为两种:一种与对有关公约的批准或加入相分离,另一种与条约的目的和宗旨相对立。在一种情况下,保留连同保留国对条约的整体接受都被视为无效。允许与否是一级问题,而可否反对,或其他国家的反应是二级问题,其前提是允许保留,同上,第 88 页。另参见:*Oppenheim's International Law*, p. 1247, note 1.

[89] 例如参见:Ruda, "Reservations", p. 190.

[90] 参见:the First Pellet Report, p. 50.

别困难。该用语的含义也并非确定无疑[91],但一般认为,针对条约中所规定的特定争端解决方法的保留不被视为违背条约的目的和宗旨。[92]

还有一个问题是谁有权作出这样的决定。同时,除非特殊条约作出不同规定[93],一 922
项保留是否不被允许是由条约当事国自己决定的。换句话说,它是一个客观标准的主观适用。[94] 一旦一项保留被证明不被允许,则存在两种基本的可能性。或者保留所涉及的条约规定对提出该不被允许的保留的国家完全适用,或者该国对条约的同意全部无效,因此该国不再是条约的缔约方。另外一个问题是其他的条约缔约方是否可以接受该不被允许的保留并因此使其合法化,或者一个不被允许的决定是否是确定无疑的:只能说国家的整体实践有些不确定。

关于人权条约有一种趋势,即将不被允许的保留视为结束该保留,因而有关规定对保留国完全适用。[95] 在"贝利洛斯"案中[96],欧洲人权法院特别强调瑞士对《欧洲人权公约》的义务[97],因此,决定瑞士的声明是一项保留以及无效的效果就是,瑞士完全受该规定(第6条)的拘束。该观点在"洛伊齐多诉土耳其"案(初步反对主张)中得到重申。[98] 法院根据上述公约有关承认委员会和法院职权的第25和46条分析了土耳其声 923

---

[91] 注意,国际法委员会《实践指南》草案第3.1.5条规定:"如果保留影响了条约总主旨所必需的基本要素,即该保留损害了条约存在的理由(raison d'être),那么它就不符合该条约的宗旨和目的,"参见:A/62/10, 2007, 第66页及其以下。指南草案第3.1.6条规定:"应善意决定条约的宗旨和目的,在其上下文中考虑条约的用语。还可以特别关注条约的标题,条约的准备工作和条约的缔结情况,以及在情况适合时,各方达成协议的随后的实践。"同上,第77页及其以下。

[92] 例如参见 *Yugoslavia v. Spain*, ICJ Reports, 1999, pp. 761, 772; *Yugoslavia v. USA*, ICJ Reports, 1999, pp. 916, 924 and *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, pp. 6, 32. 五位法官在联合个别意见中建议,该原则在范围上并非当然绝对的,ICJ Reports, 2006, pp. 6, 70 及其以下。还参见国际法委员会《实践指南》草案第3.1.13条, A/62/10, 2007, 第116页及其以下。

[93] 注意,例如1965年《消除一切形式种族歧视国际公约》第20条(2)规定,如果一项保留经至少三分之二本公约缔约国反对,则该保留应被视为与本公约的目的和宗旨相抵触。

[94] 例如参见: Ago, *Yearbook of the ILC*, 1965, vol. I, p. 161.

[95] 例如参见: Y. Tyagi, "The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties", 71 BYIL, 2000, p. 181; Aust, *Modern Treaty Law*, p. 119; *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions* (ed. J. P. Gardner), London, 1997, and K. Korkelia, "New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights", 13 EJIL, 2002, p. 437. 另参见: the Second Pellet Report, 1996, A/CN.4/4777. Add. 1.

[96] European Court of Human Rights, Series A, No. 132. 另参见:上文第916页。

[97] 法院指出:"毫无疑问的是,无论该声明的有效性如何,瑞士都受公约的拘束,而它自己也是这样看的",同上,第22页。

[98] European Court of Human Rights, Series A, No. 310 (1995); 103 ILR, p. 621.

明中所载领土限制的有效性[99]，并根据公约的规定认定这些声明是不允许的。法院的结论是，鉴于该公约作为人权条约的特殊性质，其效果是，保留是可以分开的，因此土耳其对委员会和法院管辖权的接受仍然有效，不受该声明中所载的无效规定的限制。[100]

联合国人权事务委员会在其1994年11月2日有争议的一般性评论24/52[101]中强调了人权条约的特殊性质，并表达了这样的信念，即《维也纳条约法公约》的规定"不适合处理人权条约的保留问题"。委员会认为，1966年《公民权利和政治权利国际公约》的规定反映了习惯国际法，不能成为保留的对象。对于该范围以外的不可克减规定的保留，国家负有证明该保留正当性的"重大举证责任"。委员会还强调说，不可接受的保留的一般效果是，该规定对提出该保留的国家完全适用，而不是公约对这样的缔约国完全无效。委员会还将自己视为唯一有权决定一个特定保留是否符合该公约目的和宗旨的机关。[102]

与此有关的争论包括该委员会以及其他类似监督机构的权力问题，它们与法院不
924 同，后者根据其组织约章有权以一种有拘束力的方式进行解释。[103] 国际法委员会1997年通过了《对规范性多边条约包括人权条约的保留的初步结论》。在该结论中，该委员会重申了《维也纳条约法公约》的保留制度对所有条约，包括人权条约的可适用性。国际法委员会认为人权监督机构有权对包括保留的可接受性在内的问题加以评论并提出建议，但不能影响缔约方按照1969年和1986年两个维也纳公约适用"传统控制模式"，同时也不意味着这样的机构能够超出其一般监督角色的范围而行使权力。委员会特别强调，在不可接受的情况下，"有责任采取行动的是保留国"，该国可以修改或撤回保留，

---

[99] 这些被认为构成"隐性保留"，ECHR, Series A, No. 310, p. 22.

[100] 同上，第22—9页。

[101] CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6. 另参见：15 *Human Rights Law Journal*, 1994, p. 464, and M. Nowak, "The Activities of the UN Human Rights Committee: Developments from 1 August 1992 to 31 July 1995", 16 *Human Rights Law Journal*, 1995, pp. 377, 380.

[102] 参见美国和英国政府对该一般性评论所做的批判性言论，16 *Human Rights Law Journal*, 1995, pp. 422及其以下。特别是，美国认为"美国批准书中所包含的保留是其受该公约拘束的同意的不可分割的组成部分。如果认定其中任何一个或一些保留无效，则整个批准就可能因此而无效了"，同上，第423页。英国政府的观点是，虽然"某种可分割性在适当情况下"也会提供一种解决，但可分割性同时涉及保留和与保留相关的那部分条约的运作，同上，第426页。它还指出，如果一国试图批准一个人权条约，但同时提出一个"与参与该条约制度根本不符"的保留的话，则该国将不能被视为该条约的当事国，同上。

[103] 另参见，例如：C. Redgwell, "Reservations to Treaties and Human Rights General Comment No. 24 (52)", 46 ICLQ, 1997, p. 390.

或者退约。[104]

然而，抛开该争论不谈，还存在这样的问题，即在对人权条约的大量保留中，许多都被批评违背了条约的目的和宗旨。[105]

总的来说，如果一国在接获关于保留的通知后十二个月期间届满时或至其表示同意 925
承受条约拘束之日为止，两者中以较后的日期为准，未对保留提出反对，那么此项保留即视为业经该国接受。[106] 保留、接受保留及反对保留，均必须以书面形式并送达缔约国及有权成为条约当事国的其他国家。

今天大多数多边条约实际上都会专门表明其对保留的立场。然而，有一些条约，如1958年《日内瓦公海公约》，根本未规定保留问题。其他的则规定只能对特定条款提出保留。[107] 更有一些则完全禁止任何保留。[108]

除非有相反的协议，对多边条约的保留只有当条约的其他国家收到撤回通知之时才能撤回。[109]

---

[104] Report of the ILC on its 49th Session, A/52/10, pp. 126—7. 另见联合国人权条约机关所建立的有关保留的工作组，A/60/278; HRI/MC/2005/5/Add. 1; and HRI/MC/2006/5. 国际法委员会《实践指南》草案第3.1.12条指出："评估一个保留与保护人权的一般性条约的宗旨和目的的相符性，应考虑该条约中所规定的各项权利的不可分性、相互依存性和相互关联性，以及保留所针对的权利或规定在该条约主旨中的重要性和该保留的影响的严重性。"参见A/62/10, 2007, pp. 113及其以下。

[105] 参见例如1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》，消除对妇女歧视委员会第4号(1987)、第20号(1992)和第21号(1994)一般建议。一般性参见：B. Clark, "The Vienna Conventions Reservations Regime and the Convention on Discrimination against Women", 85 AJIL, 1991, p. 281, and R. J. Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", 30 Va. JIL, 1990, p. 643. 另见：Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation 1223 (1993) on Reservations Made by Member States to Council of Europe Conventions, and W. A. Schabas, "Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform", 32 Canadian YIL, 1994, p. 39, and I. Ziemele, *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden, 2004.

[106] 《维也纳条约法公约》第20条第5款。参见美洲人权法院就对《美洲人权公约》的生效所做保留的效果的咨询意见，22 ILM, 1983, p. 37; 67 ILR, p. 559.

[107] 例如，1958《日内瓦大陆架公约》第12条(1)。关于1950年《欧洲人权公约》第64条，参见上文，第917页。

[108] 例如参见1952年《关于外国航空器对地(水)面第三者造成损害的公约》第37条。

[109] 参见《维也纳条约法公约》第22条第3款(甲)，和"刚果民主共和国诉卢旺达"案，ICJ Reports, 2006, paras. 4 1—2. 另见国际法委员会指南草案第2.5.2和2.5.8条，A/58/10, 2003, pp. 201及其以下。以及第231页及其以下。

条约的生效

基本上，条约的生效方式及日期由谈判国决定，但在没有此种规定或协议的情况下，一旦确定所有谈判国同意承受条约拘束，条约即行生效。[110] 在许多情况下，条约会规定其将在某个特定的日期生效，或是在最后一个批准之后并经过一段确定时间后生效。通常多边条约会规定在一定数目的国家批准后生效，否则大型多边条约会受到损害。例如，1958 年《日内瓦公海公约》规定，自第 22 份批准书交存联合国秘书长后 30 日生效，
926 而 1969 年《条约法公约》从第 35 份批准书交存后 30 日起生效，《国际刑事法院罗马规约》要求 60 份批准书。当然，即使获得了条约生效所需的批准数量，也只有那些实际批准了该条约的国家才受其拘束。条约不能拘束那些仅仅签署了它的国家，除非签署在特定情况下被视为足以表达国家承受拘束的同意。

1969 年公约第 80 条（仿效《联合国宪章》第 102 条）规定，条约应于生效后送请联合国秘书处登记并公布。这些规定的目的在于终结导致第一次世界大战爆发的秘密条约的行为，并使得包含所有登记条约的《联合国条约集》尽可能地完善。[111]

条约的适用[112]

条约一旦生效，就会产生一些它们在特定情况下如何适用的问题。除非有相反意思表示，条约没有溯及力，因此其规定对当事国接受该条约之前的任何事实、行为或情势没有拘束力。[113] 除非条约表示不同意思，或另经确定外，第 29 条规定条约对每一当事国的拘束力及于其全部领土。这是一般规则，但一国可能规定某国际协定只适用于其部分领土。过去在一些欧洲殖民国家缔结的条约中含有所谓的“殖民地条款”，宣布某协定

---

〔110〕 第 24 条。参见：Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 44—7. 另参见：Thirlway, “Law and Procedure (Part four)”, pp. 32 及其以下, and Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 9.

〔111〕 《联合国宪章》第 102 条还规定，各国不能在联合国机关内援引未经登记的条约。还参见上文，第 905 页，和 http://untreaty.un.org/.

〔112〕 例如参见：Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 217, 以及 *Oppenheim's International Law*, p. 1248.

〔113〕 第 28 条。参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 212—13 以及 the *Mavrommatis Palestine Concessions* case, PCIJ, Series A, No. 2, 1924. 注意公约第 4 条，它规定不妨碍习惯法的适用，而且本公约仅适用于各国于本公约对各该国生效后所缔结的条约。

的条款是否延伸至各殖民地。[114]

关于同一事项先后所订条约的适用问题，第30条规定： 927

一、以不违反联合国宪章第一百零三条为限[115]，就同一事项先后所订条约当事国之权利与义务应依下列各项确定之。

二、遇条约订明须不违反先订或后订条约或不得视为与先订或后订条约不合时，该先订或后订条约之规定应居优先。

三、遇先订条约全体当事国亦为后订条约当事国但不依第五十九条终止或停止施行先订条约时[116]，先订条约仅于其规定与后订条约规定相合之范围内适用之。

四、遇后订条约之当事国不包括先订条约之全体当事国时：

（甲）在同为两条约之当事国间，适用第三项之同一规则；

（乙）在为两条约之当事国与仅为其中一条约之当事国间彼此之权利与义务依两国均为当事国之条约定之。

五、第四项不妨碍第四十一条[117]或依第六十条终止或停止施行条约之任何问题[118]，或一国因缔结或适用一条约而其规定与该国依另一条约对另一国之义务不合所生之任何责任问题。

随着国家数量的增长，条约数目的不断增加，以及区域层面的先进行为所带来的额外复杂性，由先后条约所引发的问题正变得越来越严重。[119] 第30条所规定的规则提供 928
了一般的指导，在许多情况下该问题将由当事国自己明确地加以解决。

第三国

与为国际社会创造有拘束力的法律规则有关的一个很有趣的问题是条约对第三国，

---

[114] 参见：Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 87—92. 还参见例如1950年《欧洲人权公约》第63条。实践似乎是，除非有相反证据，根据习惯法条约将在一方的所有领土内适用，包括殖民地，参见，例如：McNair, *Law of Treaties*, pp. 116—17.

[115] 它规定，联合国会员国在本宪章下的义务与其依任何其他国际协定所负的义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。另参见：the *Lockerbie* (*Libya v. UK*; *Libya v. US*) case, ICJ Reports, 1992, pp. 3, 15; 94 ILR, pp. 478, 498.

[116] 这处理的是后约终止或暂停施行条约的问题：进一步参见下文第947页。

[117] 该条处理的是多边条约的部分当事国之间修改该多边条约的协定：进一步参见下文，第931页。

[118] 该条处理的是重大违约：进一步参见下文，第947页。

[119] 参见：Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 93—8, and Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 12. 另参见：McNair, *Law of Treaties*, pp. 219 及其以下。

即非条约当事国的适用和效果。[120] 一般规则是，国际协定只能拘束当事国。这一规则的理由可以在国家的主权和独立这些基本原则中找到，它们假定国家在承受某一规则拘束之前必须对该规则表示了同意。当然这是一个一般性观点，而并非在所有情况下都正确。但它的确仍是国际法中的一个根本方法。公约第 34 条重申了该一般规则，规定“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”。[121]

很清楚，条约不能为第三国设定义务，而国际法委员会在维也纳会议和维也纳公约之前的讨论中也强调了该问题。[122] 然而，对此有一个重大的例外，即条约的有关规定成为了习惯法。[123] 在此情况下，所有国家都受拘束，而无论它们是否为最初条约的当事国。例如，本世纪初《海牙公约》规定的与战争有关的法律如今被视为习惯国际法的一部分。[124]

《联合国宪章》第 2 条第 6 款涉及该问题，该款规定：

929

> 本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。

有时，有学者主张该规定创设了有拘束力的义务，而不仅仅表明对非联合国会员国的态度。[125] 这可能是正确的，因为《宪章》第 2 条所列的原则可以被视为习惯国际法的一部分，而且考虑到一个协定可以合法地规定对侵略国采取制裁行动。《公约》第 75 条规定：

> 本公约之规定不妨碍因依照联合国宪章对侵略国之侵略行为所采取措施而可能引起之该国任何条约义务。

第 35 条指出，如条约当事国有意以条约的一项规定为第三国创设一项义务，且该项义务经第三国以书面明示接受，则该第三国即因此项规定而负有义务。[126]

---

〔120〕 参见，例如：Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 98—106; Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 14, and *Oppenheim's International Law*, p. 1260. 该规则有时被称为“条约不损害第三国利益”这一格言。另参见：Thirlway, “Law and Procedure (Part One)”, p. 63.

〔121〕 有关国家在条约方面的继承，参见下文第 17 章，第 970 页。

〔122〕 *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 227.

〔123〕 第 38 条。参见上文第 3 章，第 95 页，以及“北海大陆架”案，ICJ Reports, 1969, p. 3; 41 ILR, p. 29. 另参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 230.

〔124〕 参见下文第 21 章，第 1168 页。

〔125〕 参见，例如：H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, pp. 106—10. 另参见：McNair, *Law of Treaties*, pp. 216—18.

〔126〕 关于创设共同目的的形成这种义务基础的协议，参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 227.

就条约赋予第三国权利而言，则有所不同。常设国际法院在“自由区”案（the *Free Zones case*）[127]中宣称：

> 有关根据其他国家间缔结的文件而获取一项权利的问题……需要在每一特定案件中加以决定：必须弄清作出有利于第三国规定的国家是否意图为其创设一项实际权利，而且该第三国是否已经接受该项权利。

《维也纳公约》第36条规定：

> 如条约当事国有意以条约之一项规定对一第三国或其所属一组国家或所有国家给予一项权利，而该第三国对此表示同意，则该第三国即因此项规定而享有该项权利。该第三国倘无相反之表示，应推定其表示同意，但条约另有规定者不在此限。

而且，特定种类的条约可以创设“对一切”（*erga omnes*）的义务或权利，而在此情况 930
下，所有国家都被推定受其拘束或从中受益。这些例子可能包括建立特殊领土制度的多边条约，如苏伊士和基尔运河或黑海海峡。[128] 在“温布尔登”案中[129]，常设法院指出：“出于世界各国的利益……一条国际水道”已经确立起来。换句话说，条约为第三国创设义务，要求该国以书面形式表示同意，而在赋予第三国利益的情况下，倘无相反表示即推定其同意。这是因为，根据国家主权、平等和不干涉等基本原则，习惯国际法的一般主旨倾向于赞同赋予第三国权利的有效性，而反对为它们创设义务的有效性。

条约的修正和修改

尽管对国际协定的修正和修改这两种程序有着相同的目标，即它们都涉及条约的变更，但它们是不同的活动，需以不同的方式完成。修正指的是正式变更条约的规定，从而影响某一协定的所有当事国；而修改只是在特定当事国之间变更条约的某些规定。当认为需要时，条约得以当事国间的协议修正之，但在此情况下，除条约可能另有规定者外，

---

[127] PCIJ, Series A/B, No. 46, 1932, pp. 147—8; 6 AD, pp. 362, 364.

[128] 例如参见：Aust, *Modern Treaty Law*, pp, 208—9; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 248, and N. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 1997. 关于对一切的义务，进一步参见上文第14章，第807页。

[129] PCIJ, Series A, No. 1, 1923, p. 22; 2 AD, p. 99. 另参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 228—9, and E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century”, 159 HR, 1978, pp. 1, 54, and de Aréchaga, “Treaty Stipulations in Favour of Third States”, 50 AJIL, 1956, pp. 338, 355—6.

应当遵守本章所描述的与条约的缔结、生效有关的所有规则。[130] 可以理解的是，由于情况发生变化，可能需要对有关国际协定中的一些规定加以变更。这是国际关系的一个正
931 常方面，没有什么奇怪的。事实上变更必须按照形成最初条约的同样规则完成，这是理所当然的，因为涉及法律权利和义务，而它们的任何变化都涉及对国家主权和同意的考量，这需要仔细地解释和分析。然而，如果口头的或是不成文的协定不是模棱两可且有清楚证据加以证明，有可能对其进行修正。许多多边条约都专门规定了修正的条件。例如，《联合国宪章》第 108 条规定，修正案经联合国会员国三分之二、包括安全理事会全体常任理事国采纳和批准后，对所有会员国发生效力。

在没有专门的修正程序时就可能发生问题，一些当事国可能反对其他当事国提出的修正案。《维也纳公约》第 40 条规定了倘若条约本身没有相反规定时修正多边条约应当采用的程序。任何修正案的提议都必须通知全体缔约国，各该缔约国均应有权参加关于对此种提议采取行动的决定以及任何协定的谈判和缔结。凡有权成为条约当事国的国家亦应有权成为修正案的当事国，但此修正案对于已为最初协定的当事国而未成为修正后协定当事国的国家无拘束力[131]，除非条约本身有相反的规定。

一国在修正案生效后成为条约当事国的情况稍微有点复杂。该国应视为修正后协定的当事国，但对于那些不受修正案拘束的条约当事国除外。在这种情况下，对那些国家而言，该国应被视为未修正条约的当事国。

多边条约的两个或更多当事国可以完全不顾全体当事国的修正案，而决定以某种方式在彼此间修改该条约。这一技术就是所谓的修改，如果有关条约没有禁止，且不影响其他当事国的权利或义务，是允许修改的。然而，如果其意图更改的规定是“损抑即与有
932 效实行整个条约之目的及宗旨不合之规定”，则不应修改。[132] 条约还可以通过另一后来的协定被修改[133]，或者被嗣后确立的强行法规则所修改。[134]

---

[130] 第 39 条。另参见：Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 106—9; Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 15, and *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 232.

[131] 参见第 30 条(4)b。

[132] 第 41 条。

[133] 参见第 30 条，以及上文，第 927 页。

[134] 参见上文第 3 章，第 123 页，以及下文，第 944 页。

条约的解释[135]

无论在国内法还是国际法层面，法院、法庭和律师们长期面临着与解释有关的问题。[136] 因此，提出了各种规则和方法以帮助司法机构解决该问题。[137] 就国际法而言，有三种基本的条约解释方法。[138] 第一种围绕协定的实际文本，强调对所用词语的分析。[139] 第二种对于模棱两可的规定探寻缔约各方的意图，可称之为主观方法，以与前一学说的客观方法相对应。[140] 第三种方法采取了比其他两种方法更宽泛的视角，强调在权衡条约任何特定规定的含义时应当将条约的目的和宗旨作为最重要的依据。[141] 这一 933
目的论学派具有强调法官或仲裁员作用的效果，因为他们需要界定条约的目的和宗旨，由此该学派被批评为鼓励法官立法。然而，对国际条约的任何实际解释都不得不考虑到该协定的所有方面，从所使用的词语到当事国的意图以及特定文件的目的。将其中的任何一部分完全排除都是不可能的。

《维也纳公约》第31条到第33条在某种程度上包含了所有这三种学说的内容。第

---

[135] 例如参见：Sinclair, *Vienna Convention*, chapter 5; J. M. Sorel, "Article 31" in Corten and Klein, *Conventions de Vienne*, p. 1289; Y. Le Bouthillier, "Article 32" 同上, p. 1339; A. Papaux, "Article 33" 同上, p. 1373; G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951—4", 33 BYIL, 1957, p. 203 and 28 BYIL, 1951, p. 1; H. Lauterpacht, "Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties", 26 BYIL, 1949, p. 48; M. S. McDougal, H. Lasswell and J. C. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, Yale, 1967; E. Gordon, "The World Court and the Interpretation of Constitutive Treaties", 59 AJIL, 1965, p. 794; O'Connell, *International Law*, pp. 251 及其以下，以及 Brownlie, *Principles*, pp. 602 及其以下. 另参见 S. Sur, *L'Interprétation en Droit International Public*, Paris, 1974; M. K. Yasseen, "L'Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne", 151 HR, 1976 III, p. 1; H. Thirlway, "The Law and Practice of the International Court of Justice 1960—1989 (Part Three)", 62 BYIL, 1991, pp. 2, 16 及其以下和"(Part Four)", 62 BYIL, 1992, p. 3, and Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960—1989; Supplement, 2006: Part Three", 77 BYIL, 2006, p. 1; Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 13; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 252, and *Oppenheim's International Law*, p. 1266.

[136] 注意，一国机关对条约所做的单方解释对另一方没有拘束力，参见：McNair, *Law of Treaties*, pp. 345—50, and the *David J. Adams* claim, 6 RIAA, p. 85 (1921); 1 AD, p. 331.

[137] 但是参见：J. Stone, "Fictional Elements in Treaty Interpretation", 1 *Sydney Law Review*, 1955, p. 344.

[138] 参见：Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 114—15, and Fitzmaurice, "Reservations".

[139] 参见：Fitzmaurice, "Law and Procedure", pp. 204—7.

[140] 例如参见：H. Lauterpacht, "De l'Interprétation des Traités: Rapport et Projet de Résolutions", 43 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1950, p. 366.

[141] 例如参见：Fitzmaurice, "Reservations", pp. 7—8 and 13—14, and "Law and Procedure", pp. 207—9.

31 条规定了解释的基本规则，被视为反映了习惯国际法。[142] 第 31 条第 1 款宣称，条约应"依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义善意"解释。[143] 国际法院在"大会接纳一国加入联合国的权限"案(the *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* case)[144]中指出："被请求解释和适用条约规定的法庭的首要职责是努力使它们在其上下文中的自然和通常的意义有效。"[145] 例如，欧洲人权法院基于此规定在"利思戈"案(the *Lithgow* case)[146]中认为，在上下文是就妨
934 害财产权所做赔偿的情况下，《欧洲公约》第一议定书第 1 条所使用的"基于……国际法一般原则所规定的条件外"这一短语，不能被解释为扩大了这一领域内的国际法一般原则而为国民财产(不同于外国人)的国有化确立了赔偿标准。[147] "上下文"一词被认为包括条约的序言和附件，以及全体当事国间因缔结条约所订的任何协定或文书。[148]

厄立特里亚和埃塞俄比亚边界委员会在其划界决定中强调，第 31 条第 1 款所包含的各项要素是在确立当事各方的真实意图或它们的"共同意愿"时的指引[149]，而与这一过程相关的是"时际法"(contemporaneity)原则。这意味着条约应当参照其缔结时的主

---

[142] 国际法院曾在许多场合重申，《维也纳公约》第 31 和 32 条反映了习惯法，例如参见：the *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, paras. 160 及其以下; the *Indonesia/Malaysia* case, ICJ Reports, 2002, pp. 625, 645—6; the *Botswana/Namibia* case, ICJ Reports, 1999, p. 1045; the *Libya/Chad* case, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 21—2; 100 ILR, pp. 1, 20—1, and the *Qatar v. Bahrain* case, ICJ Reports, 1995, pp. 6, 18; 102 ILR, pp. 47, 59. 其他法院和法庭也曾作此表示，例如参见：1994 年"GATT 争端解决专家组关于美国限制进口金枪鱼的报告"，33 ILM, 1994, pp. 839, 892; the case concerning the *Auditing of Accounts between the Netherlands and France*, arbitral award of 12 March 2004, para. 59, and the *Iron Rhine* (*Belgium/Netherlands*), arbitral award of 24 May 2005, para. 45. 另参见：*Oppenheim's International Law*, p. 1271.

[143] 例如参见：the *German External Debts* arbitration, 19 ILM, 1980, pp. 1357, 1377. 另参见：阿吉布拉法官在"利比亚/乍得"案中的个别意见，ICJ Reports, 1994, pp. 6, 71; 100 ILR, pp. 1, 69. 关于"目的和宗旨"，例如参见"拉格朗"案，ICJ Reports, 2001, para. 102; 134 ILR, p. 41.

[144] ICJ Reports, 1950, pp. 4, 8; 17 ILR, pp. 326, 328.

[145] 另参见：the *La Bretagne* arbitration (*Canada v. France*), 82 ILR, pp. 590, 620.

[146] European Court of Human Rights, Series A, No. 102, para. 114; 75 ILR, pp. 438, 482.

[147] 另参见：the *James* case, European Court of Human Rights, Series A, No. 98, para. 61; 75 ILR, pp. 397, 423, and the Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights in the *Enforceability of the Right to Reply* case, 79 ILR, pp. 335, 343, and the *Meaning of the Word "Laws"* case, 79 ILR, pp. 325, 329.

[148] 第 31 条第 2 款。另参见：the *US Nationals in Morocco* case, ICJ Reports, 1952, pp. 176, 196; 19 ILR, pp. 255, 272; the *Beagle Channel* case, HMSO, 1977, p. 12; 52 ILR, p. 93, and the *Young Loan* arbitration, 59 ILR, pp. 495, 530.

[149] 130 ILR, pp. 1, 34. 另参见：Lord McNair in the *Argentina/Chile Frontier* case, 38 ILR, pp. 10, 89.

要背景加以解释[150]，因此，应当给文件中所使用的表达和地名以它们在当时所具有的意义。[151] 然而，如国际法院所指出的，这并不能阻止它在解释条约时考虑“当事国在提交给它的文件资料中所反映出来的科学知识的现状”。[152]

还应指出的是，解释的过程“是一种司法职能，其宗旨是确定一项规定的精确意义，但不能修改它”。[153]

此外，与条约有关的任何嗣后的协定或实践必须与上下文一并考虑。[154] 嗣后的实践其实具有双重功能：它或许是解释的工具，或许还标志着当事国之间根据有关条约所 935
建立起来的法律关系的变化。[155]

在解释条约时应当考虑适用于当事国之间关系的任何有关的国际法规则[156]，这项规定在“石油平台”案（伊朗诉美国）中被（略有争议地）用来证明诉诸在 1955 年《友好、经济关系和领事权利条约》背景下使用武力有关的规则的合理性。[157]

如果按照第 31 条所获得的解释需要证实，或者由于所获意义不明或难解，或所获结果显属荒谬或不合理而需确定，就得使用第 32 条中解释的补充资料。这些资料包括条

---

[150] 参见：*Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 346. 另参见：D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*, London, 2001。关于时际法，参见上文第 10 章，第 508 页。

[151] *Eritrea-Ethiopia*, 130 ILR, pp. 1, 34—5.

[152] *Botswana/Namibia*, ICJ Reports, 1999, pp. 1045, 1060.

[153] 例如参见：the *Laguna del Desierto* case, 113 ILR, pp. 1, 44.

[154] 第 31 条第 3 款 a 和 b 项。

[155] 关于后者，例如参见“隆端寺”案，ICJ Reports, 1962, p. 6; 33 ILR, p. 48，“纳米比亚”案，ICJ Reports, 1971, pp. 16, 22; 49 ILR, p. 2，“塔巴”案，80 ILR, p. 226 和“厄立特里亚—埃塞俄比亚”案，130 ILR, pp. 1, 34 及其以下。

[156] 第 31 条第 3 款 c 项。

[157] ICJ Reports, 2003, pp. 161, 182; 130 ILR, pp. 323, 341—2. 希金斯法官在其个别意见中指出：“法院在关于武力使用的实体国际法的整体（判决第 42 段将其界定为包括宪章法）中解读这一规定。但是，这将忽略第 31 条第 3 款要求考虑‘上下文’：而‘上下文’显然是一个经济和商业条约的上下文，”同上，第 225 和 237 页；130 ILR, pp. 383, 395. 另见 *Iran* v. *USA*, Case No. A/18, 5 Iran-US CTR, p. 251; 75 ILR, pp. 175, 188，其中法庭全体认定，援引第 31 条第 3 款 c 项，当请求者在相关时期内的主要的和有效的国籍是美国国籍时，法庭对具有伊朗和美国双重国籍者对伊朗的请求享有管辖权，以及 *Loizidou* v. *Turkey* (*Preliminary Objections*), European Court of Human Rights, Series A, No. 310, p. 25; 103 ILR, p. 621.

约的准备工作及缔约之情况，可以在上述情况下使用以助于解释有关条约。[158] 然而，国际法院曾强调"解释必须首先根据条约的约文"。[159]

判例法为上述规则提供了一些有趣的指引。在"和平条约的解释"案（the *Interpretation of the Peace Treaties* case）[160] 中，请求国际法院回答的问题是联合国秘书长是否可以在争端一方（保加利亚、匈牙利和罗马尼亚）拒绝任命其代表的情况下应另一方的请求任命条约委员会的第三名成员。法院强调，与有关三国的和平条约的用语的自然和通常的意义是设想在任命了其他两名成员后再任命该第三名成员。通过建立一个并非条约设想的委员会的方式，不能补救对条约义务的违反。法院不能使用有效性原则来赋予和平条约中的争端解决规定一个与其字面和精神都相违背的意义。法院还强调了争端条款的性质，认为应当加以严格解释。这样，在利用有关的解释规则的前提下，待解释条款的性质十分重要。然而，根据当事国的意图[161] 以及国际法的规则[162]，为使有关条款有效，将使用有效性原则。[163]

应当指出，有效性原则连同目的论方法在两种情况下被以一种特别有创造性的方式加以运用。就构成国际组织基本文件的条约而言，使用更为灵活的解释方法似乎是合理
937 的，因为所处理的文件的目的在于完成该组织宣称的目标。此外，嗣后实践的概念和性

---

[158] 参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 223，国际法委员会质疑"奥德河"案中的规则，PCIJ, Series A, No. 23, 1929; 5 AD, pp. 381, 383，即由于三个当事国未曾参加预备会议，因此不能考虑《凡尔赛和约》某些条款的准备资料。另参见：the *Young Loan* case, 59 ILR, pp. 495, 544—5; Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 141—7, and the *Lithgow* case, European Court of Human Rights, Series A, No. 102, para. 117; 75 ILR, pp. 438, 484. 注意，在"利比亚/乍得"案，ICJ Reports, 1994, pp. 6, 27; 100 ILR, pp. 1, 26，和"卡塔尔诉巴林"案，ICJ Reports, 1995, pp. 6, 21; 102 ILR, pp. 47, 62，国际法院裁定，虽然没有必要求助准备资料以阐明有关文件的内容，但可以用它们来确认其对约文的解读。还参见"修建隔离墙"案的咨询意见，ICJ Reports, 2004, pp. 136, 174 及其以下; 129 ILR, pp. 37, 92 及其以下。

[159] The Libya/Chad case, ICJ Reports, 1994, pp. 6, 22; 100 ILR, pp. 1, 21.

[160] ICJ Reports, 1950, pp. 221, 226—30; 17 ILR, pp. 318, 320—2. 另参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 220.

[161] 国际法院在"渔业管辖权（西班牙诉加拿大）"案中宣称，有效性原则"在条约法中有重要作用"，ICJ Reports, 1999, pp. 432, 455.

[162] 例如参见：the *Ambatielos* case, ICJ Reports, 1952, p. 28; 19 ILR, p. 416. 另参见：the *Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 24; 16 AD, pp. 155, 169 and *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 219.

[163] 例如参见：the *Fisheries Jurisdiction* (*Spain v. Canada*) case, ICJ Reports, 1999, pp. 432, 455, the *Right of Passage* (*Preliminary Objections*) case, ICJ Reports, 1957, p. 142 and the *Laguna del Desierto* case, 113 ILR, pp. 1, 45.

质在这种情况下当然也更加具有相关性。[164] 该方法已经被用来推导出那些虽然没有在有关文件中明确规定,但从该组织的宗旨来看是必需的权力。[165] 这种实用主义的解释理论如今已经在此种情况中牢牢确立起来了,特别是就联合国而言,190 多个国家超过 60 年的关于该组织原则的实践是不言自明的。

更有创造性的解释方法在人权条约中也很明显,例如《欧洲人权公约》就创造了一个执行体系。[166] 据此所建立起来的特殊法律秩序包含着保护人权的客观义务,而非主观的和相互的权利。[167] 因此,采用了一种更加灵活和实用的或是目的论的解释方法,强 938
调公约是一个有生命的文件,需要"按照目前的情况"加以解释。[168] 此外,公约的目的和

---

[164] 注意,根据第 5 条,《维也纳公约》被认为适用于任何属于国际组织基本文件的条约。另参见:C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, Cambridge, 1996, chapter 2, and Amerasinghe, "Interpretation of Texts in Open International Organisations", 65 BYIL, 1994, p. 175; M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, pp. 64—73; S. Rosenne, "Is the Constitution of an International Organisation an International Treaty?", 12 *Communicazioni e Studi*, 1966, p. 21, and G. Distefano, "La Pratique Subséquente des Etats Parties á un Traité", AFDI, 1994, p. 41.

[165] 例如参见:the *Reparations* case, ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318; the *Certain Expenses of the UN* case, ICJ Reports, 1962, p. 151; 34 ILR, p. 281; the *Competence of the General Assembly for the Admission of a State* case, ICJ Reports, 1950, p. 4; 17 ILR, p. 326, and the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, p. 16; 49 ILR, p. 2. 另参见:Shaw, *Title to Territory*; R. Higgins, "The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations", PASIL, 1965, p. 119, and H. G. Schermers and N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd edn, The Hague, 1995, chapter 9. 进一步参见下文第 23 章第 1305 页起。

[166] 进一步参见上文第 7 章第 347 页。另参见:J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2nd edn, Manchester, 1993, chapter 4. 注意,欧洲人权法院在"洛伊齐多诉土耳其"案(初步反对主张)中强调国际法院和欧洲法院在作用和目的方面的根本差异,Series A, No. 310, p. 26 (1995); 103 ILR, p. 621. 还参见 *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, paras. 403 及其以下。

[167] 例如参见"奥地利诉意大利"案,4 *European Yearbook of Human Rights*, 1960, pp. 116, 140 和"冰岛诉英国"案, Series A, No. 25, p. 90 (1978). 同时参见美洲人权法院就对《美洲人权公约》的生效所做保留的效果的咨询意见, 22 ILM, 1983, pp. 37, 47; 67 ILR, pp. 559, 568, 它采用了类似的方法。

[168] 例如参见:the *Tyrer* case, European Court of Human Rights, Series A, No. 26, at p. 15 (1978); 58 ILR, pp. 339, 553; the *Marckx* case, ECHR, Series A, No. 32, at p. 14 (1979); 58 ILR, pp. 561,583; the *Wemhoff* case, ECHR, Series A, No. 7 (1968); 41 ILR, p. 281, and the *Loizidou* case, ECHR, Series A, No. 310, p. 23; 103 ILR, p. 621. 另参见:H. Waldock, "The Evolution of Human Rights Concepts and the Application of the European Convention on Human Rights" in *Mélanges Offerts à Paul Reuter*, Paris, 1981, p. 535. 还应注意联合国人权事务委员会在其 1994 年 11 月 2 日就保留问题所做的第 24/52 号一般性评论中的观点,参见 15 Human Rights Law Journal, 1994, p. 464, 以及上文第 923 页。

宗旨要求对此条款的解释应使其保护措施具有实用性和有效性。[169]

其实,"记者执照"案[170]指出,在这种情况下,虽然将《美洲人权公约》和其他相关国际文件加以比较有其好处,但不能利用该方法将存在于其他条约中的限制引入到该公约之中。在此情况下,"最有利于个人这一规则必须优先"。

第31条第4款规定,倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义。由于涉及背离用语的通常意义,因此证明的标准似乎是相当高的。一方只是以一种特定方法使用了该特定用语是不够的。[171]

如果条约以一种以上文字作准,就像多边协定经常发生的那样,第33条规定,倘无协定,当适用通常的解释程序不能消除意义的差别时,应采用顾及条约目的及宗旨的最能调和各约文的意义。[172]

939 ## 条约的效力、终止和暂停施行[173]

一般性规定

第42条规定,条约的效力和继续生效只能基于《维也纳公约》中的规定始得加以非议。第44条规定,除条约另有规定或当事国另有协议外,当事国退出或停止施行条约只能针对整个条约,而不能针对其特定部分。如果条约失效、终止、退出或停止施行条约的适当理由仅与特定条文有关,可于下列情形下仅对各该条文援引之:

(甲)有关条文在适用上可与条约其余部分分离;

(乙)由条约可见或另经确定各该条文之接受并非另一当事国或其他当事国同

---

[169] 例如参见:*Soering v. UK*, European Court of Human Rights, Series A, No. 161, p.34 (1989); 98 ILR, p. 270; *Artico v. Italy*, ECHR, Series A, No. 37 (1980) and *Loizidou v. Turkey*, ECHR, Series A, No. 310, p.23 (1995); 103 ILR, p.621.

[170] 1985年美洲人权法院的咨询意见,75 ILR, pp.30, 47—8.

[171] 参见"东格陵兰"案,PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, p.49; 6 AD, p.95, 和"英法大陆架"案, Cmnd 7438, p.50; 54 ILR, p.6.

[172] 参见"拉格朗"案,ICJ Reports, 2001, para. 101; "马弗罗马提斯巴勒斯坦特许权"案, PCIJ, Series A, No. 2, p.19, 它号召在此类情况下采取更加严格的解释,以及 the *Young Loan* case, 59 ILR, p.495. 还参见 Aust, *Modern Treaty Law*, pp.250 及其以下。

[173] Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p.302, and *Oppenheim's International Law*, p.1284. 另参见:N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford, 1995, and Aust, *Modern Treaty Law*, chapters 16 and 17.

意承受整个条约拘束之必要根据;及

(丙) 条约其余部分之继续实施不致有失公平。

这样,公约在这种情况下对于条约规定的可分离性这个一般性问题采取了一种谨慎的方法。[174]

第45条主要规定,如果一国于知悉事实后仍明白同意条约有效或仍然生效,或者根据其行为必须视为已默认条约的效力或条约继续生效,那么该国就不得再援引条约失效、终止、退出或停止施行条约的理由。[175]

条约的无效 940

国内法

一国不能将违反其宪法有关缔约的规定作为有效借口主张协定不适用。多年来在国际法律工作者之间关于缔结条约时,如国家元首,违反国内法律限制是否会导致该条约无效的问题一直存有分歧。[176] 公约的观点是一般不会,但在某些情况下是会的。

第46条第1款规定:

> 一国不得援引其同意承受条约拘束之表示为违反该国国内法关于缔约权限之一项规定之事实以撤销其同意,但违反之情事显明且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规则者,不在此限。

违反情事倘由对此事依通常惯例并秉善意处理的任何国家"客观视之为显然可见者",即系显明违反。[177] 例如,如果一国的代表代表该国表示同意的权力附有特定限制但他却未遵守该限制,除非在其表示同意前已将此项限制通知其他谈判国,否则该国仍将受其代表所做同意的拘束。[178] 这项专门规定适用于被授权代表一国的人员,根据第7

---

[174] 参见:Judge Lauterpacht, the *Norwegian Loans* case, ICJ Reports, 1957, pp. 9, 55—9; 24 ILR, pp. 782, 809, and Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 165—7.

[175] 例如参见"西班牙国王仲裁裁决"案,ICJ Reports, 1960, pp. 192, 213—14; 30 ILR, pp. 457, 473, 以及"隆端寺"案, ICJ Reports, 1962, pp. 6, 23—32; 33 ILR, pp. 48, 62. 同时参见"阿根廷—智利"案,38 ILR, p. 10 和上文第10章。

[176] 参见:Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 169—71, 其中区分了宪法主义者和国际主义者,以及K. Holloway, *Modern Trends in Treaty Law*, London, 1967, pp. 123—33. 另参见:*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 240—1.

[177] 第46条(2)。

[178] 第47条。例如参见"东格陵兰"案,PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933; 6 AD, p. 95, 和"卡塔尔诉巴林"案,ICJ Reports, 1994, pp. 112, 121—2; 102 ILR, pp. 1, 18—19.

条的规定，此类人员包括国家元首、政府首脑和外交部长，以及持有全权证书的人员。[179]

国际法院在“喀麦隆诉尼日利亚”案中处理过这个问题，尼日利亚在该案中主张两国间1975年的《马鲁阿宣言》无效，因为它的宪法规则没有得到遵守。法院指出，尼日利
941 亚国家元首已经签署了该宣言。法院还指出，除非加以妥善公布，否则对他职权的限制就不是“显明的”。因为就履行与缔结条约有关的行为而言，国家元首被认为代表其国家。[180] 法院还指出：“国家没有一般法律义务去跟踪他国国内发生的对于这些国家间的国际关系重要的或可能变得重要的立法和宪法发展”。[181]

当然还应当指出，一国不得援引其国内法规定为理由而不履行国际义务。这是一项国际法的一般原则[182]，而根据1969年《维也纳条约法公约》第27条，它同样适用于条约法。

错误

与错误在国内合同法中的作用不同，在国际法上因错误导致一国的同意无效的范围相当有限。鉴于国家的特性以及实际办理条约谈判和缔结人员的多样性，错误并不容易发生，无论单方面的还是相互之间的错误，都是如此。

第48条宣布，一国得援引条约中的错误以撤销其承受条约拘束之同意，但此项错误以关涉该国于缔结条约时假定为存在且构成其同意承受条约拘束的必要根据的事实或情势者为限。但是，如果该国知道或应当知道该错误，或其助成该错误，则该国不能事后提出该错误以免除其遵守条约的义务。

这一限制性做法与包括“隆端寺”案[183]在内的许多案件中的意见一致。国际法院拒绝了泰国下述的主张，即由于某张地图中包含有一个根本性的错误，因此泰国没有义务遵守该地图。因为“如果提出主张的一方以其自身的行为助成了或能够避免该错误，或
942 如果当时的情况足以使该国知悉该可能的错误，那么就不能将错误作为一个使其同意无效的因素而加以主张”。[184] 法院认为，根据泰国一侧审查该地图人员的性质和资质，泰国不能提出关于错误这一主张。

---

[179] 参见上文，第908页。

[180] ICJ Reports, 2002, pp. 303, 430.

[181] 同上，第430—1页。

[182] 参见例如“亚拉巴马号仲裁”案，J. B. Moore, *International Arbitrations*, New York, 1898, vol. 1, p. 495, 以及“格雷科—保加利亚社区”案，PCIJ, Series B, No. 17, p. 32; 5 AD, p. 4. 同时参见“《联合国总部协定》第21条规定的仲裁义务的可适用性问题”案，ICJ Reports, 1988, pp. 12, 34—5; 82 ILR, pp. 225, 252.

[183] ICJ Reports, 1960, p. 6; 33 ILR, p. 48.

[184] ICJ Reports, 1960, p. 26; 33 ILR, p. 65.

诈欺和贿赂

倘一国因另一谈判国的诈欺行为而同意受条约的拘束，则该国根据第 49 条可以援引诈欺为理由撤销其承受条约拘束的同意。倘一谈判国直接或间接贿赂另一国的代表以取得后者对条约的同意，则根据第 50 条该贿赂可以被援引为理由撤销承受条约拘束的同意。[185]

强迫

条约法中比错误、诈欺或贿赂更为重要的是以强迫为理由撤销同意的问题。倘同意系以行为或威胁对其代表所施之强迫而取得者，根据第 51 条，应无任何法律效果。[186]

通过对国家本身实施强迫而取得其同意的问题稍有不同。很清楚，在国际联盟以前，国际法没有规定以一方对另一方使用武力或威胁为由撤销条约，这是习惯法中缺乏禁止诉诸战争规则的结果。随着 1919 年《国联盟约》的签署，以及 1928 年《白里安—凯洛格公约》禁止诉诸战争以解决国际争端，国家开始采取新的观点来看待国际关系中使用武力的非法性问题。

第二次世界大战后，随着纽伦堡原则的阐释以及《联合国宪章》的生效，国际法谴责国家的强迫行为这一点已经变得很清楚了。

《联合国宪章》第 2 条第 4 款规定：

> 各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

因此，基于对一国的强迫而缔结的条约应当视为无效。[187] 943

据此，公约第 52 条规定："条约系违反联合国宪章所含国际法原则以威胁或使用武力而获缔结者无效。"维也纳会议在通过公约前对该问题进行了大量争论。共产主义国家和一些第三世界国家主张，强迫不仅包括使用武力或威胁，而且包括经济和政治压力。[188] 国际法委员会在该问题上没有坚定的立场，但指出，该定义所覆盖的行为范围应留待实践中通过对宪章有关规定的解释来决定。[189]

---

[185] 此类情况在实践中十分罕见，参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 244—5 and Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 173—6.

[186] 例如参见：*First Fidelity Bank NA v. Government of Antigua and Barbuda Permanent Mission* 877 F. 2d 189, 192 (1989); 99 ILR, pp. 126, 130.

[187] 参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 246—7. 同时参见"渔业管辖权"案，ICJ Reports, 1973, pp. 3, 14; 55 ILR, pp. 183, 194.

[188] 参见：Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 177—9.

[189] *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 246—7.

然而,维也纳会议通过了一个《关于缔结条约中禁止使用军事、政治或经济强迫的宣言》,谴责使用此类强迫以获取条约的缔结。公约本身没有包括这些观点,因此可以认为使用政治或经济压力以确保一国同意条约可能并不违反国际法,但是很清楚,许多问题将取决于有关情况。

在国际关系中,强国为促使弱国采取某种特定政策而施加的各种影响的范围很广,可能不仅包括强制性的威胁,还包括轻微地表达不满。任何特定情形的细微差别都取决于多种因素,如果认为所有形式的压力都违反国际法将是一种误导。

国际法院的帕迪亚·内沃(Nervo)法官在"渔业管辖权"案[190]中提到了这个问题,他说:

> 有些道德和政治压力不能够用所谓的文件证据加以证实,但它们事实上无疑是真实的,并且在历史上曾经产生了一些条约和公约,这些条约和公约据称是自愿缔结的,因此受约定必须遵守这一原则的调整。[191]

944 同样应当指出的是,决不能将第52条所使用的"违反联合国宪章所含国际法原则"这一短语解释为只适用于联合国会员国,而应当将其看作是一个普遍性规则。

强行法[192]

公约第53条规定:

> 条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用本公约而言,一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律。

第64条宣布:"遇有新一般国际法强制规律产生时,任何现有条约之与该项规律抵

---

[190] ICJ Reports, 1973, p.3; 55 ILR, p.183.

[191] ICJ Reports, 1973, p.47; 55 ILR, p.227.

[192] 例如参见:J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, New York, 1974; C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Leiden, 1976; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki, 1988; A. Gomez Robledo, "Le Jus Cogens International: Sa Genèse, Sa Nature, Ses Fonctions", 172 HR, 1981, p.9; L. Alexidze, "Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law", 172 HR, p.219; G. Gaja, "Jus Cogens Beyond the Vienna Convention", 172 HR, 1981, p.271; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p.202, and *Oppenheim's International Law*, p.1292. 另参见: *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp.247—8, and Sinclair, *Vienna Convention*, chapter 7.

触者即成为无效而终止。"[193]

正如第3章所指出的那样[194],强行法、国际法基本规则和固有规则的概念如今在理论上已经牢牢确立起来了,但对其内容和产生方法尚存有争议。1969年公约中加入有关强行法的条款强调了那些与条约有关的基本原则。

无效的后果

第69条规定,无效条约是无效的,没有法律效力。如已有信赖此种条约而实施之行为,则每一当事国可以要求任何其他当事国在彼此关系上尽可能恢复未实施此项行为前 945
原应存在的状况。在援引条约无效理由前以善意实施的行为并不仅因条约无效而成为不合法。

如果条约根据第53条是无效的,第71条规定当事国应尽量消除依据与任何强行法相抵触的规定所实施行为的后果,并使彼此关系符合一般国际法强制规律。如果条约依第64条而终止,则解除当事国继续履行条约之义务,但这并不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生的任何权利、义务或法律情势,如果嗣后此等权利、义务或情势的保持能符合新强制规律的话。

条约的终止[195]

有许多终止或暂停施行条约的方法。

依条约规定或经当事国同意而终止

条约可以依照该条约的具体规定,或无论何时经全体当事国于咨商后表示同意而终止或暂停施行。[196] 然而,如果条约没有关于终止的规定,也没有专门关于废止或退出的规定,那么一国只有在当事国原意为容许有此可能,或由条约的性质可认为含有此项权利的情况下,才能废止或退出该条约。[197] 联合国人权事务委员会在其1997年第26号

---

[193] 同时参见第71条和下文第945页。还参见A. Lagerwall, "Article 64" in Corten and Klein, *Conventions de Vienne*, p. 2299.

[194] 参见上文第123页。

[195] 例如参见:E. David, *The Strategy of Treaty Termination*, New Haven, 1975; A. Vamvoukis, *Termination of Treaties in International Law*, Oxford, 1985, and R. Plender, "The Role of Consent in the Termination of Treaties", 57 BYIL, 1986, p. 133. 另参见: Thirlway, "Law and Procedure (Part Four)", pp. 63及其以下, and Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 16.

[196] 第54和57条。

[197] 第56条。布赖尔利所给出的例子包括同盟条约和商业条约,J. Brierly, *The Law of Nations*, 6th edn, Oxford, 1963, p. 331. 同时参见"尼加拉瓜诉美国"案, ICJ Reports, 1984, pp. 392, 420; 76 ILR, pp. 1, 131.

"一般性评论"中注意到《公民权利和政治权利国际公约》中没有终止和废止的规定，并
946 根据《维也纳公约》的规定得出结论说，当事国没有容许有此可能性的意图。委员会的根据是下述事实，即当事国能够撤销对国家相互控诉权利的接受，而有关个人申诉权利的《第一任择性议定书》则对退约作出了规定。委员会还强调说，该公约作为编纂普遍人权的文件，从其性质上讲就不是那种隐含废止权利的条约。[198]

当然，如果条约的宗旨和目的已经实现，或者从其规定可以明显地看出其有一定的时间限制而规定的期限已过，那么该条约也将终止。法庭在"彩虹勇士号"案[199]中认为，1986年新西兰和法国之间的那个有关因炸沉船舶而遭逮捕的两名法国特工的协定[200]自1986年7月22日生效，按照协定的规定监禁两名特工已经持续了三年的时间。因此，该期限已于1989年7月22日过期，在此期限后就不能说法国违反了其国际义务。然而，这不能免除先前当这些义务还有效时法国违反其义务的责任。由先前违反条约所产生的请求即使该条约已经过期也将独立于条约而存在。[201] 条约的终止不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生的任何权利、义务或法律情势。[202]

正如多边条约的两个或两个以上当事国可以在其彼此之间修改多边协定的特定条款[203]，它们根据第58条也可以暂时并仅于彼此间缔结协定停止施行条约规定，如果条
947 约规定有此种可能性的话。根据该条，此种停止在下列情况中同样可能，即如果有关条约不禁止，且不影响其他当事国在该条约项下的权利或义务，同时也非与条约的目的及宗旨不合。

当条约的全体当事国以后就同一事项缔结了另外一个条约，先前的条约将被视为业已终止，如果很明显此事项应以后订条约为准，或后订条约的规定与前订条约的规定互不相容的程度使两者不可能同时适用。[204]

---

[198] A/53/40, annex VII.

[199] 82 ILR, pp. 499, 567—8.

[200] 参见上文第779页。

[201] 参见麦克奈尔法官在下面这个案件中所发表的反对意见：the *Ambatielos* case, ICJ Reports, 1952, pp. 28, 63; 19 ILR, pp. 416, 433.

[202] 1969年《维也纳公约》第70条(1)b。参见下文，第952页。注意，国际法委员会在《武装冲突对条约的效果条款草案》第3条(A/CN. 4/178, 2007, p. 7)中规定武装冲突的爆发并不当然中止或暂停下列条约：(a) 武装冲突各方之间的条约，和(b) 武装冲突的一方或多方与第三国之间的条约。第10条规定，按照《联合国宪章》行使单独或集体自卫权的国家有权全部或部分暂停与行使该权利不符的条约的实施，但受制于安理会后来将该国界定为侵略者所引发的任何后果。该规定是基于国际法研究院1985年通过的武装冲突对条约的效果的决议第7条，同上，第18页。

[203] 第41条和上文第931页。

[204] 第59条。

重大违约[205]

有两方面的问题需要加以考虑。一方面,如果一国违反了协定中的一条重要规定,那么其他相关国家由此将该协定视为业已终止就十分自然。它实际上是一种报复或对抗措施[206],一种虽非巧妙但却有效的确保条约得以实施的方法。一方对条约的违反可能导致其终止的事实对于任何打算违反某一条款,但却不愿意放弃其他条款所规定的好处的当事国能起到阻吓作用。另一方面,仅仅由于一方的行为违反了一个就条约整体而言无关紧要的条款就使该条约无效将把参与条约的各国置于极为不利的地位。在此种情况下既需要灵活性,也需要确定性。习惯法支持这样的观点,即仅仅违反条约的某一规定本身尚不足以使其他当事国取得废除该条约的权利。在智利和秘鲁间的"塔克纳—阿里克仲裁"案(the *Tacna-Arica* case)中[207],仲裁员在谈及一个关于在智利所占领的先前秘鲁的领土内举行公民投票的协定时指出:

> 很明显,滥用行政会导致终止此类协定的效果,因此需要就妨碍该协定宗旨的 948
> 行政违法的后果设定严格的条件。[208]

《维也纳公约》第 60 条包含了相关规定,该条是对现存习惯法的编纂。[209] 第 60 条第 3 款宣称,重大违约是指废弃条约,而此种废弃非《维也纳公约》所准许;或是违反了对达成条约目的或宗旨至关重要的规定。[210] 第 60 条第 3 款的第二部分在"彩虹勇士号"案中得到适用。[211] 该案中,将两名有关的法国特工在一个太平洋岛屿上监禁至少三年的义务被认为构成 1986 年新西兰和法国间协定的目的或宗旨,因此法国在三年期限届满前允许特工离开该岛的行为就构成了对该条约的严重违反。

如果此种违约发生在双边条约中,那么根据第 60 条第 1 款,无过错的一方有权援引该违约为理由终止该条约,或全部或局部停止其施行。国际法院曾经明确指出,条约一当事国的重大违约就足以使另一当事国以此为终止的理由。[212] 但是,以尚未发生的违

---

[205] 例如参见:S. Rosenne, *Breach of Treaty*, Cambridge, 1985. 另参见: D. N. Hutchinson, "Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties", 59 BYIL, 1988, p.151, and M. M. Gomaa, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, The Hague, 1996.

[206] 同时参见上文第 14 章第 794 页。

[207] 2 RIAA, p.921 (1925).

[208] 同上,第 943—4 页。

[209] 参见"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案,ICJ Reports, 1997, pp.7, 38; 116 ILR, p.1. 还参见 B. Simma and C. J. Tams, "Article 60" in Corten and Klein, *Conventions de Vienne*, p.2131.

[210] 参见"纳米比亚"案, ICJ Reports, 1971, pp.16, 46—7; 49 ILR, pp.2, 37.

[211] 82 ILR, pp.499, 564—6.

[212] "加布奇科沃—大毛罗斯工程"案, ICJ Reports, 1997, pp.7, 65; 116 ILR, p.1.

约为理由终止条约，如匈牙利基于捷克斯洛伐克一项尚未导致多瑙河改道的工程为由提出终止一双边条约，将被视为过急的和不合法的。[213]

多边条约的情况有很大不同，因为所涉及的许多无过错方可能并不希望其中一方由于另一国的违约而废止该条约。为应对此种情况，第60条第2款规定，多边条约当事国之一有重大违约情事时：

949 （a）其他当事国有权以一致协议：

（1）在各该国与违约国之关系上，或

（2）在全体当事国之间，将条约全部或局部停止施行或终止该条约；

（b）特别受违约影响之当事国有权援引违约为理由在其本国与违约国之关系上将条约全部或局部停止施行；

（丙）如由于条约性质关系，遇一当事国对其规定有重大违反情事，致每一当事国继续履行条约义务所处之地位因而根本改变，则违约国以外之任何当事国皆有权援引违约为理由将条约对其本国全部或局部停止施行。[214]

有趣的是，根据第60条第5款，第60条有关重大违约的定义和后果的规定不适用于“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之人采取任何方式之报复之规定”。这是因为所涉及的是客观和绝对的原则，而非相互间的权利和义务。[215]

条约履行不能[216]

公约第61条[217]意图应对如岛屿沉没或河流干涸等导致条约无法履行的情况。倘因“实施条约所必不可少之标的物永久消失或毁坏”以致不可能履行条约时，当事国可以有效地终止或退出条约。然而，如不能履行系属暂时性质，就只能被援引为停止施行
950 条约的理由。如果条约不能履行是一当事国违反条约义务或违反对条约任何其他当事国所负任何其他国际义务之结果，则该当事国不得援引不可能履行为理由终止或停止施

---

[213] ICJ Reports, 1997, p. 66.

[214] 参见：*Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 253—5. 同时参见“纳米比亚”案，ICJ Reports, 1971, pp. 16, 47; 49 ILR, p. 37, 和“美法航空运输协定”案，54 ILR, pp. 304, 331.

[215] 例如参见：G. Fitzmaurice, “General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, 92 HR, 1957, pp. 1, 125—6, 以及上文第7章，第348页。

[216] 例如参见：McNair, *Law of Treaties*, pp. 685—8, and Sinclair, *Vienna Convention*, pp. 190—2.

[217] 这同样也是习惯法的编纂：参见“加布奇科沃—大毛罗斯工程”案，ICJ Reports, 1997, pp. 7, 38; 116 ILR, p. 1.

行条约。[218]

情势变迁[219]

情势变迁(*rebus sic stantibus*)理论是习惯国际法中的一项原则,规定如果条约缔结时的情况发生了根本改变,则该条约的当事国可以退出或终止条约。该原则被如下事实证明为合理,即一些条约会长期有效,而期间可能已经发生了重大变化。如果完全拒绝调整条约规定的话,那么此种变化就可能促使当事国一方采取激烈的措施。然而,该理论受到了批评,其理由是,考虑到国际秩序中没有任何强制性的管辖体制,该理论可能扰乱国家所承担义务的拘束力。此理论可能被用来为基于十分无关紧要的理由的退约进行辩护。[220]

现在的做法是承认该理论的存在,但严格限制其范围。[221] 国际法院在"渔业管辖权"案中指出:

> 国际法承认情势变迁,如果该情势使当事国决定接受一个条约,而其变化导致条约所加义务的范围发生根本变动,那么在某些条件下就可能赋予受影响的当事国 951
> 一个可以援引为终止或暂停施行条约的理由。[222]

法院继续说,在适用该理论之前还需要确定,此种变化"必须增加了尚待履行义务的负担,以至于使得该履行根本不同于最初所承担的义务"。[223]

---

[218] 参见: *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, p. 256. 同时参见"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案, ICJ Reports, 1997, pp. 7, 63—4; 116 ILR, p. 1.

[219] 例如参见:M. N. Shaw and C. Fournet, "Article 62" in Corten and Klein, *Conventions de Vienne*, p. 2229; D. F. Vagts, "*Rebus* Revisited: Changed Circumstances in Treaty Law", 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2004—5, p. 459; M. Bennett and N. Roughan, "*Rebus Sic Stantibus* and the Treaty of Waitangi", 37 *Victoria University Wellington Law Review* 2006, 505; C. Hill, *The Doctrine of Rebus Sic Stantibus in International Law*, Leiden, 1934; O. Lissitzyn, "Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*)", 61 AJIL, 1967, p. 895; P. Cahier, "Le Changement Fondamental de Circonstances et la Convention de Vienne de 1969 sur le Droit des Traités" in *Mélanges Ago*, Milan, 1987, vol. I, p. 163, and Vamvoukis, *Termination*, part 1. 另参见: *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, pp. 257 及其以下。注意"TWA Inc. 诉福兰克林铸币公司"案的判决,23 ILM, 1984, pp. 814, 820, 私人不能利用情势变迁规则。

[220] 1914 年之前似乎就是这种情况,参见:J. Garner, "The Doctrine of *Rebus Sic Stantibus* and the Termination of Treaties", 21 AJIL, 1927, p. 409, and Sinclair, *Vienna Convention*, p. 193. 另参见: G. Harastzi, "Treaties and the Fundamental Change of Circumstances", 146 HR, 1975, p. 1.

[221] 参见例如"自由区"案,PCIJ, Series A/B, No. 46, pp. 156—8; 6 AD, pp. 362, 365.

[222] ICJ Reports, 1973, pp. 3, 20—1; 55 ILR, p. 183.

[223] 同上。

国际法院认为《维也纳公约》第62条在许多方面是对现存习惯法的编纂[224]，该条规定：

一、条约缔结时存在之情况发生基本改变而非当事国所预料者，不得援引为终止或退出条约之理由，除非：

（甲）此等情况之存在构成当事国同意承受条约拘束之必要根据；及

（乙）该项改变之影响将根本变动依条约尚待履行之义务之范围。

二、情况之基本改变不得援引为终止或退出条约之理由：

（甲）倘该条约确定一边界；或

（乙）倘情况之基本改变系援引此项理由之当事国违反条约义务或违反对条约任何其他当事国所负任何其他国际义务之结果。

该条还指出，一当事国在上述情况下可以不终止或退出条约，而是选择停止施行条约。

国际法院在"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案中审查了这一理论并得出结论说：

在法院看来，匈牙利所主张的情势变迁无论单独的还是整体的都不具有这样的性质，即它们的影响将根本改变为完成该工程尚待履行义务的范围。情势变迁必须是不能预料的；条约缔结时此等情况的存在必须构成当事国同意承受条约拘束的必
952 要根据。《维也纳条约法公约》第62条否定性和有条件的表述更是清楚地指明，条约关系的稳定性要求只能在例外情况下适用情势变迁的主张。[225]

终止或停止施行条约的后果

第70条规定：

一、除条约另有规定或当事国另有协议外，条约依其规定或依照本公约终止时：

（甲）解除当事国继续履行条约之义务；

（乙）不影响当事国在条约终止前经由实施条约而产生之任何权利、义务或法律情势。

---

[224] ICJ Reports, 1973, p. 18. 还参见"加布奇科沃—大毛罗斯工程"案，ICJ Reports, 1997, pp. 7, 38; 116 ILR, p. 1.

[225] ICJ Reports, 1997, p. 65. 欧洲法院在1998年"*Racke v. Hauptzollamt Mainz*"案中遵循这一做法，ECR 1-3655, 3705-7. 国际法委员会在《武装冲突对条约的效果条款草案》第3条中（A/CN.4/178, 2007, p. 7）规定，武装冲突的爆发并不当然中止或暂停下列条约：(a) 武装冲突各方之间的条约，和(b) 武装冲突的一方或多方与第三国之间的条约。

二、倘一国废止或退出多边条约，自废止或退出生效之日起，在该国与条约每一其他当事国之关系上适用第一项之规定。

第72条规定：

一、除条约另有规定或当事国另有协议外，条约依其本身规定或依照本公约停止施行时：

（甲）解除停止施行条约之当事国于停止施行期间在彼此关系上履行条约之义务；

（乙）除此以外，并不影响条约所确定当事国间之法律关系。

二、在停止施行期间，当事国应避免足以阻挠条约恢复施行之行为。[226]

争端解决[227]

第66条规定，如果争端在12个月内未能依《联合国宪章》第33条所指示的方法获得解决，则将依循进一步的程序。如果争端与第53条或第64条（强行法）有关，任一当 953
事国可以请求书的方式将争端提请国际法院裁决，但各当事国同意将争端提交仲裁的除外。如果争端与公约中的其他问题有关，任一当事国可以向联合国秘书长提出请求，启动公约附件所规定的和解程序。

国家和国际组织之间的条约[228]

国际法委员会1982年完成了《国家与国际组织间或国际组织相互间条约法条款草案》，1986年通过了《关于国家和国际组织间条约法的维也纳公约》。[229] 除在细节上作

---

[226] 有关应当遵循的程序参见第65条。

[227] 例如参见：Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 20; H. Ruiz Fabri, "Article 66" in Corten and Klein, *Conventions de Vienne*, p. 2391, 和 J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edn, Cambridge, 2004. 还参见下文第18章。

[228] 例如参见：G. Gaja, "A 'New' Vienna Convention on Treaties Between States and International Organisations or Between International Organisations: A Critical Commentary", 58 BYIL, 1987, p. 253, and F. Morgenstern, "The Convention on the Law of Treaties Between States and International Organisations or Between International Organisations" in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, p. 435.

[229] 参见上文注释2。

必要的修改外，其规定严格照搬了1969年《维也纳公约》。然而，1986年公约第73条指出："在均为1969年维也纳条约公约当事国的国家间，其在两个或更多国家和一个或更多国际组织间的条约下的关系，应受上述公约的支配。"该规定确认1969年公约对国家的优先性在实践中是否会损害国际组织的利益是一个存在争论的问题。虽然有主张认为国际组织在条约法某些领域内的地位很难与国家的地位相类比，但通过1986年公约的会议本身的强烈意愿无论如何是为了维护一致性。[230]

国际法委员会特别关注国际组织缔结的条约对其成员国的效果。国际法委员会草案第36分条[231]规定：

> 如果条约各当事方有意以这些规定作为确立此种义务以及赋予此种权利的方
> 954 法，并且已经在条约中或另经协议确定了它们的条件和效果，那么一国际组织的成员国就会因该组织为当事方的条约规定而承担义务和享有权利，如果：
>
> （1）通过该组织的基本文件或其他方式，该组织会员国已经一致同意受条约所述规定的拘束；以及
>
> （2）该组织成员国承受条约有关规定拘束的同意已经恰当地告之谈判各国和各组织。

例如，在关税同盟的情况下就会发生这种情形。它是一个国际组织，通常会缔结一些关税协定，而其成员并非当事方。此类协定如果不能立即拘束各成员国，就几乎没有价值。[232]

然而，尽管欧洲联盟对于采纳此条款草案特别有兴趣，但该条款在会议上还是被否决了[233]，取而代之的是公约第74条第3款。该条规定：

> 本公约各项规定不应妨害关于一国际组织为当事方的条约为该国际组织各成员国确立义务和权利而可能发生的任何问题。

这样，有关情形将留待在个案基础上根据有关各国在具体情况下的同意加以解决。

1986年公约和1969年公约的另一不同之处在于争端解决的规定。由于国际组织不能成为国际法院诉讼程序的当事方，因此条款草案第66条为涉及强行法原则事项的

---

[230] 参见：Morgenstern，"Convention"，pp. 438—41.

[231] 国际法委员会在其评论中将其描述为引发争论最多的条款，*Yearbook of the ILC*，1982，vol. II，part 2，p. 43.

[232] 同上，第43—44页。

[233] 例如参见：Gaja，"'New' Vienna Convention"，p. 264.

争端规定了强制仲裁,并在附件中包含了所建议的仲裁庭的细节。1969 年公约有关为涉及其他条款的争端而设立的强制和解的规定也几乎未加修改就被草案吸收了。然而,1986 年公约本身却采取了不同的方法。根据第 66 条第 2 款,如果一个国际组织根据《联合国宪章》第 99 条被授权可以请求发表咨询意见,当它是有关强行法争端的当事方的时候,可以请求国际法院发表咨询意见,而该咨询意见"应当被争端各当事方接受为决定性的"。如果该组织没有根据第 99 条被授权,那么它可以采用与成员国相同的程序。如果没有请求发表咨询意见或是法院本身不接受该请求,那么就应当提交强制仲裁。[234]

进一步阅读推荐书目

A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd edn, Cambridge, 2007

M. Fitzmaurice and O. Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, 2005

I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edn, Manchester, 1984

[234] 关于条约和国家责任之间的关系,同时参见上文第 14 章,第 778 页。国家条约继承问题包括在第 17 章,第 966 页。

17
国家继承

政治实体不是永恒的，而是会发生变化的。新国家会出现，旧国家会消亡[1]，还会出现联邦、合并、解散和继承。在一般框架中处理这些情形时，国际法必须使混乱和动荡减少到最低限度。自从第二次世界大战结束以来，已经出现了超过一百个新独立国家，这些变化是引人注目的。

对于国际法和国际社会来说，某特定领土实体政治主权的改变可能会带来各种困

---

[1] 一般参见：D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge, 2 vols., 1967; O'Connell, "Recent Problems of State Succession in Relation to New States", 130 HR, 1970, p. 95; K. Zemanek, "State Succession after Decolonisation", 116 HR, 1965, p. 180; O. Udokang, *Succession of New States to International Treaties*, New York, 1972; J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1974, vol VII; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, chapter 29; UN, *Materials on Succession of States*, New York, 1967 以及 supplement A/CN.4/263, 1972, 以及 UN, *Materials on Succession of States in Matters Other than Treaties*, New York, 1978; International Law Association, *The Effect of Independence on Treaties*, London, 1965; Z. Mériboute, *La Codification de la Succession d'Etats aux Traités*, Paris, 1984; S. Torres Bernardez, *Succession of States' in International Law: Achievements and Prospects* (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, p. 381; D. Bardonnet, *La Succession d'Etats à Madagascar*, Paris, 1970; R. Müllerson, "The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia", 42 ICLQ, 1993, p. 473; M. Koskenniemi and M. Lehto, "La Succession d'Etats dans l'ex-URSS", AFDI, 1992, p. 179; M. Bedjaoui, "Problèmes Récents de Succession d'Etats dans les Etats nouveaux", 130 HR, 1970, p. 455; *Oppenheim's International Law*, (eds. R. Y. Jennings and A. D. Watts), 9th edn, London, 1992, p. 208; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd edn, Oxford, 2006; P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London, 2002; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 538; M. N. Shaw, "State Succession Revisited", 5 Finnish YIL, 1994, p. 34; *Succession of States* (ed. M. Mrak), The Hague, 1999; B. Stern, "La Succession d'Etats", 262 HR, 1996, p. 9; *State Succession: Codification Tested against Facts* (eds. P. M. Eisemann and M. Koskenniemi), Dordrecht, 2000, 以及 *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition* (eds. I. Klabbers et al.), The Hague, 1999.

难。例如,在多大的程度上新国家受其领土上旧的主权者签订的条约和合同的约束?该 957
领土上的居民是否自动取得国籍从而取代前国家的国籍?旧的主权者的公共财产怎么办?还有,新国家需要在多大程度上承担前国家的债务责任?

不能混淆国际法中的国家继承与国内法中的继承及财产等转移给有关继承人。国家继承涉及其他利益和利害关系。由于国际法中存在国家主权原则、国家平等原则和不干涉原则,因此采取类似于国内法中的一般继承原则是非常困难的。尽管有人企图类推适用罗马法在不动产继承方面法律人格的连续原则[2],但从国家利益和实践来看,这种做法是不能得到支持的。在19世纪实证主义鼎盛时期,曾出现过相反的理论,即基本上全盘否认在旧的主权者和新的主权者之间移交任何权利、债务和财产利益。随着非殖民化进程的加速,这种理论再次以"白板"原则的形式得到体现。根据这项原则,新国家有权不承担前国家的任何债务。

许多特定的情形都可能产生国家继承问题。这些情形与可能出现主权国家的情形相同,例如既存的领土单位全部或部分非殖民化、既存国家解散、出现领土分离、吞并和合并。在所有这些情形中,原先得到承认的实体全部或部分消失,并被一些其他实体继承,这样就产生了债权和债务的转移问题。不过,国家继承问题并不影响国家在国际法中正常的权利和义务,这些权利和义务的存在是因为有国际法的基本原则存在,也是作为主权者的必然结果,而不是从旧的主权者转移的结果。还应当把国家继承问题与政府继承问题区分开来,特别是因革命产生的继承、由此引起的承认形式和责任问题。[3]

在许多情况下,这些问题都可以通过签订条约的形式加以解决,无论是涉及领土处分的多边条约(例如1919年解决关于奥匈帝国解体某些问题的《圣日耳曼条约》(Treaty 958
of St Germain))[4],还是诸如殖民当局和新国家之间签订双边协议的形式,尽管这种协议对第三国并不产生拘束力。例如,英国、法国和荷兰就采用了殖民当局和非殖民化产生的新国家之间签订转让协议的制度。这种协议一般规定,殖民当局根据有效的国际文件对所有与所涉领土有关的权利、利益和债务及责任都转让给新国家。[5] 不过,许多新

---

〔2〕 参见:O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 9 ff.

〔3〕 参见:上文第9章和第14章。

〔4〕 参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 178—82. 该条约规定,奥匈帝国的继承国对它的公共债务承担责任。也可以参见:1947年《对意大利的和平条约》。

〔5〕 例如参见:1947年《英国—缅甸协议》。也可以参见:N. Mugerwa, "Subjects of International Law" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, pp. 247, 300—1, 以及 *Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, p. 186. 还可以参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 352—73, 以及 Brownlie, *Principles*, p. 633.

国家对这种制度并不满意,其中有些国家发表单方面声明,表示在一段过渡期内,前国家签订的条约继续有效,经审查后再决定应当接受或拒绝的条约。[6] 在双边条约的情况下,那些不具有习惯法地位的条款将在该过渡期结束后终止。

不过,国际法中的国家继承问题是非常复杂的。已经有许多规则专门用来对付某个特定的政治变更,而且国际社会对付这些变更的方式并不总是一致。[7] 例如,关于南斯拉夫的大会设立的仲裁委员会强调指出,"几乎不存在适用于国家继承的确定的国际法原则。尽管 1978 年和 1983 年的《维也纳公约》的确规定了一些指导性规则,但对这些规则的适用在很大程度上是在个案的基础上决定的"。[8] 在"间谍指控"案(the *Espionage*
959 *Prosecution* case)中,德国联邦最高法院指出,"国家继承问题是国际法中最具争议的领域之一。"[9] 从国际法角度来说,继承问题是通过习惯国际法规则调整的。相关的公约已有两个:一个是 1978 年的《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》(1996 年生效);还有一个是 1983 年的《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(尚未生效)。不过,这些公约规定的许多条款反映了现有的国际法。

可以把国家继承本身简单界定为:一国对领土的国际关系所负的责任由别国取代。[10] 不过,这种说法掩盖了许多问题,因为在国家资格的连续性方面从继承到不继承存在相当复杂的情形。国家继承基本上是一个笼统的术语,反映的是对某块特定的领土发生的主权权力变更这种现象。在许多情况下,从一个主权者到另一个主权者将发生哪些权利和义务的变更以及根据什么基础发生变更是不清楚的。这在很大程度上取决于具体案件的案情。例如,发生的情况是两个国家合并成一个新国家、一个国家在继续存在的情况下并入另一个国家、一个国家将一部分领土割让给另一个国家、一个国家分裂或解体成两个或两个以上的国家、还是因为非殖民化而出现了新的国家?在这个过程中,承认和默认的作用非常重要。

继承的相关日期是指继承国在继承所涉领土的国际关系责任方面取代被继承国的

---

〔6〕 例如参见:1961 年 12 月坦噶尼喀发表的声明,转引自:Mugerwa, "Subjects", p. 302, 后来,诸如乌干达、肯尼亚和布隆迪等国家也作出了类似声明。也可以参见:*Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, p. 192. 在赞比亚的案例中,它宣布该问题受习惯国际法的调整,参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, p. 115.

〔7〕 参见:Shaw, "State Succession Revisited".

〔8〕 第 13 号意见,96 ILR, pp. 726, 728. 也可以参见:*Oppenheim's International Law*, p. 236, 以及 *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, p. 100.

〔9〕 Case No. 2 BGz 38/91, 94 ILR, pp. 68, 77—8.

〔10〕 参见:1978 年和 1983 年两个《维也纳公约》第 2 条,以及关于南斯拉夫问题的仲裁委员会的第 1 号意见,92 ILR, pp. 162, 165. 也可以参见:*Guinea-Bissau* v. *Senegal*, 83 ILR, pp. 1, 22 以及 the *El Salvador/Honduras* case, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 598; 97 ILR, pp. 266, 514.

日期。[11] 这通常是独立的日期。但是,如果一个国家是慢慢解体,例如南斯拉夫,就会产生独立的继承日期问题。关于南斯拉夫问题的仲裁委员会指出,继承日期是一个需要 960
根据所有相关情形进行评估的事实问题。[12]

连续性和继承

关于连续性和继承问题可能是极其困难的。[13] 在一个新实体出现后,需要断定它是一个与前国家完全不同的实体还是一个只是与前国家稍微有些形式上不同的连续实体。例如,印度被看作是与英属印度相同的法律实体,而巴基斯坦则完全是一个新国家。[14] 南斯拉夫一般被视为塞尔维亚的被继承国[15],以色列则是一个与英国委任统治的巴勒斯坦完全不同的国家。[16] 尽管从现存国家中割让或分离领土会使现存国家的领土范围和人口规模缩小,但这些都不会影响现存国家的连续性。在这一点上,孟加拉国独立后的巴基斯坦就是很好的例子。在这种情况下,现存国家仍然是存在的,除了那些与被割让或被分离的领土特别有关的内容以外,它所具有的权利和义务仍然是完整的。不过,当一个国家解体以致于它的所有领土被两个或两个以上的国家所有时,它原先具有的权利和义务就要在这些继承国家之间进行分配。在这个过程中,对于某一方而言判断是否发生了连续性或继承时,必须考虑国家构成的传统标准[17],同时还要考虑直接相关的一方就其地位所发表的声明以及第三国和国际组织对其所采取的立场。

在苏联和南斯拉夫的事件中就产生了这种问题。在前者的情况下,苏联解体后,俄

---

〔11〕 参见:1978 年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 2 条第 1 款、1983 年《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》第 11 条。也可以参见:关于南斯拉夫问题仲裁委员会发表的第 11 号意见,96 ILR, p. 719.

〔12〕 参见:第 11 号意见,96 ILR, p. 719. 不过,也可以参见:2001 年 6 月《关于继承问题的南斯拉夫协议》,41 ILM, 2002, p. 3. 进一步参见:下文,第 989 页。

〔13〕 例如参见:M. Craven, "The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law", 9 EJIL, 1998, p. 142.

〔14〕 例如参见:*Yearbook of the ILC*, 1962, vol. II, pp. 101—3.

〔15〕 例如参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 378—9. 也可以参见:*Artukovic* v. *Rison* 784 F. 2d 1354 (1986).

〔16〕 O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 155—7.

〔17〕 参见:上文第 5 章,第 197 页。

罗斯联邦认为自己是前苏联的连续实体。[18] 在联合国的席位问题上，它特别声称这一
961 点。[19] 非常重要的是，1991 年 12 月 21 日，独立国家联合体国家首脑委员会作出决定，支持俄罗斯延续前苏联在联合国的席位的要求，包括在安理会的常任理事国席位以及在其他国际组织的席位。[20] 尽管独立国家联合体在 1991 年年底所制定的所有文件并不都严格符合连续性原则[21]，但非常清楚的是，俄罗斯联邦认为自己是前苏联的连续实体的主张（当然都在各自的国界范围内）得到了其他前加盟共和国的支持，并且也得到了国际实践的接受。[22] 波罗的海国家（爱沙尼亚、拉脱维亚和立陶宛）则产生了不同的情形。这三个国家在第一次世界大战后获得独立，但在 1940 年被并入苏联。一些国家拒绝承认苏联对它们的吞并[23]，其他一些国家在事实上表示接受，但在法律上予以拒绝。[24] 波罗的海国家在 1991 年 8 月宣布独立。[25] 欧洲共同体在 1991 年 8 月 27 日通过了一项宣言，欢迎“波罗的海国家恢复它们自 1941 年以来丧失的主权和独立”。[26] 美国在 1991 年 9 月 4 日承认波罗的海国家恢复了独立。[27] 看来，恢复独立是被国际社会
962 接受的观点。这意味着：这些国家并不是前苏联的继承国，因此它们不受因继承而产生的权利和义务的影响。[28]

---

〔18〕 例如参见：R. Müllerson, *International Law, Rights and Politics*, London, 1994, pp. 140—5, 以及 Y. Blum, “Russia Takes over the Soviet Union's Seat at the United Nations”, 3 EJIL, 1992, p. 354.

〔19〕 参见：31 ILM, 1992, p. 138.

〔20〕 同上，第 151 页。

〔21〕 例如，俄罗斯、白俄罗斯和乌克兰缔结的《明斯克协议》宣布：苏联“作为国际法的主体已经不再存在”，而除了格鲁吉亚（在 1993 年加入）之外的所有前苏联加盟共和国和波罗的海国家签订的《阿拉木图宣言》宣布：“随着独立国家联合体的建立，苏维埃社会主义共和国联盟不再存在”，同上，第 147—149 页。

〔22〕 例如参见：英国外交大臣发表的观点，UKMIL, 63 BYIL, 1992, pp. 639 and 652—5，以及在下面这个案件中，英国外交部一位官员向苏格兰高等民事法院初审部提交的评论，*Coreck Maritime GmbH* v. *Sevrybokholodfiot*, UKMIL, 64 BYIL, 1993, p. 636。关于法国承认俄罗斯为苏联的连续实体的实践，参见：AFDI, 1993, p. 1038. 也可以参见：L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law Cases and Materials*, 3rd edn, St Paul, 1993, p. 539。注意，在对国际组织会员资格的连续性或继承问题与一般的连续性问题或继承问题之间存在区别。不过，由于联合国的性质以及重要性，具有该组织的会员资格一般是证明连续性的重要证据。

〔23〕 例如美国，参见：*Oppenheim's International Law*, p. 193. 关于法国的实践，参见：AFDI, 1993, p. 1038 以及 *Gerbaud* v. *Meden* 18 ILR, p. 288。

〔24〕 例如参见：英国，*A/C Tallina Laevauhisus* v. *Tallina Shipping Co.* (1946) 79 LL. R 245 以及英国外交部在 1991 年 1 月 16 日所发表的声明，183 HC Debs., col. 853。

〔25〕 参见：Müllerson, *International Law*, pp. 119—20。

〔26〕 参见：UKMIL, 62 BYIL, 1991, p. 558。

〔27〕 参见：Müllerson, *International Law*, p. 121。

〔28〕 参见：Shaw, “State Succession Revisited”, pp. 56 ff。

与此形成鲜明对比的是南斯拉夫的情况，它显得更加复杂，并充满悲剧。南斯拉夫社会主义联邦共和国（前南斯拉夫）的分裂是在几个月内发生的[29]，各个共和国相继宣布独立。[30] 在关于南斯拉夫问题的仲裁委员会[31]看来，这个分裂的过程在1992年7月4日该委员会发表第八号意见的时候就已经结束了。[32] 该委员会指出，1992年2月和3月，在波斯尼亚和黑塞哥维那举行的全民公决的结果是多数支持独立，而在1992年4月27日，塞尔维亚和黑山已经建立了一个"新国家，即'南斯拉夫联盟共和国'"。该委员会指出，前南斯拉夫共同的联邦机构已停止运作，斯洛文尼亚、克罗地亚和波斯尼亚已被欧洲共同体的成员国和其他国家承认，而且它们还被接纳为联合国的成员国。[33] 结论是，前南斯拉夫已经不复存在。[34] 第十号意见特别重申了这一点。[35]

不过，南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）则继续坚持声称自己不是一个新国家，而是前南斯拉夫的连续实体。这种主张遭到了前南斯拉夫其他共和国[36]和国际社会[37]的拒绝。例如，安全理事会在1992年的第777号决议中宣布，"以前称为南斯拉夫 963
社会主义联邦共和国的国家已不存在"，并且，"南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）不能自动继续保有前南斯拉夫社会主义联邦共和国在联合国的会员资格"。[38] 不过，南

---

[29] 一般参见：M. Weller, "The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", 86 AJIL, 1992, p. 569; Y. Blum, "UN Membership of the 'New' Yugoslavia: Continuity or Break?", 86 AJIL, 1992, p. 830 以及 Müllerson, *International Law*, pp. 125 ff。

[30] 斯洛文尼亚和克罗地亚在1991年6月25日（推迟了三个月），以及马其顿在1991年9月17日。波斯尼亚和黑塞哥维那在1991年10月14日通过了一项关于主权的决议。欧洲共同体在1991年8月17日召开了关于南斯拉夫的大会，设立了关于南斯拉夫问题的仲裁委员会。该委员会在第1号意见中所采取的观点是，"南斯拉夫社会主义联邦共和国正在解体之中"，92 ILR, p. 166. 也可以参见：M. Craven, "The EC Arbitration Commission on Yugoslavia", 66 BYIL, 1995, p. 333。

[31] 由欧洲共同体国家五位宪法法院的院长组成，主席是巴丹戴尔（M. Badenter）先生。

[32] 92 ILR, p. 199.

[33] 1992年5月22日，参见：联合国大会第46/236、46/237以及46/238号决议。注意，"马其顿前南斯拉夫共和国"在1993年加入联合国，参见：安全理事会第817（1993）号决议。

[34] 92 ILR, p. 202. 也可以参见：第10号意见，同上，第203页。

[35] 同上，第206页。

[36] 例如参见：E/CN. 4/1995/121 以及 E/CN. 4/1995/122。

[37] 例如，注意国际货币基金组织（在1992年12月15日）以及世界银行（在1993年2月25日）认为，前南斯拉夫已经不再存在，参见：P. R. Williams, "State Succession and the International Financial Institutions", 43 ICLQ, 1994, pp. 776, 802—3。

[38] 也可以参见：安全理事会第757（1992）号决议，以及大会第47/1号决议。还可以参见：the *Genocide Convention* case, ICJ Reports, 1993, pp. 3, 13—14; 95 ILR, pp. 1, 28—9。

斯拉夫联盟共和国在2000年改变了它的立场，要求以新国家的身份加入联合国。[39] 由于南斯拉夫在2000年加入联合国不能具有溯及既往的效果，因此从1992年至2000年期间南斯拉夫的法律地位问题仍然具有争议。2003年，国际法院称，这种情况属于"自成一类的"情况，并承认造成了大量法律方面的困难。[40] 但是，在1999年科索沃冲突后南斯拉夫针对北约国家提起的一系列诉讼的判决中，国际法院却断定，南斯拉夫从2000年11月1日开始已经成为联合国的会员国（因此也就成为《国际法院规约》的缔约国），而且还认为，该国"自成一类的"地位不可能就等于是联合国的会员国。[41] 因此，虽然国际法院在1996年的"《灭种罪公约》案"（波斯尼亚诉塞尔维亚）的判决中认为南斯拉夫可以出庭，但却在2003年又判决，关于南斯拉夫地位的情况是"自成一类的"情况，并不是没有法律方面的困难的，最终又在2004年断定，南斯拉夫不可以对北约国家提起诉讼，因为它还不是联合国的会员国，也就是说，在1999年的时候，它还不是《国际法院规约》的缔约国。[42] 在2007年对"《灭种罪公约》案"的实体问题作出的判决中，国际法院指出，1996年的判决具有既判力，因此不得依据后续裁决要求重新审理该问题。[43]

国家继承也涉及国家合并的情形。合并的一种方式是创设一个全新的国家，例如阿
964 拉伯也门共和国和也门民主人民共和国的合并。根据1990年4月22日两国签订的协议，它们成立了也门共和国，将两个原有的国家合并成一个具有全新名称的新国家。[44] 合并也可以是由一个国家吸收另一个国家。在这种情况下，后者消失，前者继续存在，当然，前者的领土和人口都增加了。德国统一的例子就是这样的。

第二次世界大战结束之后，德国被分裂成由美国、苏联、英国和法国四国分区占领的

---

〔39〕 它在2000年11月1日以该身份加入联合国，参见：大会第55/12号决议。2003年2月4日，该国的名称正式从"南斯拉夫联盟共和国"改为"塞尔维亚和黑山"。2006年6月28日，随着黑山分离出去，该国变成了塞尔维亚，参见：联合国大会第60/264号决议。还可以参见：Crawford, *Creation of States*, pp. 707 ff。

〔40〕 参见：*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996*, ICJ Reports, 2003, pp. 7, 31。

〔41〕 *Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1335 ff。

〔42〕 参见七位法官在其联合声明中对国际法院作出的这种"立场改变"发表的批评，同上，pp. 1353, 1355—7。

〔43〕 ICJ Reports, 2007, paras. 105 ff。

〔44〕 该协议第1条宣布，"在阿拉伯也门共和国和也门民主人民共和国之间……应当在合并的基础上建立一个完全和彻底的联合体。它们当中的每一个国际人格应当被合并成一个单一的国际人格，称为'也门共和国'"。参见：30 ILM, 1991, p. 820。

区域和一个不属于上述任何一国的特殊的柏林区域。[45] 最高权力原先由四国占领军的总司令组成的盟国对德管制委员会掌握[46],后来由在波恩的三国盟军高级委员会和在苏占区的对应机构掌握。《关于三国和德意志联邦共和国之间关系的条约》在1955年生效,结束了占领体制,废除了盟军高级委员会。不过,三个盟国仍然对柏林[47]以及"整个德国,包括德国的统一和和平解决"保有它们的权利和义务。[48] 对德意志民主共和国的承认是建立在同样的基础之上的,即:一个对内外事务具有全部权力的主权国家,但必须遵守四个盟国关于柏林和整个德国设定的权利和责任。[49] 因此,从某种意义上来说,整个德国作为国际法中的一个国家是继续存在的。[50] 两个德国相互之间的关系以及它们与1945年之前的德国之间的关系问题有时会引起人们相当大的 965
兴趣,但并不复杂,因为德意志联邦共和国一直声称自己是1945年之前的德国的继承国。[51]

1990年5月18日,两个德国之间签订了一项成立货币、经济和社会联盟的条约。该条约基本上将德意志民主共和国并入了德意志联邦共和国,德国马克成为德意志民主共和国的法定货币,并且德意志中央银行成为德意志民主共和国和德意志联邦共和国的中央银行。[52] 1990年8月31日,两个德国之间签订了第二项条约,规定在1990年10月3日根据《德意志联邦共和国基本法》第23条的规定,德意志民主共和国加入德意志联邦共和国,实现了德国的统一。1990年9月12日,两个德国和四个盟国之间签订了《关于最终解决德国问题的条约》。[53] 这项条约完全解决了第二次世界大战以来产生的问题。它确认统一后的德国的边界,即原先的德意志联邦共和国和德意志民主共和国的外围边

---

〔45〕 例如参见:1990年6月外交委员会举行的1989—1990年度会议第四次报告。注意,苏占区由苏联行政当局管理(柯尼斯堡市,现在的加里宁格勒以及周边地区),德国在奥德—尼斯河界限以东的领土划给波兰当局。

〔46〕 1944年11月14日《关于在德国的控制机制的协议》第2条,并经1945年5月1日的协议修改。

〔47〕 尤其是参见:I. Hendry and M. Wood, *The Legal Status of Berlin*, Cambridge, 1987。还可以参见:Cmd 8571, 1952 以及《关于柏林的四方协议》,Cmnd 5135, 1971。

〔48〕 《关系公约》第2条。在苏占区也出现了类似发展,注意1955年的《苏联—德意志民主共和国条约》。

〔49〕 参见:第四次报告,第2页。

〔50〕 同上,第3页。

〔51〕 例如参见:Brownlie, *Principles*, pp. 78—9; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1963, vol. I, pp. 332—8, 以及 F. A. Mann, "Germany's Present Legal Status Revisited", 16 ICLQ, 1967, p. 760. 也可以参见:德意志联邦共和国联邦宪法法院在下面这个案件中的裁决,*Re Treaty on the Basis of Relations Between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic1972*, 78 ILR, p. 149。

〔52〕 参见:29 ILM, 1990, p. 1108。

〔53〕 参见:29 ILM, 1990, p. 1186。

界(例如与波兰的边界是战后的奥德—尼斯河),规定削减德国武装力量以及苏军从德意志民主共和国撤出。四个盟国结束了它们对于柏林和整个德国的权利和责任。这样,统一后的德国就对内部和外部事务具有全部主权。[54]

1990 年 8 月 31 日的《德意志联邦共和国和德意志民主共和国之间的条约》(《统一条约》)明确规定,后者只是加入了前者。该条约第 1 条规定,"一旦德意志民主共和国根据《基本法》第 23 条加入德意志联邦共和国[55]在 1990 年 10 月 3 日生效,勃兰登堡州、梅克伦堡—前波美拉尼亚州、萨克森州、萨克森—安哈尔特州和图林根州[56]应当成
966 为德意志联邦共和国的州"。由已经存在的德意志联邦共和国将其宪法适用于德意志民主共和国各州从而实现德国统一的做法还在《统一条约》的其他条款中得到了体现。例如,第 7 条规定,德意志联邦共和国的金融制度"应当适用于第 3 条所规定的领土"(即德意志民主共和国各州);第 8 条规定,"一旦加入生效,联邦法律应当适用于第三条所规定的领土"。[57] 国际实践也表明接受了这种做法。[58] 没有国家对这个过程提出反对。[59] 换句话说,直接的当事方采取的观点以及国际社会对这种观点的接受表明,德国的统一是德意志联邦共和国的继续存在,也是德意志民主共和国的消失或灭亡。

---

〔54〕 注意,根据 1990 年 10 月 1 日的宣言,德国一旦统一,盟国将中止关于柏林和整个德国的所有权利和责任,等待《关于最终解决德国问题的条约》的生效。参见:英国政府对第四次报告提交的结论附加二,1990 年 10 月,Cm 1246。

〔55〕 该条款规定,《基本法》适用于大柏林(Greater Berlin)以及规定的州(组成德意志联邦共和国的各州),而"对于德国其他部分,一旦它们加入,就对它们生效"。1956 年就使用这种方法实现了萨尔州的加入。

〔56〕 也就是德意志民主共和国的各州。

〔57〕 还应当注意,根据第 11 条的规定,德意志联邦共和国缔结的条约继续有效,并且适用于前德意志民主共和国的各州;第 12 条规定,德意志民主共和国缔结的条约是否继续有效、需要修改或终止的问题需要与缔约方进行逐一讨论,参见:下文,第 971 页及其以下。

〔58〕 例如欧洲共同体。例如参见:1990 年 10 月 31 日的关税及贸易总协定文件 L/6759,其中,欧洲共同体委员会宣布,德国已经通过德意志民主共和国加入德意志联邦共和国的方式实现了统一。一般参见:T. Oeter, "German Unification and State Succession", 51 ZaöRV, 1991, p. 349; J. Frowein, "Germany Reunited", *ibid.*, p. 333, 以及 R. W. Piotrowicz and S. K. N. Blay, *The Unification of Germany in International and Domestic Law*, Amsterdam, 1997. 还可以参见:英国外交部的证明书,UKMIL, 68 BYIL, 1997, p. 520.

〔59〕 还可以参见:*Oppenheim's International Law*, p. 210。

对条约的继承[60]

条约在国际法制度中的重要性无需重申。[61] 它们是对国家施加义务或赋予权利的方式，范围涉及很多方面，从重大事项到一般事项都有。条约是建立在“约定必守”或必 967
须遵守条约中的承诺这项前提条件或必要规范之上的。条约可以分为下面几类：多边条约，包括涉及国际人权的特殊条约；涉及领土界限和制度的条约；双边条约；以及根据情形被视为“政治”性质的条约。

关于对条约继承的规则有习惯国际法规则和 1978 年的《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》。该公约于 1996 年生效，适用于生效日之后发生的对条约继承的情形。[62]

就转让协议而言，该公约第 8 条规定，此种协议本身并不影响第三国，这实际上是重申了一项早已确定的原则；第 9 条涉及单方面声明，它强调单独由继承国作出的这种声明本身并不影响该国和第三国的权利和义务。换句话说，看来需要征得有关条约其他各方的同意，或者需要与旧国家就双边事项签订一份协议。

条约的种类：领土性、政治性和其他条约

就继承而言，一般可以把条约分为三类。第一类是领土性质的条约，可识别的领土单位根据这类条约直接具有权利和义务。这类条约中的明显例子是那些涉及划定领土的协议。1968 年，沃尔多克（Waldock）在他有关条约的国家和政府继承的第一份报告中宣布，“各种意见和实践看来都清楚表明，由条约所确定的边界不能仅仅因为发生继承的事实而受影响。的确，法学家的意见看来在这一点上是一致的。……看来，可以从支持由条约所确定的边界仍然有效的国家实践中得出这样一个结论，即那样一条一般的国际

---

〔60〕 尤其注意国际法委员会对这个专题的工作，参见：*Yearbook of the International Law Commission*, 1974, vol. II, part 1, pp. 157 ff.，以及汉弗莱·沃尔多克爵士的五次报告（同上，1968, vol. II, p. 88；1969 vol. II, p. 45；1970, vol. II, p. 25；1971, vol. II, part 1, p. 143 and 1972, vol. II, p. 1）以及弗朗西斯·瓦莱特爵士的报告（同上，1974, vol. II, part 1, p. 1）. 还可以参见：International Law Association, *The Effect of Independence on Treaties*, London, 1965, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2nd edn, Cambridge, 2007, chapter 21，以及 M. Craven, *The Decolonisation of International Law: State Succession and the Law of Treaties*, Oxford, 2007。

〔61〕 参见：上文第 16 章。

〔62〕 参见：第 7 条。

法规则是存在的"。[63] 贝加韦(Bedjaoui)指出,"原则上,领土在先前存在的边界范围内适用于继承国"。[64]

为了维系国际稳定起见,这种做法明确得到了国家实践的支持。拉丁美洲国家的占有概念(*uti possidetis juris*)是第一个体现这种做法并得到国际承认的概念。根据这个概
968 念,前西班牙帝国的行政区划界限是南美洲在19世纪前30多年出现的各个新独立国家之间的边界线。[65] 美国的实践也支持了这个概念。[66] 1964年,非洲统一组织国家元首和政府首脑会议第十六项决议明确规定了这个概念,要求所有成员国尊重殖民时期的边界线。[67] 国际法院在"布基纳法索/马里"案中强调了对殖民时期边界线的尊重原则。[68] 国际实践还支持将占有原则从非殖民化过程推广适用到从现存的独立国家中出现新国家的情形,一般是将行政区划界限直接转变为国际边界线。[69] 当然,这还取决于某种特定情形,包括有关国家的主张、第三国以及国际组织,特别是联合国所采取的态度。在缺乏相反同意的情形下,有关边界必须遵守连续性原则。这项规则还得到了其他
969 国际法的支持,例如《维也纳条约法公约》第62条第2款规定,不可以情势变迁原则为由终止或撤销确立边界线的条约。[70] 另外,《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第11条尽管在使用术语方面是很谨慎而且消极,但却特别规定:

---

〔63〕 *Yearbook of the International Law Commission*, 1968, vol. II, pp. 92—3.

〔64〕 同上,第112页。

〔65〕 例如参见:哥伦比亚—委内瑞拉仲裁裁决,1 RIAA, pp. 223, 228以及比格尔海峡裁决,52 ILR, p. 93. 也可以参见:A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester, 1967, p. 114; O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 273 ff., 以及P. De La Pradelle, *La Frontibre*, Paris, 1928, pp. 86—7。

〔66〕 参见:美国国务卿在1856年发表的观点,认为它是"一项确定的公法原则以及国际权利原则,在美国的欧洲殖民地获得独立时,它继承殖民地的领土边界,就像它现在本国手中一样"。*Manning's Diplomatic Correspondence*, vol. III (Great Britain), doc. 2767, 转引自:Cukwurah, *Settlement*, p. 106。

〔67〕 例如参见:M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, pp. 185—7, 以及第10章中引用的其他著作,第525页。

〔68〕 ICJ Reports, 1986, pp. 554, 565; 80 ILR, pp. 440, 469—70. 也可以参见:关于南斯拉夫问题的仲裁委员会在第3号意见中关于塞尔维亚与克罗地亚以及波斯尼亚和黑塞哥维那之间的前内部界限地位的观点,指出:"除非另有协议,以前的界限是受国际法保护的国界。这个结论来自尊重领土现状的原则,特别是来自占有原则。占有原则……在今天已经被承认为是一项一般原则。"92 ILR, pp. 170, 171。

〔69〕 也可以参见:1991年12月8日建立独立国家联合体的《明斯克协议》第5条,以及1991年12月21日的《阿拉木图宣言》,重申苏联前加盟共和国的领土完整。还应当注意,根据1992年10月29日的《关于对共同国界进行一般划界的条约》,在1993年1月1日从捷克斯洛伐克解体中产生的两个新国家捷克共和国和斯洛伐克之间的国界是捷克斯洛伐克存在期间捷克和斯洛伐克之间的行政区划界限。进一步参见:上文,第10章,第528页。

〔70〕 参见:上文,第16章,第950页。

国家继承本身不影响：

(a) 条约划定的边界；或

(b) 条约规定的同边界制度有关的义务和权利。

在"利比亚/乍得"案(the *Libya/Chad* case)中，国际法院对边界条约的继承问题发表了一般看法。它宣布，"一旦得到同意，边界的重要性已经本法院不断强调，因为任何其他做法都将损害边界稳定性这项基本原则"。[71] 尤其是，国际法院强调指出，"这样，尽管条约本身不一定具有永久性，但由条约所确立的边界具有永久性。在对边界没有任何影响的情况下，条约效力可以终止……当边界成为协议的内容时，该边界的持续存在性质并不取决于确定该边界的条约有效期限的影响"。[72] 强调下面一点是非常重要的，即：继承的不是边界条约，而是由条约确定的边界。在"厄立特里亚/也门"案(the *Eritrea/Yemen* case)中，仲裁庭强调指出，双方缔结的边界和领土条约属于一类特殊的条约，代表的是"一个对第三国存在必要影响的法律事实，因为它们具有对一切的(*erga omnes*)效力"。[73]

从某种程度上看，基于领土的条约除了包括确立边界的条约外，还包括更具争议性的协议区域。这种协议创设其他的领土制度，通常在前面使用"地方化的"、"不动产的"或"处分性的"这样的术语。[74] 这种协议的例子可能包括非军事区、过境权、港口便利以及其他一般地役。[75] 尽管国际法委员会一些委员[76]和政府[77]存在某些保留意见，但 970
《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 12 条规定，国家继承本身不影响与任何领土的使用相关的义务或权利或者为了任何外国、国家集团或所有国家的利益通过条约而确立的并被视为附属于该条约的领土的限制使用。在"加布奇科沃—大毛罗斯项目"案(the *Gabčíkovo-Nagymaros* case)中，国际法院在涉及该案中的领土制度时宣布，第 12

---

[71] ICJ Reports, 1994, pp. 6, 37; 100 ILR, pp. 1, 36。

[72] 同上。

[73] 114 ILR, pp. 1, 48。

[74] 参见：O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 231 ff. 也可以参见：Udokang, *Succession*, pp. 327 ff。

[75] 参见：Shaw, *Title to Territory*, pp. 244—8. 也可以参见：the *Free Zones* case, PCIJ, Series A/B, No. 46, 1932, p. 145; 6 AD, pp. 362, 364 以及 the *Aaland Islands* case, LNOJ, Sp. Supp. No. 3, 1920, p. 18. 参见：前面，第 10 章，第 538 页，以及 *Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, pp. 157 and 196 ff. 注意，根据第 12 条第 3 款的规定，第 12 条的内容对在有关领土上设立外国军事基地的条约不适用。进一步参见：Brownlie, *Principles*, pp. 633 ff., 以及 O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 12—23 and pp. 231 ff。

[76] 例如参见：*Yearbook of the ILC*, 1974, vol. I, pp. 206—7。

[77] 例如参见：*UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, 1977, Comments of Governments (A/Conf. 80/5), pp. 145, 153, 161, 167, 170, 171 and 173。

条反映了一项习惯法规则，并且确认涉及江河中的水权或航行权的条约属于领土性质的条约。[78] 它还指出，由于该案中匈牙利和捷克斯洛伐克之间在1977年签订的条约尤其为一条国际水道中的重要一段特别确立了航行制度，因此就创设了第12条意义上的领土制度。[79]

政治性或"人身"条约确立特别与有关领土上掌权的体制及其政治倾向相关的权利或义务。此种条约的例子可以包括确立同盟关系、友好关系或中立关系的条约。[80] 此种条约对继承国并不具有拘束力，因为它们与已经消亡的国家的性质存在格外密切的关系。不过，关于政治性条约概念的范畴还很不清楚，对其进行定义还是非常困难的。尽管关于领土性条约和政治性条约的一般继承原则已经清楚了，但除此之外，就继承而言，还不能对其他条约进行轻易界定和分类，必须逐个进行分析。

条约的一般继承

对"某些种类的多边条约"[81]或"某些多边公约"[82]的继承来说，实践中似乎存在
971 "某种倾向"[83]或"一般倾向"。[84] 不过，很难将这种"现代—传统"的做法作为一项能够综合适用的一般规则[85]，而必须考察特定的事实情况、注意有关国家提出的主张以及第三国的反应。在双边条约的情况下，应当从完全不同的角度出发。在这种情况下，缔约双方的重要性是很明显的，因为只涉及两个国家，而且条约更具有互惠的性质。因此，在结合案件的所有具体情形下应当先假设的是不继承。涉及美国、巴拿马、比利时和芬兰的实践支持这种"白板"做法。[86]

吸收和合并

当一个国家被另一个国家吸收并且没有出现新国家时（例如1990年德意志民主共

---

〔78〕 ICJ Reports, 1997, pp. 7, 72; 116 ILR, p. 1。

〔79〕 同上，pp. 71—2. 也可以参见：I. Klabbers, "Cat on a Hot Tin Roof: The World Court, State Succession and the Gabčíkovo-Nagymaros case", 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 345。

〔80〕 例如参见：O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 2, 80 and 136, 以及 *Oppenheim's International Law*, p. 211。

〔81〕 O'Connell, *State Succession*, vol. II, p. 213.

〔82〕 Udokang, *Succession*, p. 225。

〔83〕 O'Connell, *State Succession*, vol. II, p. 212.

〔84〕 Udokang, *Succession*, p. 225.

〔85〕 但参见詹克斯的观点，他认为继承国应当继承多边的造法性条约，"State Succession in Respect of Law-making Treaties", 29 BYIL, 1952, pp. 105, 108—10。

〔86〕 例如参见：Udokang, *Succession*, pp. 412—15。

和国的各州加入德意志联邦共和国),前者消亡,后者继续存在,因为后者只是形式上扩大了。基本的情况是,前者所缔结的条约,当然指那些可以被视为是"政治性"的条约[87],与有关国家一起消失[88],不过,那些界定被吸收国边界的领土性条约继续对其边界适用。其他条约也可能被视为终止。[89] 不过,吸收国的条约继续有效,并且适用于被吸收国的整个领土。当然,这些原则受到有关各方明确表示的相反意思的限制。例如,在德国统一的案例中,1990 年《统一条约》的第 11 条以及该条约附件一规定,德意志联邦共和国签订的一系列基本上处理北大西洋公约组织事项的条约不得适用于德意志民主共和国的领土。

《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 31 条第 1 款规定,两个或两个以上国家合并而组成一个继承国时,条约继续有效,除非继承国与别的当事国另有协议,或从条约可知或另经确定该条约对继承国的适用不符合条约的目的或宗旨或将根本改变实施条约的条件。第 31 条第 2 款规定,这种继续有效的条约应只对该条约在国家继承日 972
期对其有效的那一部分继承国领土适用,除非继承国作出通知,表示该条约应对其全部领土适用[90],或者如果有关的多边条约是一个从内容上看或因谈判国数目有限和因条约的目的与宗旨,任何其他国家参加该条约认为必须经全体当事国同意[91],继承国和其他缔约国应另有协议。这项一般原则也适用于双边条约,除非继承国和缔约对方另有协议。[92]

尽管这些条款对于两个国家统一并形成一个新的第三国的情形在逻辑上存在某些相似之处[93],但它们实际上并没有考虑一个国家只吸收另一个国家并且后者因此而消亡的统一情形。在这些情况下,德国统一的模式看来是完全符合国际法的,并且具有先例的价值。1990 年 8 月 31 日的《统一条约》第 11 条规定,德意志联邦共和国缔结的所

---

〔87〕 这方面例如可以参见:*Oppenheim's International Law*, p. 211; Oeter, "German Unification", p. 363, 以及 Koskenniemi and Lehto, "La Succession", p. 203。

〔88〕 *Oppenheim's International Law*, p. 211.

〔89〕 同上, pp. 212—13。

〔90〕 除非从条约可知或另经确定该条约对继承国的适用不符合条约的目的或宗旨或将根本改变实施条约的条件(第 31 条第 3 款)。

〔91〕 第 17 条第 3 款。

〔92〕 例如参见:1958 年至 1961 年期间埃及和叙利亚合并组成阿拉伯联合共和国,以及 1964 年坦噶尼喀和桑给巴尔合并组成坦桑尼亚的例子。在这两个例子中,组成领土的条约在这些领土范围内继续有效,参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 71—8. 第 31 条规定的情形需要与涉及"新独立国家"的情形区分开来,参见第 29 条以及后面,第 977 页,也需要与第 15 条的情形区分开来,第 15 条针对的是一个国家的一部分领土转让给另一国的情形,参见:下文,第 973 页。

〔93〕 但是参见:上文,第 967 页及其以下,关于边界条约的情况,以及下文,第 981 页,关于人权条约的情况。

有国际条约仍然有效，由此产生的权利和义务也适用于德意志民主共和国的领土。[94]
第 12 条规定，德意志民主共和国所缔结的国际条约需要与有关缔约国讨论，从而在考虑
973 信心的维护、有关国家的利益、德意志民主共和国承担的条约义务以及受法治控制的自由、民主的秩序原则和尊重欧洲共同体的权力等因素的情况下，来决定是否确认它们继续有效、调整或终止。统一后的德国将经过协商后决定它们的效力。它还规定，如果统一后的德国计划加入那些德意志民主共和国是成员国、但德意志联邦共和国不是成员国的国际组织或其他多边条约时，需要与相关缔约方签订协议，以及如果欧洲共同体的权力受到影响，需要与欧洲共同体签订协议。因此，该案例的情形与 1978 年的《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 31 条所设想的情形是不同的。[95]

在合并形成一个新的第三国的情况下，第 31 条的规定更加相关，并且更加容易被接受。看来，实践是支持这种做法的。例如，在 1958 年埃及和叙利亚合并成立阿拉伯联合共和国[96]以及 1964 年坦噶尼喀和桑给巴尔合并成立坦桑尼亚的案例[97]中，有关条约都规定了各自合并之前的条约继续适用于它们曾经适用的领土。[98]

从一国割让领土至另一国

当一个国家的一部分领土成为另一个国家的一部分领土时，一般规则是，适用于前者的条约不再适用于该部分领土，而适用于后者的条约则开始适用于该部分领土。《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 15 条针对的是这种“边界移动”的规则[99]，它规定，从条约可知或另经确定该条约对该领土的适用不符合条约的目的与宗旨或根本改变实施条约的条件时，不能适用上述一般规则。这与国家实践基本一致。例如，当美
974 国在 1898 年吞并夏威夷时，它所缔结的条约开始适用于夏威夷，美国便开始通知比利时，它与比利时之间缔结的商事协议随之也开始适用于夏威夷。[100] 同样，1919 年之后，

---

〔94〕 不过，就像已指出的那样，该条约附件一中规定，某些所列的条约不适用于前德意志民主共和国领土。这些条约基本上涉及北大西洋公约组织的活动。

〔95〕 还应当指出的是，1987 年的《第三次美国对外关系法重述》规定：“当一个国家被另一个国家所吸收时，被吸收国的国际协议终止，而吸收国的国际协议则开始适用于被吸收国的领土。”参见：*Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, p. 108。

〔96〕 参见：O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 71 ff., 以及 D. Cottran, “Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States”, 8 ICLQ, 1959, p. 346。

〔97〕 参见：O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 77 ff。

〔98〕 还可以参见：*Ltd Partnership Z* v. *High Court* (*Obergericht*) *of the Canton of Thurgau*, 联邦最高法院，破产法庭，2005 年 6 月 15 日，一部分内容刊登在：BGE 131 III 448。

〔99〕 *Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, p. 208.

〔100〕 例如参见：O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 377—8。

德国所缔结的条约不再适用于阿尔萨斯—洛林,而法国所缔结的条约开始适用于该地区。[101] 因此,第15条看来是重申了既存的习惯法规则[102],尽管在过去存在一些相反的现象。[103]

因分离而成立一个或多个新国家

发生分离或解散的事实经常发生,并且情形五花八门。其中包括一个先前创设的实体分裂成原先的组成单位,例如1961年阿拉伯联合共和国解散,还原成1958年前存在的埃及和叙利亚两国,以及马里联邦的解散;还包括一个国家的完全分裂,出现许多以前并不存在的领土单位,例如1919年奥匈帝国的解体。[104] 在从一个独立的国家中分离或分裂而成立一个新国家并且该独立的国家仍然存在的情形下,前者继续作为一个具有完整国际权利和义务的国家存在,尽管领土范围缩小了。[105] 就分离出去的领土本身而言,占主导的观点看来是,新独立的国家将开始新的国际生活,不受适用于它的前主权者的条约权利和义务的限制。[106] 这种观点的重要理由是,作为一项一般适用的规则,很难要求没有签订某个条约的国家受到该条约的拘束。

国家实践基本上支持了这个基本观点。当1830年比利时从荷兰分离出来时,它被 975
视为是开始了"白板"一样的国际生活;当1898年古巴从西班牙分离出来时也采取了相同的做法。同样,当芬兰在第一次世界大战结束后从俄罗斯帝国分离出来时,英国和美国所采取的观点是,芬兰不受俄罗斯缔结的涉及领土问题的条约的限制。[107]

虽然这基本上就是《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》对非殖民领土所采取的立场(将在下面一节"新独立国家"中讨论),但该公约第34条规定,"在国家继承日期对被继承国全部领土有效的任何条约,继续对如此组成的每一继承国有效"。仅在成

---

〔101〕 同上,p.379。

〔102〕 "边界移动条约"规则的例外说明,"政治性条约"这个概念是不可继承的,同上,第25页。进一步参见:前面,第964页,关于1990年德国重新统一的例子。还可以参见:下文,第1008页,1984年的《英中关于香港的协议》附件一第9条。

〔103〕 例如参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 374 ff。

〔104〕 同上,第10章。

〔105〕 当然,那些只与分离领土有关的除外。

〔106〕 参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 88 ff., 以及 *Oppenheim's International Law*, p. 222。还可以参见:*Third US Restatement of Foreign Relations Law*, p. 108, 其中规定,"当一个国家的部分领土成为一个新国家时,新国家对被继承国缔结的国际协议不用继承,除非它明示或默示接受此种协议并且缔约对方表示同意或默认的。"

〔107〕 *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, vol. II, part 1, p. 263。也可以参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 96—100, 以及 *Oppenheim's International Law*, p. 222。还可以参见:*Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, part 1, pp. 265—6。

为继承国的那一部分被继承国领土有效的任何条约，只对该继承国继续有效。如果有关国家另有协议，或如果从条约可知或另经确定该条约对继承国的适用不符合条约的目的或宗旨或者将根本改变实施该条约的条件的，则不适用上述条款。[108]

就这种情况下的被继承国而言（假设被继承国继续存在），第35条规定，对被继承国有效的任何条约，继续对该国的其余领土有效，除非有关国家另有协议，或该条约只和已经同被继承国分离的那部分领土有关，或从条约可知或另经确定该条约对继承国的适用不符合条约的目的或宗旨或者将根本改变实施该条约的条件。

《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》采取的做法是建立在国际法委员会草案的基础上的。该草案采取的立场是："为了维系多边条约制度和条约关系的稳定性，应当适用现代国际法中的一项一般规则，即法律连续性原则。"[109] 这可能是为了试图将非
976 殖民领土（该公约中使用了"新独立国家"这样的术语）与其他获得独立的情形区分开来，但它和传统的做法是非常不同的一种做法，因此第34条的规定不一定是习惯法的反映。这很大程度上将取决于有关国家的态度。

可以说，在需要维系国际关系稳定的某些领域，国家一般都是努力使分裂出去的新独立国家继承多边条约中的义务。1991年12月16日，由欧洲共同体通过的《关于承认在东欧和苏联的新国家的指导纲领》特别指出，欧洲共同体国家对承认的共同立场是：特别要求它们"接受有关裁军和核不扩散以及安全和地区稳定方面的所有相关义务"。[110] 当然，在基本是政治过程的承认中附加的条件与接受继承本身所产生的后果是不同的。不过，美国当然也暗示俄罗斯和前苏联的非波罗的海继承国应当受到至少某些前苏联所缔结的条约的拘束。[111] 为了确保武器控制协议和机制的连续性，这种做法当然得到了很大发展。[112] 当然，俄罗斯属于苏联的连续实体的后果是，前者必须承担后者所承担的义务。但是，人们担心的是，对那些位于苏联继承国境内的受到条约控制的核武器和其他武器的问题。苏联的主要继承国之间对此签订了协议，看来是削弱了这种做法。的确，应当指出的是，乌克兰、白俄罗斯和哈萨克斯坦这些核继承国之间分别签订了协议，

---

〔108〕 参见：*Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, pp.260 ff。

〔109〕 *Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, part 1, p.169. 也可以参见：UKMIL, 69 BYIL, 1998, p.482。

〔110〕 参见：92 ILR, pp.173—4。

〔111〕 参见：Müllerson, "Continuity"。也可以参见：T. Love, "International Agreement Obligations after the Soviet Union's Break-up: Current United States Practice and its Consistency with International Law", 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993, pp.373,396, 他指出，美国主张条约对前加盟共和国（俄罗斯联邦的特殊情况除外）具有拘束力的实践是与《第三次美国对外关系法重述》中所发表的观点发生冲突的，同上，第410页。《第三次美国对外关系法重述》中的观点可以参见：上文，第974页，注释106。

〔112〕 同上，pp.398—401。

它们显然要求这些国家确保遵守在武器控制方面对苏联具有拘束力的那些条约[113]，尽管这些国家都一般接受苏联所承担的条约中的国际义务。[114] 美国和乌克兰在1995年5 977
月10日所达成的换文同意，就它们之间的双边条约而言，该公约第34条是谈判的“出发点”。两国之间随后对条约进行一一审查。结果，有些条约被认为已经过时，有些条约则将不再适用；而有些条约，特别是在换文附件中规定的条约，被视为仍然有效。[115]

鉴于出现了越来越多的多边条约关系以及国家之间以这种条约为基础确立起了越来越紧密的互相依存关系，是否就可以说国际社会正在朝着应当推定连续性的方向前进呢？可以说，这种说法在现实中还很难确立。当然，不能夸大新国家出现所带来的潜在的负面影响，但现在就说连续性或推定连续性已经成为一项确定的规则还显得太早。

“新独立国家”

第二次世界大战结束之后，欧洲各个帝国在海外的领土纷纷解体。根据国际法中的自决原则（该原则以区分这种领土与本土进行分离），非殖民化对国际法制度带来了很大改变。[116]《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》对非殖民领土制定了一套特殊的制度。这些非殖民领土被称为“新独立国家”。第2条第1款将其定义为“其领土在国家继承日期之前原是由被继承国负责其国际关系的附属领土的继承国”。[117] 第16条为其规定了一般规则，即：这种国家对于任何条约，不仅仅因为在国家继承日期该条约对国家继承所涉领土有效的事实，就有义务维持该条约的效力或者成为该条约的当事国。这种做法被认为是建立在从既存国家中出现新国家的传统“白板”原则的基础之上的， 978
就像美国和西班牙的美洲国家在它们获得独立时那样。[118] 这也和联合国秘书长在1947年就巴基斯坦与该组织的关系时发表的观点是一致的。他指出：“作为分裂出来的领土的巴基斯坦是一个新的国家；它不具有旧国家所具有的条约权利和义务。”[119]

---

[113] 参见：“US-CIS Protocol to START Treaty”, 86 AJIL, 1992, p. 799. 也可以参见：the *Agreement on Joint Measures with Respect to Nuclear Weapons*, 31 ILM, 1992, p. 152, 以及 Müllerson, *International Law*, pp. 150—2.

[114] 1991年12月21日的《阿拉木图宣言》，21 ILM, 1992, pp. 148, 149。

[115] 参见：89 AJIL, 1995, p. 761。该文章尤其排除了关于对美国—苏联对双边武器限制以及相关的建立特殊机制的协议进行继承的问题。

[116] 参见：上文，第5章，第251页。

[117] 也可以参见：1983年的《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》第2条第1款第5项。

[118] 参见：*Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, part 1, p. 211. 关于“白板”原则的理论基础，也可以参见：Separate Opinion of Judge Weeramantry, *Application of the Genocide Convention* (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), ICJ Reports, 1996, pp. 595, 644; 115 ILR, p. 10。

[119] *Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, part 1, p. 211.

应当指出的是，这通常针对的是双边条约。这是因为，这种条约的人身性和互惠性更明显，或者用国际法委员会的话来说，是“占据多数的”，而且还因为，与多边条约不同的是，在新国家和旧国家之间不存在条约的生效问题。[120] 尽管国家实践显示，在一些诸如航空服务协议以及贸易协议领域存在着连续性，但国际法委员会觉得这并没有反映一项习惯法规则，因为这不是有关国家的意愿。它认为，关于双边条约的基本规则是，这些条约在独立之后是否继续有效是一个在新独立国家通过明示或默示协议的方式和与旧国家签订条约的其他国家之间协议解决的事项。[121] 第 24 条指出，在新独立国家与别的当事国之间存在明示同意或者根据两国行为可以认为两国已经表示这种同意的情况下，该双边条约才对国家继承所涉的领土部分继续有效。[122]

当然，在新国家有义务成为某个对前国家有拘束力的条约的一方和可以或者甚至是有权成为此种条约的一方之间是存在区别的。实践显示，新国家可能从参与条约的这种
979 “快速轨道”的方式中受益。例如，新国家不需要像非缔约国那样遵守加入某个条约的形式规则[123]，《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 17 条规定，“新独立国家”可以在国家继承日期对国家继承所涉领土有效的任何多边条约发出继承通知，确定其成为该条约当事国的地位，除非从条约可知或另经确定该条约对新独立国家的适用将不符合条约的目的和宗旨，或将根本改变实施该条约的条件。另外，如果从条约本身的性质显示，任何其他国家参加该条约认为必须经过全体当事国同意时，新独立国家想要成为此种条约的缔约国则必须征得全体当事国的同意。[124]

在实践中，“白板”原则已经因许多殖民地获得独立而遭到削弱。许多殖民列强，特别是英国，在实践中与新独立国家签订转让协议，把某些以后来获得独立的殖民地名义签订的条约继续适用于该获得独立的国家。[125] 尽管这种协议对第三国来说并无损益，它们对于确立前殖民当局与新独立国家之间的适当关系框架来说是有价值的。其他新独立国家采取的做法是发表单方面的声明，对条约继承问题进行表态。此种单方面的声

---

〔120〕 同上，第 237 页。

〔121〕 同上，第 237—239 页。

〔122〕 上述规则也适用于（该公约中所定义的）在两个或两个以上领土基础上组成的新独立国家，参见：第 30 条（提及第 16 条至第 29 条）。当条约影响到一个或更多、但不是全部有关领土时，应当推定一旦发生继承，该条约适用于新独立国家，同上。也可以参见：*Re Bottali*, 78 ILR, p. 105，以及 *M v. Federal Department of Justice and Police*, 75 ILR, p. 107。

〔123〕 参见：*Oppenheim's International Law*, p. 229。

〔124〕 第 17 条第 3 款。也可以参见第 27 条第 2 款。

〔125〕 例如参见：O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 352 ff.，以及 *Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, part 1, pp. 182—7。还可以参见《维也纳公约》第 8 条。

明通常明确指出,条约在被审查的一段时期内仍然有效[126],当然它们本身不能改变与第三国的条约关系。[127] 不过,像转让协议以及单方面声明这样的做法对于削弱绝对的"白板"做法来说显然是有价值的。

国家的解体

当一个既存国家作为国际人格者而消亡、并被两个或两个以上的其他国家所取代时,被接受的观点是,政治性条约将终止,而领土性条约则将继续适用于有关领土,除非有新的主权协议。在这种情况下,其他条约的地位则更为不确定。[128] 980

有关解体的国家实践的所有内容和目的都集中体现在"国家联合体"的分裂上,即:原先由两个国际人格者组成的一个联合体的结束。例如,1829—1831 年的哥伦比亚、1905 年的挪威和瑞典、1960 年的阿拉伯联合共和国、1960 年的马里联邦、1963 年的罗得西亚与尼亚萨兰联邦[129]和 1992 年的捷克和斯洛伐克联邦共和国。[130] 想要从这些事件中得出国家继承的清晰规则是很困难的,因为这在很大程度上取决于有关国家所表示出来的意图。也许,可以认为对每个组成部分的领土都适用条约连续性原则,但这受到明确表示的相反意图的限制。[131]

《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第 34 条规定,对被继承国全部或部分领土有效的条约对该领土继续有效,除非有关国家另有协议,或从条约可知或另经确定该条约对继承国的适用将不符合条约的目的和宗旨,或将根本改变实施该条约的条件。这是否属于一项习惯法规则也是不清楚的。但是,大多数情形可能是通过协议来解决问题的。例如,1993 年 1 月 1 日,当捷克和斯洛伐克联邦共和国解体时,英国采取的立场是,适当起见,对英国和该被继承国有效的条约和协议仍然在英国和继承国之 981

---

[126] 关于对实践的考察,参见:*Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, part 1, pp. 187—93。

[127] 参见:《维也纳公约》第 9 条。

[128] 例如参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 219—220。

[129] 参见:*Yearbook of the ILC*, 1974, vol. II, part 1, pp. 260—3, 以及 O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 164 ff。

[130] 该国由两个不同的单位组成,分别是捷克共和国和斯洛伐克共和国,每个国家都有它们自己的议会。1992 年 11 月 25 日的《关于捷克和斯洛伐克共和国解体的组织法》规定解散该国,并建立捷克共和国和斯洛伐克共和国作为其继承国。同时,这两个共和国发表了一份联合声明,向国际社会宣告这两个继承国将继承被继承国所缔结的全部国际条约,继承对两国的影响不同时,将进行谈判。参见:J. Malenovsky, "Problèmes Juridiques Liées à la Partition de la Tchécoslovaquie, y compris Tracé de la Frontière", AFDI, 1993 p. 305。

[131] 1918 年奥匈帝国的解体是一个特殊的例子,因为它可以说是奥地利和匈牙利联合体(与奥地利不同,匈牙利声称自己是奥匈帝国的延续)的解散,同时还发生领土分离情形。这些分离的领土或者加入到其他国家,例如罗马尼亚,或者被并入新出现的国家,例如波兰和捷克斯洛伐克。

间有效。[132] 南斯拉夫的问题更为复杂，直到2000年，南斯拉夫联盟共和国还在宣称自己是南斯拉夫社会主义联邦共和国的连续实体，而其他的南斯拉夫社会主义联邦共和国的成员国则认为该联邦共和国已经消亡了，被一系列新的国家取代了。

在"适用《灭种罪公约》(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)"案(the *Application of Genocide Convention* (*Bosnia and Herzegovina* v. *Yugoslavia*) case)中，产生了第34条和自动继承的问题。波斯尼亚声称，第34条对《灭种罪公约》是适用的，而南斯拉夫则予以反对。不过，国际法院并没有对这一点进行裁决。[133] 在"加布奇科沃—大毛罗斯项目"案中，又产生了这个问题。当事方对是否适用自动继承原则产生了争议。国际法院同样拒绝对这一点作出裁决，而是将焦点集中在第12条的意义上。[134]

国际人权条约

领土性条约对继承国产生拘束力是因为附着于领土本身，并且建立一种特殊的条约移转制度。那么是否可以认为，由于国际人权条约具有类似性质并从而以"附着于"被继承国领土上的有关居民为根据而对继承国产生拘束力呢？毫无疑问，人权条约属于一类特殊的条约。它们创设了直接向个人承担的义务，通常规定个人可以直接适用某种国际机制。[135] 国际人权条约的性质与传统的国际协议的性质非常不同。在"对《灭种罪公约》的保留"案(the *Reservations to the Genocide Convention* case)中，国际法院强调指出，
982 "对于这种公约而言，缔约国并没有它们自己的利益；它们只是具有全部的共同利益，即：实现该公约存在的那些崇高的宗旨。"[136] 在"巴塞罗那牵引公司"案(the *Barcelona Traction* case)[137]中，国际法院对一个国家对作为整体的国际社会承担的义务和那些针对另一个国家承担的义务进行了区分。前者是那些"来自将侵略和种族灭绝宣布为非法，以及来自关于人身的基本权利的原则和规则，包括不受奴役和种族歧视"的义务。鉴于这些权利的重要性，"所有国家在对它们提供保护方面都存在利益；它们是对一切的义务"。也是在这种情形下，解释国际人权条约的过程比其他国际协议要更加灵活。人权

---

[132] 参见：英国首相在1993年1月1日致捷克共和国总理和斯洛伐克总理的信函，UKMIL, 65 BYIL, 1994, pp. 586 ff。

[133] ICJ Reports, 1996, pp. 595, 611—12; 115 ILR, p. 1。也可以参见：M. Craven, "The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession", 68 BYIL, 1997, p. 127。

[134] ICJ Reports, 1997, pp. 7, 71; 116 ILR, p. 1。关于第12条，参见上文，第970页。

[135] 参见：R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, p. 95。

[136] ICJ Reports, 1951, pp. 15, 23; 18 ILR, p. 364。

[137] ICJ Reports, 1970, pp. 4, 32; 46 ILR, pp. 178, 206。

条约创设的不只是主观的、互惠的权利，而是那些涉及保护人权的客观义务的特定法律秩序。[138]

当人权条约的某缔约国完全解体或从中产生另外一个或多个国家时，如果遵循传统的继承规则，就会导致以前受到此种条约保护的人们因为国家继承而不再受到保护的危险。[139] 联合国人权事务委员会[140]关于南斯拉夫悲剧的实践对这个问题有特别的意义。在第四十五届会议结束之后，联合国人权事务委员会要求波斯尼亚和黑塞哥维那、克罗地亚和南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）就特别问题（例如"种族清洗"政策、任意羁押、酷刑和煽动仇恨）提交特别报告，并指出："在前南斯拉夫境内的所有民族都有权得到本公约的保护"。[141] 所有上述三国的代表都来到该委员会讨论相关的问题，没有一个国家对该委员会的权限提出反对，即使实际上只有克罗地亚一国通知联合国秘书长它 983
继承前南斯拉夫所缔结的所有人权条约。[142] 在对这三个国家提交的初步简短报告进行正式评论时[143]，人权事务委员会清楚而明确地强调，"位于前南斯拉夫境内的所有民族都有权得到本公约的保护"。[144] 在1997年10月发表的第26号一般评论中，该委员会采取的观点是："一旦有关人民在本公约中的权利得到保护，这种保护将涉及领土上的人

---

[138] 例如参见：*Austria* v. *Italy*, 4 European Yearbook of Human Rights, 1960, pp. 116, 140; *Ireland* v. *UK*, European Court of Human Rights, Series A, vol. 20, 1978, pp. 90—1, 以及 *Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, 67 ILR, pp. 559, 568。还可以参见：前面，第16章，第937页。

[139] 注意《奥本海国际法》的编者的观点是，在分离产生新国家的情况下，新国家有义务或者至少有权加入具有"造法"性质的一般条约，特别是那些对新国家从其中分离出来的被继承国具有拘束力的具有人道性质的条约。*Oppenheim's International Law*, p. 222。

[140] 参见：上文，第6章，第314页。

[141] CCPR/C/SR. 1178/Add. 1, pp. 2—3。

[142] 参见：Müllerson, *International Law*, p. 157. 在该委员会随后进行的讨论中，穆勒森（Müllerson）（当时的委员）指出，人权条约除了具有国家之间的文件性质外，还赋予个人权利，"不能在国家继承的情形下剥夺这些个人所享有的那些权利"，而塞拉诺·卡尔德拉（Serrano Caldera）则强调指出，"应当将国家继承视为已批准该公约的国家的人民的既得权利，在国家分裂时不能受影响"。CCPR/C/SR. 1178/Add. 1, pp. 2, 4 and 9。

[143] 1993年4月，这三个国家提交的特别报告增补了这些报告，参见：克罗地亚的报告，CCPR/C/87；南斯拉夫联盟共和国（塞尔维亚和黑山）的报告，CCPR/C/88，以及波斯尼亚和黑塞哥维那的报告，CCPR/C/89。

[144] 参见：CCPR/C/79/Add. 14—16, 28 December 1992。注意，在第49届会议上，联合国人权委员会在1993年3月5日通过了第1993/23号决议，鼓励继承国遵守适当的交存机制，表示它们继续受到有关国际人权条约义务的拘束。也可以参见：联合国秘书长的报告，E/CN.4/1994/68. 1994年5月25日，消除种族歧视委员会向那些尚未声明加入或继承该公约的苏联的继承国致函，邀请它们确认遵守该公约中的条款，参见：E/CN.4/1995/80, p. 3。

民,并且继续属于他们,而不论是否发生政府……或国家继承。"[145]

1994 年 2 月 25 日,人权委员会通过了第 1994/16 号决议。它"重申敦促那些尚未行动的继承国向有关交存机关确认它们继续受到国际人权条约中的义务的拘束",并且"强调人权条约的特殊性质是在保护人权和基本自由"。另外,该委员会请求人权条约机构进一步坚持"有关的国际人权条约对继承国继续适用",请求联合国秘书长"鼓励继
984 承国确认它们自独立日期以来遵守被继承国缔结的国际人权条约中的义务"。[146] 另外,人权条约机构的主席 1994 年 9 月第五次会议采取的观点是,继承国从各自独立的日期开始,自动受到国际人权文件中的义务的拘束,并且遵守这些义务不应当取决于继承国的政府是否作出了确认声明。[147]

在"适用《灭种罪公约》(波斯尼亚—黑塞哥维纳诉南斯拉夫)"案的初步反对阶段,在南斯拉夫分裂的案例中继承《灭种罪公约》的问题就被特别提交到国际法院。国际法院裁定,它在这种情况下没有必要裁决这个问题,因为波斯尼亚和南斯拉夫都以这样或那样的方式清楚表明,在向法院提交申请的日期,它们都是该公约的缔约国。[148] 不过,有两个个别意见特别提到了这个问题。沙哈布丁(Shahabuddeen)法官宣布:"为了有效实现其目的和宗旨,如果被继承国是该公约的缔约国,《[灭种罪]公约》应当被解释为暗含着这样的表述,即该公约的任何一方自独立日期开始单方面继承该公约。"有人建议,这种基于目的和宗旨的观点可以一般地扩大适用到所有人权条约。[149] 韦拉曼特利法官(Weeramantry)在他的个别意见中对其中所强调的原则进行了细致分析,并得出结论说,"现代国际法中存在一项对诸如《灭种罪公约》那样重要的人权公约自动继承的原则"。[150] 得出这种结论的一个重要原因是,在被继承国解体后,一个或多个继承国在接受人权条约义务方面,出现人权保护制度断层的危险。

因此,人权条约是否在被继承国领土范围内不受继承影响继续适用的问题,显然是一个在讨论中的问题。这样一项原则是否已经清楚地得到了确立,目前尚不清楚。然
985 而,对于那些已具有习惯国际法性质的人权来说,新国家因它们的性质而受到拘束。

---

[145] A/53/40, annex VII. 比较:Aust, *Modern Treaty Law*, p. 308. 也可以参见:M. Kamminga, "State Succession in respect of Human Rights Treaties", 6 EJIL, 1995, p. 469, 以及 A. Rasulov, "Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity?" 14 EJIL, 2003, p. 141。

[146] 也可以参见:人权委员会在 1995 年 2 月 24 日通过的第 1995/18 号决议。

[147] E/CN.4/1995/80, pp. 3—4。

[148] ICJ Reports, 1996, pp. 595, 612。

[149] 同上, p. 636。

[150] 同上, pp. 645 ff。

对条约以外事项的继承

国际组织成员资格[151]

国际组织会员资格是否可以继承(取决于该组织章程中所使用的措辞)依据是否形成了一个新国家或者旧国家是否以略微不同的形式继续存在的情况而定。在1947年英属印度发生分裂的事例中,联合国大会认为印度是英属印度的延续,而巴基斯坦则是一个新国家,它只能向该组织申请加入。[152] 在1958年埃及和叙利亚合并形成阿拉伯联合共和国之后,阿拉伯联合共和国被视为是联合国的一个单独会员国,而在1961年该共和国解散之后,叙利亚只是恢复了它在该组织的单独会员国资格。[153] 在1990年南北两个也门合并的事例中,新国家只是取代了原先的两个国家从而成为相关国际组织的会员国。在被继承国解体而新国家出现的情况下,这种新国家只能重新向国际组织申请会员资格。例如,新的捷克共和国和斯洛伐克共和国在1993年1月19日被接纳为联合国新的会员国。[154]

联合国大会第六(法律)委员会考虑了因一个成员国解体而形成新国家和会员资格问题,发表了下列原则[155]:

> 一、作为一项一般规则,符合法律原则的推定是,成为联合国会员国的国家并不仅仅因为它的宪法或边界发生改变而停止成为会员国;只有当一个国家的权利和义务已经被认为不再存在时,这个国家作为国际法律秩序所承认的法律人格才可以被认为已经消亡。 986

---

[151] 参见:O'Connell, *State Succession*, vol. II, pp. 183 ff., 以及 H. G. Schermers and N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd edn, The Hague, 1995, pp. 73 ff。

[152] 联合国认为,这个问题,即从一个现存国家中分离一部分领土成立新国家,是和爱尔兰自由邦从英国分离出去以及比利时从荷兰分离出去的情况是相同的。在该两个案例中,剩余的领域仍然作为以现存国家的身份存在。参见:O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 184—7。

[153] 同上, pp. 197—8。这个情形与1947年的印度—巴基斯坦的先例是不同的,受到了批评,例如参见:C. Rousseau, "Sécession de la Syrie et de la RUA", 66 RGDIP, 1962, p. 413。也可以参见:E. Cotran, "Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States", 8 ICLQ, 1959, p. 346。

[154] 参见:Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 73 and 77。关于俄罗斯联邦和南斯拉夫联盟共和国在联合国的会员资格问题,参见:上文,第960页。

[155] A/CN.4/149, p. 8, 转引自:O'Connell, *State Succession*, vol. I, p. 187。

二、当一个新国家产生时，无论它具有什么样的领土和人口，无论它的先前国是否是联合国的会员国，它不能根据《联合国宪章》主张具有联合国会员国地位，除非根据宪章的条款它被正式接纳为会员国。

三、此外，每个案情都必须根据实际情况作出判断。

财产和债务的继承[156]

这方面的相关国际法是建立在习惯法的基础之上的。1983 年的《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》现在尚未生效，尽管它的大多数条款（那些涉及"新独立国家"的条款除外）是习惯法的反映。在发生继承的情况下，相关财产（包括档案）和债务分配的首要规则是，有关各方应当通过协议解决这些问题。实际上，已经形成的所有规则，例如 1983 年的《维也纳公约》中的规则，都是在不能达成此种协议的情况下才发挥作用的。[157] 另外，关于南斯拉夫问题的仲裁委员会在第九号意见中声称，"南斯拉夫社会主义联邦共和国的所有继承国必须通过协议一起解决所有继承问题"。[158] 在第 14
987 号意见中，它重申了这种做法，声称"适用于国家继承的首要原则是，继承国应当互相协商，就所有涉及继承的问题达成一项解决方案"。[159]

国家财产[160]

传统的规则规定，只有被继承国的公共财产才自动转移给继承国。[161] 不过，这当然

---

[156] 一般参见：O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 199 ff.; E. H. Feilchenfeld, *Public Debts and State Succession*, New York, 1931; UN, *Materials on Succession of States in Matters Other than Treaties*, New York, 1978; International Law Association Reports on Aspects of the Law of State Succession 2004 (preliminary) and 2006 (final); A. Stanič, "Financial Aspects of State Succession: The Case of Yugoslavia", 12 EJIL, 2001, p. 751; C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1977, vol. III, p. 374; M. Streinz, "Succession of States in Assets and Liabilities—A New Regime?", 26 German YIL, 1983, p. 198; P. Monnier, "La Convention de Vienne sur la Succession d'Etats en Matière de Biens, Archives et Dettes d'Etat", AFDI, 1984, p. 221; V. D. Degan, "State Succession Especially in Respect of State Property and Debts", 4 Finnish YIL, 1993, p. 130; Mrak, Succession of States, and E. Nathan, "The Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts" in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, p. 489. 还可以参见：*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 2.

[157] 例如参见：第 14、17、18、22、23、27、28、30、31、37、38、40 以及 41 条。

[158] 92 ILR, p. 205。

[159] 96 ILR, p. 731。

[160] 注意，私人权利本身不受继承影响，例如参见：*Oppenheim's International Law*, p. 216, 以及下文，第 1001 页。

[161] 例如参见：the *United Nations Tribunal for Libya*, 22 ILR, p. 103. 还可以参见：International Law Association, *Final Report*, p. 1。

存在公共财产的定义问题。公产与私产的区别在某种程度上取决于公法和私法的区别，而公法与私法这种区分对于普通法国家来说是陌生的概念。尽管在许多情况下会在相关的协议中界定什么是公共财产[162]，但并不总是这样的，通常需要求助于国内法。在很大程度上的确需要这样做，这也是因为，国际法本身并不给许多需要界定的诸如公众公司或公益事业等概念下定义。[163]

为此，有关的国内法应当是被继承国的国内法。在继承的情形下界定有关财产的性质并从而在继承问题上从本质上决定其命运的是被继承国的法律。[164] 1983 年的《维也纳公约》第 8 条规定，该公约中的国家财产是指“根据被继承国的国内法在发生国家继承的日期属于被继承国所有的财产、权利和利益。”[165] 这可以说是习惯法的反映。关于南斯拉夫问题的仲裁委员会重申了这个立场，声称：“为了判断财产、债务和档案是否属于南斯拉夫社会主义联邦共和国，应当考察在继承日期有效的南斯拉夫社会主义联邦共 988
和国的法律”。[166] 转移财产的相关日期是继承日期[167]，这是独立的日期，尽管当不同的继承国在不同的继承日期分配财产和债务时会产生困难。[168] 此种问题需要在有关各方之间在协议的基础上加以解决。[169]

该仲裁委员会遇到了两个特殊的问题。第一，1974 年的《南斯拉夫社会主义联邦共和国宪法》已经将多种财产所有权转移给各个共和国。这导致该委员会断定，无论它们的来源或起初的融资情况如何，不能认为这种财产属于南斯拉夫社会主义联邦共和国所

---

[162] 例如参见：1960 年《关于成立塞浦路斯的条约》，382 UNTS, pp. 3 ff.，以及 1947 年《对意大利的和平条约》，49 UNTS, *annex* XIV, p. 225。

[163] 例如参见：the dispute concerning property belonging to the Order of St Mauritz and St Lazarus, AFDI, 1965, p. 323. 也可以参见：Stern, “Succession”, p. 329。

[164] 参见：*Chorzów Factory* case, PCIJ, Series A, No. 7, p. 30 以及 the *German Settlers in Upper Silesia* case, PCIJ, Series B, No. 6, p. 6，但是比较：the *Peter Pazmany University* case, PCIJ, Series A/B, No. 61, p. 236。

[165] 还可以参见：*Yearbook of the ILC*, 1970, vol. II, pp. 136—43 以及 *ibid.*, 1981, vol. II, p. 23；比较：O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 202—3。

[166] 参见：第 14 号意见，96 ILR, p. 732。

[167] 注意，1983 年的《维也纳公约》第 10 条规定，转属被继承国国家财产的日期是发生国家继承的日期，“除非有关国家另有协议或由适当的国际机构作出决定”。在国家档案方面，第 21 条推翻了这项原则，在国家债务方面，第 35 条推翻了这项原则。

[168] 例如参见：关于南斯拉夫问题的仲裁委员会第 11 号意见，96 ILR, p. 719. 比较：2001 年 6 月的《关于继承问题的南斯拉夫协议》，41 ILM, 2002, p. 3. 也可以参见：C. Stahn, “The Agreement on Succession Issues of the Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia”, 96 AJIL, 2002, p. 379。

[169] 参见：2001 年《关于继承问题的南斯拉夫协议》附件 A 的第 3 条和第 7 条以及附件 B 的第 4 条第 3 款。

有。[170] 第二,该委员会遇到了"社会所有权"这个概念,这是一个在南斯拉夫社会主义联邦共和国尤其得到充分发展的概念。在这种情况下,该委员会通过将领土原则与职能方法相结合的做法解决了这个棘手的问题。它指出,"社会所有权"是指"大多数所有权掌握在'劳动合作组织'手里,这些组织是具有它们自己的法律人格、在单独一个共和国国内运作并且属于其专属管辖权范围内的机构。这种组织的财产、债务和档案不能为了国家继承的目的而被分割:每个继承国对它们实施各自的主权权利"。[171] 不过,当其他组织在联邦的层次或在两个或两个以上共和国的层次行使"社会所有权"时,"如果它们是以南斯拉夫社会主义联邦共和国的名义对单独的共和国实施公共特权,它们的财产、债
989 务和档案应当在有关继承国之间进行分割"。在没有实施这种公共特权的情况下,该种组织应当被视为是私营部门的企业,国家继承对其不适用。[172]

不过,2001 年的《南斯拉夫协议》却规定,"就本协议中的附件而言,应当由那些境内存在不动产和有形动产的继承国根据国际法来决定该种财产是否属于南斯拉夫社会主义联邦共和国的财产"。[173]

被继承国与所涉领土有关的公共财产应当转移给该继承国,这是一项公认的习惯国际法原则。[174] 因此,作为一般规则,根据被继承国的法律界定公共或国家财产的继承标准是领土标准。

不过,还需要对不动产和动产作出区分。位于继承所涉领土境内的国家不动产属于该继承国所有。[175] 这是 1983 年的《维也纳公约》所规定的。[176] 这也得到了国家实践的

---

[170] 第 14 号意见,96 ILR, p. 732。

[171] 同上。

[172] 同上。

[173] 附件 A 的第 6 条。这和有关时期更为通常援引国内法形成了鲜明的对比。

[174] 例如参见:《第三次美国对外关系法重述》, pp. 102 ff.; Brownlie, *Principles*, pp. 624—5, 以及 O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 199—200. 也可以参见:the *Peter Pazmany University* case, PCIJ, Series A/B, No. 61, 1933, p. 237 以及 *Haile Selassie* v. *Cable and Wireless Ltd* (No. 2) [1939] Ch. 182; 9 AD, p. 94. 还可以参见: *Kunstsammlungen zu Weimar* v. *Elicofon* 536 F. Supp. 829, 855 (1981); 94 ILR, pp. 133, 180. 注意,根据第 11 条的规定,该条款基本上反映了实践,转属国家财产时不需要进行赔偿,除非另有协议;第 12 条规定,在被继承国领土上的第三国的财产不受继承影响。

[175] 例如固定的军事设施、监狱、机场、政府办公室、国家医院以及大学,参见:*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 2, p. 33。

[176] 第 14 条(涉及一国的部分领土转移给另一国的情形);第 15 条第 1 款第 1 项(涉及"新独立国家");第 16 条(涉及国家联合组成一个继承国的情形);第 17 条(涉及一国的部分领土分离形成新国家的情形)以及第 18 条(涉及一国解体的问题)。

支持[177]，多数实践都得到近来的关于南斯拉夫问题的仲裁委员会的再次确认[178]，也得到2001年的《南斯拉夫协议》的再次证实。[179]

当不动产位于一个或多个继承国领土之外时，传统的国家实践表明，当被继承国继续存在时，这种财产应当仍然属于被继承国所有（当然有关国家之间签订有相反的协议者除外）只有在特殊的情况下才可以修正这项原则。[180] 在被继承国消亡的情况下，它在 990
境外的财产似乎应当在继承国之间按照比例进行分配。[181]

该公约第15条第1款第2项产生了一个极其有争议的特殊问题，即"新独立国家"的问题。该款项规定，"属于国家继承所涉领土但位于该领土之外而在该领土附属期间已成为被继承国国家财产的不动产应转属继承国"，而位于该领土之外的其他国家不动产则"应按照附属领土所作贡献的比例转属继承国"。这些规定都不能被视为习惯国际法的组成部分，如果发生这种情形，它们的效力取决于该公约是否生效。[182]

就与所涉领土有关的动产而言，领土原则继续占据主导地位。[183] 奥·康奈尔（O'Connell）指出，"这种注定为地方所使用的财产由继承国所有"[184]，而1983年的《维也纳公约》的规定则显得更加灵活。它规定，"与被继承国对国家继承所涉领土的活动有 991
关的被继承国的国家动产应转属继承国"。[185] 不过，在具体案件中，在涉及既可以被视为"注定为地方所使用的"财产也可以被视为"与被继承国在……该领土有关的活动的"

---

[177] 例如参见：O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 220—1. 还可以参见：*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 2, p. 29。

[178] 第14号意见，96 ILR, p. 731。

[179] 附件A第2条第1款。

[180] 例如参见：*Oppenheim's International Law*, p. 223, note 6。

[181] 同上，p. 221。1983年《维也纳公约》第18条第1款规定，"位于所涉领土内的被继承国的国家不动产应当以公平比例转属继承国"。注意，2001年《关于继承问题的南斯拉夫协议》对外交和领事馆舍的分配进行了特别处理，参见附件B。

[182] 应当指出的是，与其他继承情形不同的是，第15条针对的是被继承国与继承国之间的协议。这样规定是故意的，因为起草该公约草案的国际法委员会认为，这是对非殖民化的特殊情况进行承认的必然要求，而且许多此种协议对新独立国家来说是不利的，参见：Yearbook of the ILC, 1981, vol. II, part 2, p. 38。这个条款之所以是不同寻常的，还因为它规定，位于境外的国家不动产和"依附领土对其作出贡献的"条款所包括的情形以外的其他国家动产应当根据依附领土所作出的贡献的比率转属继承国。这样规定的目的是为了把公平原则适用于该情形，而且为了特别保存"生活在有关依附领土上的人民的祖传财物和历史及文化遗产"，同上。它可以在多大程度上适用尚未清楚。它可能包括对位于依附领土之上的国际组织作出的贡献，除此之外只能推测。

[183] 例如货币和国家公共基金，*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 2, pp. 35—6。

[184] O'Connell, *State Succession*, vol. I, p. 204。

[185] 第17条。也可以参见：第14条第2款第2项、第15条第1款第4项和第18条第1款第3项。

财产那种模棱两可的财产时，具体的分界线到底在哪里可能是很困难的。关于南斯拉夫问题的仲裁委员会在第十四号意见中所采取的态度看来更加灵活，因为它只指出，“位于继承国领土上的公共财产转移给该继承国”。[186] 不过，特定种类的财产可能需要不同地对待。例如，《南斯拉夫协议》规定，第一，这项规则不适用于对某个继承国的文化遗产具有重要意义的有形国家财产，即使在独立日期该财产位于其他地方。这种财产应当属于该文化的所属国。[187] 第二，军事财产问题需要通过特别协议解决。[188]

位于所涉领土境外的动产问题更为复杂。1983 年的《维也纳公约》第 17 条第 1 款第 3 项规定，此种财产（在一个国家的一部分分离出去的情况下）“应当按照公平比例转移给继承国”。这必定被视为一项有争议的规定，因为它看来已经修正了对国家财产继承的占主导地位的领土原则。[189] 不过，在被继承国解体的情况下，更加有力的主张是支持公平分配与发生继承有关的领土有关的动产。[190] 关于南斯拉夫问题的仲裁委员会仅局限于指出下述一般原则，即南斯拉夫社会主义联邦共和国的国家财产、债务和档案（位
992 于各个继承国境内的不动产除外）应当在继承国之间分配[191]，并且认为，虽然每种财产和债务不一定需要公平分配，但最终的结果必须是公平分配的。[192]

一般说来，最不容易产生问题的国家继承情形是并入或合并，因为并入国或新成立的国家只是取得已经消亡的国家的财产和债务。不过，在德国统一的事例中，对这个问题进行了详细讨论。《统一条约》第 21 条规定，德意志民主共和国直接服务于具体的行政任务的财产成为联邦的财产[193]，以便用来完成德意志民主共和国领土境内的公共任务。第 22 条处理的是该领土上的法律实体的公共财产，包括那些并不是直接服务于具

---

〔186〕 96 ILR, p. 731. 也可以参见 2001 年《关于继承问题的南斯拉夫协议》附件 A 的第 3 条第 1 款。

〔187〕 附件 A 第 3 条第 2 款。

〔188〕 第 4 条第 1 款。

〔189〕 参见：O'Connell, *State Succession*, vol. I, p. 204. 比较：*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 1, pp. 46—7.

〔190〕 参见：1983 年《维也纳公约》第 18 条第 1 款第 4 项。也可以参见：奥地利最高法院在下列案件中的判决：*Republic of Croatia et al.* v. *Girocredit Bank AG der Sparkassen*, 36 ILM, 1997, p. 1520。

〔191〕 第 14 号意见，96 ILR, pp. 731—2. 现在参见：所讨论的 2001 年《关于继承问题的南斯拉夫协议》。

〔192〕 第 13 号意见，同上，第 728 页。2001 年《关于继承问题的南斯拉夫协议》规定，当对财产的分配将导致对南斯拉夫社会主义联邦共和国的国家财产出现“重大的不公平分配”时，该问题随后可以提交给根据附件第 5 条设立的联合委员会。

〔193〕 除非在 1989 年 10 月 1 日它们被指定主要用于根据《德意志联邦共和国基本法》的规定由各州、地方当局或其他公共行政机构所行使的行政任务。在这种情况下，它们将转移给公共行政的适当机构。为了对前公有公司进行私有化，主要用于前国家安全部或国家安全办公室的行政财产转移给根据 1990 年 6 月 17 日的《私有化和公有财产重组法》（信托法）设立的信托代理机构。

体的行政任务的农业部门的土地和财产。[194] 这种金融财产由联邦政府以信托的方式管理,并且根据联邦法律在联邦政府和德意志民主共和国各州之间进行平等分配,而且各州的地方当局应当得到适当的份额。联邦政府将其获得的份额用来完成德意志民主共和国领土上的公共任务,而分配给各州的份额大小则是按照人口比率进行。用来提供住房的公有财产成为地方当局的财产,而且地方当局也按照比例承担了债务份额,以便最终实现私有化。

实际上,国家实践显示,除了一些明确而基本的规则外,一切都将取决于特定情况下所达成的特定协议。在捷克和斯洛伐克联邦共和国分裂的情况中,两个继承国同意将被 993
继承国[195]的财产和债务以二比一的比率(两个新国家大致的人口比率)分配。[196] 在前苏联的情况中,俄罗斯和各个继承国在 1991 年和 1992 年分别签订了协议,规定对于被继承国的财产和债务俄罗斯承担 61.34%,而乌克兰承担 16.37%。[197] 在前南斯拉夫的情况下,除了上面提到的条款以外[198],2001 年的《继承问题协定》规定,以同意的比率进行财产的分配。[199] 在国际货币基金组织和世界银行的金融资产在稍微不同的比率(通常称为"国际货币基金组织的基调")基础之上分配。[200] 在 2001 年 4 月 10 日的一份协定中,对于在国际清算银行中的资产的分配也使用了国际货币基金组织的基调。[201]

---

[194] 它们所使用的是"金融资产"这样的表述,故意将社会保险资产排除在外。

[195] 位于每个共和国境内的、并且根据领土原则属于有关共和国的不动产除外。

[196] 例如参见:Degan, "State Succession", p. 144。

[197] 参见:Müllerson, *International Law*, p. 144, 以及 Stern, "Succession", pp. 379 ff. 根据四个标准得出具体的比例:有关加盟共和国对前苏联的进口所参与的程度、对出口所参与的程度、国民生产总值的比例以及人口的比例。参见:W. Czaplinski, "Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession" in Mark, *Succession of States*, pp. 61, 71. 不过,在 1993 年,俄罗斯主张前苏联的所有资产和债务,参见:Stern, "Succession", p. 405. 在屡次失败之后,1997 年终于就在乌克兰克里米亚基地的黑海舰队的瓜分达成了一项特别协议,同上,第 386 页。

[198] 参见:上文,第 989—91 页。

[199] 具体比率是:波斯尼亚和黑塞哥维那 15.5%;克罗地亚 7.5%;马其顿 7.5%;斯洛文尼亚 16%;南斯拉夫 38%,参见附件 C 第 4 条。对于对该协议没有包括的南斯拉夫社会主义联邦共和国的所有其他权利和利益(例如专利、商标、版权以及版税),也适用该比率,参见附件 F。

[200] 具体比率是:波斯尼亚和黑塞哥维那 13.20%;克罗地亚 28.49%;马其顿 5.4%;斯洛文尼亚 16.39%;南斯拉夫联盟共和国 36.52%,参见:IMF Press Release No. 92/92, 15 December 1992. 也可以参见:P. Williams, "State Succession and the International Financial Institutions", 43 ICLQ, 1994, pp. 776, 802, fn. 168, 以及 I. Shihata, "Matters of State Succession in the World Bank's Practice" in Mark, *Succession of States*, pp. 75, 87。

[201] 参见:2001 年《关于继承问题的南斯拉夫协议》附件。

国家档案

档案是具有特殊性质的国家财产。它们很多从性质上是很难进行分割的，但它们却
994 可以相对容易地进行再生和复制。档案是共同体遗产的关键部分，可以包括文件、货币的汇集、图像文件、照片或胶片。它们受到联合国教科文组织的特别关注。该组织要求将恢复档案作为重建和保护国家文化遗产的一部分来进行，并且要求将不可替代的文化遗产归还给那些创造此种遗产的国家。[202] 在这种一般情形下，还应当注意 1982 年《海洋法公约》第 149 条和第 303 条的规定。前者规定，在国际海底区域发现的一切考古和历史文物，应为全人类的利益予以保存或处置，“但应特别顾及来源国，或文化上的发源国，或历史和考古上的来源国的优先权利”；后者规定，各国有义务保护在海洋发现的考古和历史性文物，并应为此目的进行合作。

一般说来，欧洲国家之间缔结的关于领土割让的条约包含有规定如何处理档案问题的档案条款，但在非殖民化的情形下很少有这种条款。[203]

1983 年的《维也纳公约》第 20 条规定，该公约中的国家档案是指：

> 为执行国家职能而编制或收集的，而且在国家继承之日按照被继承国国内法的规定属于国家所有的，并出于各种目的作为档案直接保存或控制的各种日期和种类的一切文件。

一般说来，这种档案在国家继承日期在无须补偿、并且在第三国在该领土上所有的档案不产生影响的情况下发生转移。[204]

995 如果某国家的部分领土由该国转让给另一国，在没有协议的情况下，与继承所涉领土的行政管理有关的及其他完全或主要与该领土有关的档案，应转属继承国。[205] 在“新独立国家”的情况下，也适用相同的一般规定[206]，但有所修正。属于所涉领土、并且在受被继承国统治期间成为被继承国国家档案的那部分档案应当转让给继承国。这里提到

---

[202] UNESCO, Records of the General Conference, 18th Session, Resolutions, 1974 pp. 68 ff., 20 C/102, 1978, paras. 18—19; 以及 UNESCO Records of the General Conference, 20th Session, Resolutions, 1978, pp. 92—3. 也可以参见：*Yearbook of the ILC*, 1979, vol. II, part 1, pp. 78—80. 另外，注意关于建立一个国际文化新秩序的呼吁，例如参见：M. Bedjaoui, *Towards a New International Economic Order*, Paris, 1979, pp. 75 ff. and 245 ff., 以及联合国大会第 3026A (XXVII)、3148 (XXVIII)、3187 (XXVIII)、3391 (XXX) 和 31/40 号决议。

[203] *Yearbook of the ILC*, 1979, vol. II, part 1, p. 93。

[204] 第 21 至 24 条。

[205] 第 27 条。

[206] 第 28 条第 1 款第 2 项和第 3 项。

的成为国家档案的档案是指在殖民以前的材料，无论是由中央政府、地方政府或部落，宗教牧师、私人企业或个人所保存。[207] 这里可以提及 1947 年的《对意大利和平条约》。该条约规定，意大利应当将其自 1935 年 10 月以来从埃塞俄比亚运到意大利的、属于埃塞俄比亚或其当地居民的所有档案和具有历史价值的物质归还给埃塞俄比亚。[208] 在越南的案例中，1950 年的《法国—越南协定》规定，将所有历史档案归还给越南。[209] 法国和阿尔及利亚之间一直存有争端，因为阿尔及利亚被殖民之前的资料被运到了法国。[210]

第 28 条第 2 款规定，应当根据协议确定转让或适当复制被继承国的国家档案中与所涉领土有关的部分（除了前面已经讨论的部分以外），并且应当“使两国（被继承国和继承国）中每一国都能尽可能广泛和公平地从被继承国国家档案的这些部分获益”。这里可以提到的资料基本上与殖民化和殖民时期有关。在 1975 年的一份协议中，法国特别提到法国在吞并阿尔及利亚过程中进行的缩微胶卷拍摄。[211] 第 28 条第 3 款强调指出，被继承国应从其国家档案中向继承国提供有关领土权利和边界问题的最有力的证据。这是非常重要的，因为许多非殖民化后的领土争端一直都涉及与争议区域有关的划界和殖民管理的条约解释问题。[212] 996

当两个或两个以上的国家合并形成一个新国家时，前者的国家档案转移给后者。[213] 当一国的部分领土分离出去形成一个新国家时，除非当事国有相反协议，被继承国的国家档案中为了正常管理所涉领土而应当处于该所涉领土内的那部分档案将发生转移，国家档案中那些直接与成为继承对象的那部分领土有关的部分也发生转移。[214]

如果一个国家发生解体、并由两个或两个以上的继承国取代，在没有协议的情况下也适用相同的规则，需要补充的是，其他的国家档案在考虑所有相关情形下以公平方式

---

[207] *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 2, p. 62.

[208] 49 UNTS, p. 142.

[209] 参见：*Yearbook of the ILC*, 1979, vol. II, part 1, p. 113。

[210] 同上，pp. 113—14。

[211] *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 2, p. 64.

[212] 例如参见：马里—上沃尔特（布基纳法索）之间的边界争端，Shaw, Title to Territory, pp. 257—8，以及 the *Burkina Faso/Mali* case, ICJ Reports, 1986, p. 554; 80 ILR, p. 459。

[213] 第 29 条。

[214] 第 30 条。

转移给继承国。[215] 2001 年的《南斯拉夫继承问题协定》确认了这些原则,[216]尽管它作出了补充规定,即那些属于上述种类以外的条约也要通过在继承国之间就公平分配签订协议来解决。[217]

第 28 条、第 30 条和第 31 条还有一段解释性规定,即:对国家档案的有关协议"不应损害这些国家人民的发展权、得到他们历史信息的权利以及他们的文化遗产权"。尽管对这些权利在法律上是否作为权利存在以及在具体的实践中这种条款如何解释存在争议,但倡导民族遗产的意识和知识的一般概念是得到支持的。[218]

公共债务[219]

这个领域非常不确定。在这种情况下是否存在一项继承规则仍然是有疑问的。[220]
997 与国家继承的其他内容一样,政治和经济因素占据了主要地位,许多实践都以当事方之间达成的协议为中心。

公共债务(或国家债务)是指那些由中央政府为了整个国家利益而承担的债务。它属于特别敏感的问题,因为它涉及到第三国,而第三国总是不愿意看到债务人的身份发生变化。在继承国按照债务份额向被继承国(当然这是被继承国还是存在的情形)承担责任而不是直接向债权人承担责任的情况下,这就产生了以有关债务连续责任为基础的做法。就像 1983 年《维也纳公约》第 36 条所指出的那样,国家继承本身不影响债权人的权利和义务。[221]

公共债务[222]可以分为国家债务,即为了整个国家的利益而承担的债务;地方债务,

---

[215] 第 31 条。尤其注意,丹麦和冰岛的联合体解散之后,它们之间对有价值的羊皮纸文稿发生的争端,参见:Verzijl, *International Law*, vol. VII, 1974, p. 153, 以及 *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 1, pp. 68—9, 以及 1919 年的《圣日耳曼条约》,该条约中规定了对各个新的或重新成立的国家的档案进行继承的条款。

[216] 参见:附件 D。

[217] 同上,第 6 条。

[218] 关于 2001 年《关于继承问题的南斯拉夫协议》附件 A 的第 3 条第 2 款的内容,详细参见:上文,第 991 页。

[219] 一般参见:O'Connell, *State Succession*, vol. I, chapters 15—17; *Yearbook of the ILC*, 1977, vol. II, part 1, pp. 49 ff., 以及 Zemanek, "State Succession"。

[220] 例如参见:Brownlie, *Principles*, pp. 625—6。

[221] 注意,该公约并不涉及私人债权人问题,这一点受到《第三次美国对外关系法重述》的批评,参见:the *Third US Restatement on Foreign Relations Law*, p. 106, 但是,该公约第 6 条却在实际上是这方面的一个补救条款。

[222] 注意,该公约规定的国家债务的定义规定在第 33 条中,即:"被继承国根据国际法对其他国家、国际组织或任何其他国际法主体所承担的任何金融债务"。

即由地方政府的领土单位或其他形式的地方当局签订协议而产生的债务;以及地方化债务,即中央政府为了地方项目或区域的目的而引起的债务。[223]

很清楚,根据习惯国际法,地方债务转属继承国,因为它们属于现在已经转变成继承国管辖的地方政府领土当局所达成的安排,而且继承对这些安排并不产生直接影响。实际上,它们继续构成所涉的特定领土承担的债务。[224] 同样,地方化债务,由于与继承所涉领土紧密相关,因此也根据相同的领土原则转属继承国。[225]

看来,对于这类国家债务的债务如何分配的问题好像并不存在确定的答案。在发生并入或合并的情形下,扩大了的国家或新创设的国家只是将消亡的国家的债务合并而已。[226] 德国统一的例子具有指导意义。《统一条约》第23条规定,德意志民主共和国全 998
部国家预算债务并入联邦财政部长管理的一个特别联邦基金。联邦政府对特别基金的债务负责,该特别基金的目的是为了偿还债务,以及尤其为了偿还债务和支付利息及借贷费用而进行贷款。截至1993年12月31日,联邦政府和信托代理机构已经各自支付了该特别基金产生的一半利息费用。到1994年1月1日,联邦政府、信托代理机构以及前德意志民主共和国的各州支付了该特别基金累计的所有债务,该特别基金于是被解散。德意志联邦共和国还接管了德意志民主共和国所承担的保证、担保和抵押责任,而德意志民主共和国在柏林国家银行的利息则由前德意志民主共和国各州承担。从德意志民主共和国对柏林国家银行所承担的责任中所产生的债务由联邦政府承担。

在发生分离或分裂、并且被继承国仍然存在的情形下,看来应当推定,被继承国的一般公共债务的责任仍然由发生继承后的被继承国承担。[227] 对于一国的部分领土转移给另一国的情形当然也是如此。[228] 一般说来,由于缺乏实践,很难说国际法已经产生了对于这种情形的新规则,因此公共债务不分割的一般原则仍然没有被取代。不过,继承国可能乐于参加债务分担,以便建立国际信誉,尽管根据国际法严格说来没有这个必要。[229] 而且,由于公平分配这个概念越来越受到关注,因此可能对这种情形也产生影响。

---

[223] 参见:O'Connell, *State Succession*, vol. I, chapters 15—17, 以及 *Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 1, p. 76. 还有其他各种各样的分类,同上。

[224] 例如参见:O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 416 ff。

[225] *Ibid.* 还可以参见:*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 1, p. 90, 以及 *Ottoman Public Debt* case, 1 RIAA, p. 529 (1925)。

[226] 该公约第39条规定,当两个或两个以上国家组成一个继承国时,被继承国的国家债务转属继承国。

[227] 参见:*Ottoman Public Debt* case, 1 RIAA, p. 529。

[228] 参见:*Yearbook of the ILC*, 1977, vol. II, part 1, p. 81。

[229] 参见:Williams, "State Succession", pp. 786 and 802—3。

简单地回顾一下有关实践也许可以更好地说明这个问题的复杂性。例如，当1840年德克萨斯从墨西哥分离出来时，它拒绝承担后者的任何债务，尽管根据情况支付了一
999 些安慰性质的费用。不过，巴拿马在1903年独立时，没有承担哥伦比亚的任何债务。1919年和1923年缔结的和平条约中的安排是很复杂的。但是，可以指出的是，尽管一些因帝国的崩溃而产生的领土都没有分担公共债务，但在多数情况下，均有经协议达成的非常复杂的解决方案。例如，奥匈帝国的继承国根据赔偿委员会的决定承担战前债券的份额，而土耳其是按照收入比例为基础承担奥斯曼帝国的公共债务份额的。[230] 1921年，当爱尔兰自由邦从英国分离出去的时候，规定英国的公共债务通过抵消或反请求的方式"公平而公正"地承担其中的份额。

印度（英属印度的连续实体）和巴基斯坦（新国家）之间的协议规定，前者对英属印度的所有金融债务，包括贷款和保证，承担责任。因此，印度是对国家债务的唯一债务人，而巴基斯坦则根据它从英属印度所得财产的份额比例对印度承担相应份额的债务。[231]

关于担保的债务，一般观点似乎是，对位于所涉领土境内财产的抵押而产生的担保债务转属该所涉领土的继承国。例如，1919年的《圣日耳曼条约》和《特里亚农条约》（Treaties of St Germain and Trianon）（分别是第203条和第186条）规定，对于已经达成协议将转属特定继承国的那部分国家债务，已经作出保证的财产仍然作出保证。此种债务需要经过特别担保，而且进行担保的只能是"铁路、盐矿或其他财产"。[232] 不过，当用地方收入偿还债务时，则应当作相反推定。

大多取决于具体情况。很可能是这样的，即当分离的领土对于被继承国来说是实质性或有意义的部分时，出于公平起见，应当对国家债务承担某种形式的份额。正是出于这种考虑，并考虑到1921年的《英国—爱尔兰自由邦条约》的例子，才促使国际法委员会
1000 提出了后来成为1983年《维也纳公约》第40条的条款草案。

第40条规定，国家的一部分或几部分领土与该国分离而组成一个国家时，除被继承国与继承国之间另有协议者外，被继承国的国家债务"应按照公平的比例"转属继承国，同时应特别考虑到转属继承国的与国家债务有关的财产、权利和利益。[233] 鉴于迄今为止国家实践稀少且混乱，这个条款是否属于对习惯法的编纂是有疑问的，但是，它反映了

---

[230] 例如参见：O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 397—401, 以及 Feilchenfeld, *Public Debts*, pp. 431 ff.

[231] 参见：O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 404—6。

[232] 同上，p. 411。

[233] 该规则同样适用于一国的部分领土转移给另一国的情形，参见：第37条。

一种可行的方法。

不过,在发生分裂、并且被继承国消亡的情况下,需要对公共债务进行某种形式的分配。第 41 条规定,应按照公平的份额转属各继承国,同时应特别考虑到转属继承国的与国家债务有关的财产、权利和利益。这是合理的,可以说是对国际实践的反映。[234] 任何对债务的公平分配的基础当然都要取决于有关当事方,并且需要以协议的方式进行。各种可能都是存在的,包括税率、领土范围、人口、债权人的国籍、与实际收入贡献不同的计税价格、财产价值以及有关领土对中央政府的贡献大小等。[235] 2001 年的《南斯拉夫协定》规定,"划拨的债务",即那些债务的最终受益人是位于某个继承国或几个继承国领土之上的外债,由最终受益者位于其领土之上的继承国承担。[236]

和 1983 年《维也纳公约》的其他部分一样,对"新独立国家"规定了一条特殊的条款。第 38 条规定,在当事方之间没有协议的情况下,"被继承国的国家债务不能仅仅因为在被继承国与所涉领土有关的行为而产生的国家债务与转属新独立国家的财产、权利和利益之间存在联系,而应当转属新独立国家"。从美国独立以来的非殖民化的一般实 1001
践来看,没有对被继承国的一般国家债务部分进行继承的。但是,当债务与所涉领土特别有关时,就不一样了。[237] 这个条款不可能是习惯法的反映。

私人权利

还会产生国家继承在多大程度上会对私人权利是否产生影响的问题。这与国家主权原则和尊重既得或现存权利原则都有关联,并且通常会出现征收的情形。就那些已经成为继承国国民的居民而言,它们完全受到该国法律和规章的管辖。除了适用国际人权法的规则外,在这种情况下,他们几乎不能直接诉诸于国际法。因此,在发生主权变更的情况下,经常讨论的是那些涉及对权利和义务继承的国际法条款对外国人提供的保护

---

[234] 例如参见:*Oppenheim's International Law*, p. 221。

[235] 在 1919 年的和平条约中,采取了按照被割让领土的未来支付能力的比例进行分配的原则,这种支付能力根据战前贡献的收入来进行衡量;而在 1923 年关于奥斯曼帝国灭亡的《洛桑条约》中,采取的原则是,只是按照对债务过去进行的分期偿还的实际贡献大小来决定具体的分配比例,参见:O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 454—6. 比较:*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 2, p. 113.《维也纳公约》最终采取的规定是:"尤其考虑转属继承国的与该国家债务有关的财产、权利和利益"。换句话说,强调的重点是财产与债务的比例这个因素。

[236] 附件 C 第 2 条第 1 款第 2 项。

[237] 参见:*Yearbook of the ILC*, 1981, vol. II, part 1, pp. 91 105 以及同上,1977, vol. II, part 1, pp. 86—107. 注意:非殖民化过程中各种各样的对公共债务的继承的实践,同上, pp. 87—8, 以及关于合并的实践,同上, pp. 93—4. 也可以参见:*West Rand Gold Mining Co. v. R* [1905] 2 KB 391, 以及 O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 373—83。

问题。

既得权理论正是在这种情形下形成的。[238] 这涉及外国国民已经取得的权利，一些人认为它几乎包括各种类型的法律利益。它的含义是，这种权利在继承发生之后是继续存在的，并可以对抗新的主权者。一些学者声称，这项原则是一项国际法的基本原
1002 则[239]，而其他学者则认为它只是产生混乱之源。[240] 对于它的范围存在不同观点。一方面有人认为，它是指主权的转移对这些权利不产生影响，而另一方面则有人认为，它仅仅意味应当尽可能让外国人少受因继承而引起的变化产生的影响。

在两次世界大战期间，常设国际法院在许多案件中都对既得权原则进行了讨论。这些案件处理的是从德国、俄罗斯和奥地利帝国中成立一个独立的波兰的问题。这些问题特别与根据德国法律而获得的权利有关，新的波兰政府对其提出了质疑。在"德国定居者"案(the *German Settlers'* case)[241]中，波兰企图把德国定居者赶出它的领土。它认为，由于他们中的许多人在停战之前都没有对权利进行转移，因此可以合法拒绝他们的权利。根据德国的制度，这些定居者可以通过租赁或定期支付部分购买款项的方式取得这些权利，一旦支付了最后一部分款项，这些土地就归他们所有。常设国际法院认为，德国法律应当对这种情形适用，直到有关领土实现最终转让，而且以这种方式获得的土地权是受1919年少数者条约保护的。更为重要的是，该法院宣布，即使没有这样的条约：

> 在发生主权变更的情况下，根据现存的法律取得的私人权利并不因此而消灭……即使那些反对国际法中存在国家继承一般原则的人也没有过分主张私人权利，包括那些作为财产的所有者从国家获得的权利，对主权的继承国来说是无效的。[242]

虽然在殖民计划背后有政治目的，但这并不影响已经取得的私人权利。这种私人权利可以对抗新的主权国家。这在今天是否被接受是相当有疑问的。从两次世界大战期

---

[238] 特别参见：O'Connell, *State Succession*, chapter 10; *Oppenheim's International Law*, pp. 215 ff.，以及 Brownlie, *Principles*, pp. 626 ff. 还可以参见：T. H. Cheng, *State Succession and Commercial Obligations*, New York, 2006。

[239] 例如参见：O'Connell, *State Succession*, vol. I, pp. 239—40。

[240] 例如参见：Brownlie, *Principles*, p. 627。

[241] PCIJ, Series B, No. 6, 1923; 2 AD, p. 71. 在下列案件中，该建议得到重申，the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case, PCIJ, Series A, No. 7, 1926; 3 AD, p. 429 以及 the *Chorzów Factory* case, PCIJ, Series A, No. 17, 1928; 4 AD, p. 268. 也可以参见：*Mavrommatis Palestine Concessions* case, PCIJ, Series A, No. 5, 1924 以及 *US* v. *Percheman* 7 Pet. 51 (1830)。

[242] 也可以参见：*El Salvador/Honduras*, ICJ Reports, 1992, pp. 351, 400，提到了"完全尊重既得权"；the *German-Poland Border Treaty Constitutionality* case, 108 ILR, p. 656，以及比较：*Gosalia* v. *Agarwal* 118 ILR, p. 429。

间的案例产生出来的既得权连续原则已经修正了“西兰德中央金矿公司”案(the *West Rand Central Gold Mining Company* case)[243]中的观点。该案的观点是,一旦合并,新的主 1003
权者可以选择其愿意尊重的前主权者所承担的契约权利和义务。

两次世界大战期间的案例是在继承时尊重私人权利原则的最主要依据,但是,不应当将它们理解为新的主权者不能改变这些权利。只要符合某些条件,根据国际法是可以对外国人的财产进行征收的。[244] 该理论的确指出,对外国人得到的既得权应当推定是连续的,当然,这个问题最好能够通过条约来解决。该理论包括的权利只能是那些已经得到或获得的私人权利。因此,对于将来可能取得的权利,对新主权国家没有拘束力。同样,与继承无关的、对未清算的损害提出的请求权不能延续到继承之后。当争议的事项尚未提交到司法当局、并且有权法院或法庭尚未对赔偿问题作出决定时,就会产生对未清算的损害提出求偿的情况。在“罗伯特·E. 布朗求偿”案(the *Robert E. Brown* claim)[245]中,19 世纪 90 年代南非的布尔共和国不公正地吊销了一位美国公民布朗的探矿许可证,布尔共和国的法院也驳回了他的求偿要求。1900 年,英国吞并了布尔共和国,布朗(通过美国政府)要求英国承担责任。仲裁庭驳回了布朗的主张,认为布朗的求偿权不是既得权,因为布尔共和国法院错误驳回他的案件而产生的拒绝司法致使该求偿权未能实现。该仲裁庭还指出,一个国家实施的非法行为引起的责任不能在继承之后转属新的主权国家。

先前的主权国家一旦消亡,就自动终止它可能因实施任何非法行为产生的责任,这是一项得到国际法承认的规则。不过,当新国家采纳被继承国的非法行为时,它可能要继承责任,因为实际上是它本身在实施非法行为。在 1956 年希腊与法国之间的“灯塔仲裁”案(the *Lighthouses* arbitration)[246]中就产生了这个问题。在该案中,希腊没有尊重法国一家公司在其从土耳其取得、但后来被希腊获得的土地上的特许权,因而产生了责任。 1004
外国国民的权利在继承时能否继续存在这个问题一直与不同的意识形态和经济压力密

---

[243] [1905] 2 KB 391.

[244] 参见:上文,第 14 章,第 827 页。

[245] 6 RIAA, p. 120 (1923); 2 AD, p. 66. 也可以参见:the *Hawaiian Claims* case, 6 RIAA, p. 157 (1925); 3 AD, p. 80。

[246] 12 RIAA, p. 155 (1956); 23 ILR, p. 659. 比较:纳米比亚最高法院在下面这个案件中所作出的判决:*Minister of Defence, Namibia* v. *Mwandinghi* 91 ILR, p. 341, 考虑了《纳米比亚宪法》中的条款。

切相关。[247]

国家继承与国籍[248]

国家继承与国籍问题相互联系。这不仅是两个不同领域的联系，而且还关系到人权问题。一个国家是否赋予某人国籍完全由该国自己说了算[249]，但在继承的情形下就会产生问题。原则上，国籍问题取决于被继承国和继承国的国内法。前者的法律决定主权发生变更后割让给另一个国家的领土上的居民仍然保有该国国籍的范围，而继承国的法律则规定取得新国籍的条件。一般的规则似乎是，国籍将随着主权的变更而变更，尽管新的主权国家有义务就那些在所涉领土出生或居住的人以及由被继承国国民在海外所生子女的国籍问题制定相关法律。同样，分离出去的国家可能规定，所涉领土上的被继
1005 承国公民具有该国国籍，这样就会出现双重国籍的情形。当然，如果被继承国已经消亡，则不会出现这种情况。

一些获得领土的国家可能规定居民自动取得新的国籍，而另一些国家则赋予居民离开或保有原先国籍的选择权。实践是多种多样的，很大程度上取决于具体案情。但是，应当指出的是，1961 年的《减少无国籍状态公约》规定，发生领土分离的有关国家应当确保没有人因为主权发生变更而成为无国籍人。的确，可能有一项国际法原则，即：继承国应当对生活在继承国接管的领土之上或与该领土存在实质联系的被继承国国民提供获

---

[247] 关于国家对不法行为的继承问题，例如可以参见：P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, The Hague, 2007; W. Czaplinski, "State Succession and State Responsibility", 28 Canadian YIL, 1990, p. 339 以及 M. J. Volkovitsch, "Righting Wrongs: Towards a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts", 92 *Columbia Law Review*, 1992, p. 2162. 还可以参见：*Minister of Defence* v. *Mwandinghi* (SA 5/91) [1991] NASC 5; 1992 (2) SA 355 (NmS) (1991 年 10 月 25 日)。

[248] 参见：O'Connell, State Succession, vol. I, chapters 20 and 21; P. Weis, Nationality and Statelessness in International Law, 2nd edn, Alphen aan den Rijn, 1979; I. Ziemele, *State Continuity and Nationality: Past, Present and Future as Defined by International Law*, The Hague, 2005; P. Dumberry, "Obsolete and Unjust: The Rule of Continuous Nationality in the Context of State Succession", 76 *Nordic Journal of International Law*, 2007, p. 153; C. Economidès, "Les Effets de la Succession d'Etats sur la Nationalité", 103 RGDIP, 1999, p. 577; *Nationality, Minorités et Succession d'Etats en Europe de l'Est* (eds. E. Decaux and A. Pellet), Paris, 1996; European Commission for Democracy Through Law, *Citizenship and State Succession*, Strasbourg, 1997; *Oppenheim's International Law*, p. 218, 以及 Reports of the International Law Commission, A/50/10, 1995, p. 68; A/51/10, 1996, p. 171; A/52/10, 1997, p. 11; A/53/10, 1998, p. 189 and A/54/10, 1999, p. 12. 也可以参见：上文，第 12 章，第 659 页，以及第 14 章，第 808 页。

[249] 例如参见：1930 年《关于国籍法冲突的若干问题的海牙公约》，以及 the *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* case, PCIJ, Series B, No. 4, p. 24 (1923); 2 AD, p. 349, the *Acquisition of Polish Nationality* case, PCIJ, Series B, No. 7, p. 16; 2 AD, p. 292, 以及 the *Nottebohm* case, ICJ Reports, 1955, p. 23; 22 ILR, p. 349。

得国籍的可能性。[250] 另一方面,在这种情况下,这种国民可能有选择国籍的权利,尽管还不是很清楚。在这方面,关于南斯拉夫问题的仲裁委员会提到了1966年两个国际人权公约中规定的自决权原则。该委员会声称,"根据该项权利,每个人都可以按照其意愿选择属于的种族、宗教或语言群体"。而且,它还指出:

> 在本委员会看来,这项原则一个可能的后果是,生活在波斯尼亚和黑塞哥维那和克罗地亚的塞尔维亚居民可以根据这些国家达成的协议选择他们所想要的国籍,并具有有关国家法律所规定的所有权利和义务。[251]

1997年,《欧洲国籍公约》得以通过。[252] 第19条规定,缔约国应当通过它们之间的 1006
协议解决有关国籍和国家继承问题。第18条规定,在国家继承的情形下,在决定赋予或保留国籍问题时,任何有关缔约国应当特别考虑该人与该国的真实有效联系、在国家继承时该人的经常居住地、该人的意愿以及该人的领土基础。第20条规定,在非国民的情形下,应当尊重的一项原则是,被继承国的国民习惯居住在其主权被转移给继承国的领土上、并还没有获得继承国国籍的,应当有权留在该国。

1999年,国际法委员会通过了《国家继承涉及的自然人国籍问题的条款草案》。[253] 第1条(对条款草案中的"基础"进行了定义[254])重申取得国籍的权利,规定在国家继承之日具有先前国国籍的每一个人,不论其取得该国籍的方式为何,均有权根据本条款取得至少一个有关国家的国籍。有关国家应采取一切适当措施,防止在国家继承之日具有先前国国籍的人由于国家继承而成为无国籍人[255],而惯常居所在受国家继承影响的领域内的有关的人,应被推定取得继承国国籍。[256] 后面这种规定的目的是为了避免出现

---

[250] 参见:*Oppenheim's International Law*, p. 219。

[251] 第2号意见,92 ILR, pp. 167, 168—9. 该委员会裁定,这些国家"必须给予那些少数者和民族群体(在波斯尼亚—黑塞哥维那和克罗地亚的塞尔维亚族人口)的成员国际法所承认的所有人权和基本自由,如果合适的话,包括选择他们国籍的权利",同上, p. 169。

[252] 也可以参见:欧洲通过法律实现民主委员会,《国家继承对自然人国籍影响的宣言》,1996年,CDL-NAT(1996)007e-rev-restr. 以及欧洲理事会《关于避免涉及国家继承的无国籍状态的公约》,2006年。该公约规定:具有先前国国籍的任何人如因国家继承变成或将变成无国籍人的,有权根据本公约取得有关国家的国籍。

[253] 参见:*Report of the International Law Commission on its 51st Session*, A/54/10, 1999, p. 12。

[254] 同上, p. 29。

[255] 第4条。第16条规定,不得任意剥夺有关的人的先前国国籍,也不得任意拒绝给予他们在国家继承中享有的权利。

[256] 第5条。第12条规定,有关的人作为惯常居民的地位不应受到国家继承的影响。

国家继承日期至达成任何协议或制定任何赋予国籍的法律之间的无国籍情况。[257] 第11条规定，当与该国存在适当联系的任何有关个人如果因国家继承而可能成为无国籍人时，任何有关国家应当给予这种人选择其国籍的权利，并且在行使这一权利后，被选择的国籍国应将国籍赋予这些人。相反，被放弃的国籍国应取消其国籍，除非这些人会因而
1007 变成无国籍人。第12条规定，如果在国家继承中取得或丧失国籍会损害一个家庭的团聚，有关国家应采取一切适当措施，使该家庭得以留在一起或团聚。[258]

该条款草案的第二部分涉及具体的继承情形以及它们对国籍的影响。第20条涉及一个国家将一部分领土转移给另一国的情形。在这种情况下，继承国应将其国籍赋予惯常居所在被转让领域内的有关的人，先前国则应取消这些人的国籍，除非这些人行使了他们应有的选择权而另有表示。但先前国不应在有关的人取得继承国国籍以前取消先前国国籍。当两个或多个国家合并组成一个继承国时，继承国都应将其国籍赋予所有在国家继承之日具有某一先前国国籍的人。[259]

当被继承国解体形成两个或两个以上的继承国，或被继承国的一部分领土分离出去形成一个或更多继承国而被继承国继续存在时，适用基本相同的规则。第22条和第24条分别规定[260]，每一继承国应将其国籍赋予：(a) 惯常居所在其领域内的有关的人；(b) 与成为该继承国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系的有关的人；以及(c) 惯常居所在第三国的有关的人，如果有关的人在成为该继承国领域的地方出生，或
1008 在离开先前国以前最后惯常居所在成为继承国领域的地方，或与该继承国有任何其他适当联系。[261] 这些条款主要是为了防止出现像前南斯拉夫和捷克斯洛伐克的某些继承国那样的情形，这些继承国将赋予国籍的标准集中在是否拥有前共和国的公民资格，而不

---

[257] Report of the International Law Commission on its 51st Session, p.40.

[258] 有关的人的子女在国家继承之日以后出生，没有取得任何国籍的，有权取得该子女在其领域内出生的有关国家的国籍，参见：第13条。

[259] 第21条。国际法委员会断定该条款是习惯法规则，参见：Report of the International Law Commission on its 51st Session, p.80。

[260] 第23条规定，各继承国应将选择权给予适用第22条的规定，有资格取得两个或多个继承国国籍的有关的人；每一继承国应将选择其国籍的权利给予不适用第22条规定的有关的人。当先前国继续存在时，第26条规定，先前国和继承国应将选择权给予所有有权得到先前国和继承国国籍或者两个或多个继承国国籍的有关的人。

[261] (b)和(c)的情形受到第8条的限制，即：如果有关的人的惯常居所在另一国，并且具有该国或任何其他国家的国籍，继承国没有义务赋予本国国籍，参见：第8条。

是惯常居所,从而产生了剥夺某些人这些继承国国籍的后果。[262]

香港[263]

在国家继承和非殖民化过程方面特别有意思的是关于香港的情形。尽管香港岛和九龙半岛南端(连同昂船洲岛)已经永久性地割让给英国[264]*,但新界(大约占整个领土陆地面积的92%)则是从1898年7月1日开始租借给英国,为期99年。[265] 因此,英国政府和中国政府在1984年开始谈判,并达成了协议。该协议是以联合声明及三个附件[266]的形式出现的,规定了香港自1997年7月1日之后实行的制度。香港特别行政区 1009
得以设立,除外交和国防事务外,它享有高度的自治权。它具有行政、立法和独立的司法权,包括终审权。香港的法律基本上没有受到影响。香港特别行政区政府由当地人组成,现行社会、经济制度不变。香港特别行政区将保持自由港和独立关税地区的地位,并且仍然是一个具有可以自由兑换货币的国际金融中心。香港特别行政区可以"中国香港"的名义单独同各国、各地区及有关国际组织保持和发展经济、文化关系,并签订有关协定。原有的航运管理制度继续存在,并可以"中国香港"名义颁发与船舶登记有关的航运证件。

《香港特别行政区基本法》规定了这些政策,并维持五十年不变。该份协议附件一还规定,香港的公务人员,包括警察和司法人员,均可留用,在退休时将得到不低于原来标准的应得退休金以及其他福利,不论其所属国籍或居住地点为何。在香港注册、并以香港为主要营业地的航空公司可继续经营,民用航空管理制度也维持不变。在这个领

---

[262] 参见:Report of the International Law Commission on its 51st Session, pp. 83—5, 以及 J. F. Rezek, "Le Droit International de la Nationalité", 198 HR, 1986, pp. 342—3. 第25条规定,当先前国继续存在时,它应取消按照第24条有资格取得继承国国籍的有关的人的国籍,但不应在有关的人取得继承国国籍以前取消先前国国籍。除非有关的人行使选择权而另有表示,在下列情况下,先前国不应取消第1款所指的人的国籍:(a) 该人的惯常居所在其领域内;(b) 不适用(a)项,但该人与仍然为先前国一部分的先前国某一组成单位有适当法律联系;(c) 该人的惯常居所在第三国,但在仍然为先前国领域的地方出生,或在离开先前国以前最后惯常居所在仍然为先前国领域的地方,或与该国有任何其他适当联系。

[263] 例如参见:R. Mushkat, *One Country, Two International Legal Personalities*, Hong Kong, 1997, 以及 Mushkat, "Hong Kong and Succession of Treaties", 46 ICLQ, 1997, p. 181。

[264] 参见:1842年《南京条约》,30 BFSP, p. 389 以及 1860年《北京条约》,50 BFSP, p. 10。

* 中国历届政府不承认英国与清政府签订的不平等条约。香港包括香港半岛、九龙和新界是中国领土。——译者注

[265] 90 BFSP, p. 17. 中国都谴责这三个条约是"不平等条约"。

[266] 参见:23 ILM, 1984, p. 1366。

域,香港特别行政区享有广泛的签订协议的权限。在香港的权利和自由维持不变,包括人身、言论、出版、集会、信仰、迁徙、罢工以及组织和参加工会的权利。在一个重要的条款中,附件一第13条规定,1966年的两个国际人权公约继续有效。因此,继承的程度很高。不过,必须承认的是,香港的情形是不同寻常的。

进一步阅读推荐书目

M. Craven, "The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law", 9 EJIL, 1998, p. 142

D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge, 2 vols., 1967

M. N. Shaw, "State Succession Revisited", 5 Finnish YIL, 1994, p. 34

Succession of States (ed. M. Mrak), The Hague, 1999

18
和平解决争端

可以说，国际法总是把维持国际和平作为它的基本目标。[1] 尽管对伦理道德的专 1010
注刺激了国际法的发展并且构成其成长的特征，但是历史上，国际社会一直主要把它视为确保建立和维持世界和平与安全的一种手段。本章涉及国际秩序中现有的和平解决争端与冲突的非约束性手段和程序，司法程序将另行论述。[2]

大体说来，解决冲突的办法包括两类：外交手段和司法裁判。前者指的是，由争端当 1011
事各方自行或在其他实体的协助下通过采取谈判和事实调查手段来解决分歧的努力。司法裁判程序指的是由无利害关系的第三方通过仲裁或司法机构的裁决对所涉及的法律和事实问题作出决定。

解决冲突的政治手段分两部分论述，因为具有独特性质，联合国采用的手段将在第

---

〔1〕 一般地，见 J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 3rd edn, Cambridge, 1998; J. Collier and V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Cambridge, 1999; United Nations, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, New York, 1992; L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law Cases and Materials*, 3rd edn, St Paul, 1993, chapter 10; David Davies Memorial Institute, *International Disputes: The Legal Aspects*, London, 1972; K. V. Raman, *Dispute Settlement Through the UN*, Dobbs Ferry, 1977; O. R. Young, *The Intermediaries*, Princeton, 1967; D. W. Bowett, "Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes", 180 HR, 1983, p. 171, and B. S. Murty, "Settlement of Disputes" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, 1968, p. 673. See also Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 821; K. Oellers-Frahm and A. Zimmermann, *Dispute Settlement in Public International Law*, Berlin, 2001; C. P. Economides, "L'Obligation de Règlement Pacifique des Différends Internationaux" in *Mélanges Boutros-Ghali*, Brussels, 1999, p. 405; P. Pazartzis, *Les Engagements Internationaux en Matikre de Rkglement Pacifique des Différends entre Etats*, Paris, 1992, and *The UN Decade of International Law: Reflections on International Dispute Settlement* (eds. M. Brus, S. Muller and S. Wiemers), Dordrecht, 1991.

〔2〕 见上文第 6 章，关于区域人权法院；第 8 章关于国际刑事法院；第 11 章关于在海洋法公约下的争端解决，以及第 19 章关于国际法院。

22 章单独讨论。司法裁判程序将在下一章分为仲裁与司法解决两部分来论述。尽管为方便起见每种争端解决手段都给予了单独论述,但应当注意的是,在任何具体的情况下,可能有多种机制可供利用。乍得—利比亚边界争端的成功解决在这方面提供了一个很好的例子。在经历了自 1973 年争端爆发以来长期的冲突和武装敌对后,两国于 1989 年 8 月 31 日签署了《和平解决边界争端框架协议》,在协议中两国承诺在一年期限内找出和平解决的办法,若不能政治解决,则双方应把此事提交国际法院。[3] 由于谈判仍无结果,双方通过向法院通知框架协议的方式把争端提交给了国际法院。[4] 法院于 1994 年 2 月 3 日作出判决,支持了乍得的观点,即两国间的边界已由 1955 年 8 月 10 日《法国—利比亚条约》所划定。[5] 根据该判决,两国缔结了一项协定,规定 1994 年 5 月 30 日前利比亚应从奥祖地带(the Aouzou Strip)撤退。协定还规定由联合国派遣观察员监督撤退行动。[6] 双方还同意成立联合专家小组负责根据国际法院判决划定共同边界。[7]
1012 1994 年 5 月 4 日,安理会通过第 915(1994)号决议,成立了联合国奥祖地带观察组(联奥观察组)并授权部署为期 40 天的观察员和支助人员。[8] 5 月 30 日,利比亚和乍得签署了联合宣言,表示在联奥观察组的监督下,利比亚行政部门和军队的撤退已于当日开始实施,双方对此感到满意。[9] 鉴于联奥观察组已成功完成了任务,当年 6 月 13 日,安理会通过了第 926(1994)号决议结束了其使命。[10]

但是,国家完全没有解决彼此间分歧的义务,这对于严重的法律冲突的情况和不那么重要的政治分歧而言都是如此。所有用来解决争端的手段只有当特定国家同意后才能起作用。[11] 当然这与国内体系的情况形成鲜明对照,这反映出法院在国际法律秩序

---

〔3〕 见 Report of the UN Secretary-General, S/1994/512, 27 April 1994, 33 ILM, 1994, 第 786 页;一般地,见 M. M. Ricciardi, "Title to the Aouzou Strip: A Legal and Historical Analysis", 17 *Yale Journal of International Law*, 1992, 第 301 页。

〔4〕 Libya on 31 August 1990 and Chad on 3 September 1990: 见 the *Libya/Chad* case, ICJ Reports, 1994, 第 6、14 页; 100 ILR, 第 1、13 页。

〔5〕 ICJ Reports, 1994, 第 40 页; 100 ILR, 第 39 页。

〔6〕 100 ILR, 第 102 页, article 1. 另见 33 ILM, 1994, 第 619 页。

〔7〕 100 ILR, p. 103, article 6. 另见联合国秘书长至安理会的信, S/1994/432, 13 April 1994, *ibid.*, 第 103—4 页。

〔8〕 注意,4 月 14 日,安理会通过了第 910(1994)号决议。根据该决议,当初的联合国勘察队不受根据第 748(1992)号决议针对利比亚的制裁的约束。根据 915 B 号决议,联奥观察组也享受到了相似的豁免。

〔9〕 见联合国秘书长报告, S/1994/672, 6 June 1994, 100 ILR, 第 111 页及以下。联奥观察组首席军事观察员以见证人的身份副署了联合宣言。

〔10〕 *Ibid.*, 第 114 页。

〔11〕 有约束力的安理会决议除外:进一步见下文, 第 22 章,第 1241 页。

与国内法律秩序中起着不同的作用，也从一个方面反映出国际社会缺乏稳定的核心机构。

和平解决争端的机制首先需要存在“争端”。国际法院曾对“争端”的概念有所论述[12]，但常设国际法院在“马弗洛马提斯巴勒斯坦特许权（管辖权）案”（*Mavrommatis Palestine Concessions* (*Jurisdiction*) case）[13]中所下的定义是权威的表述：“争端”是指“关于法律观点或事实的分歧，是两个人关于法律观点或利益的冲突”。有时，在法律与政治争端之间或者在可裁判与不可裁判的争端之间作出区别。[14] 尽管有些国际条约赞成这种区分，但考虑到任何争端都涉及某些政治考虑以及许多明显的政治分歧也可以通过法律手段得到解决，这种区分在某种程度上是不大站得住脚的。某一争端是否被称为法律或政治争端要由该案的特定情况、相关各方的立场以及各方所选择的为其分歧定性的方法来决定。现实中，要指出明确区别两种争端的一般性客观标准是极为困难的。[15] 然 1013
而，这并不意味着在解决问题的法律和政治程序之间没有显著差别。一方面，严格的法律手段有赖于解决争端时的法律规定，而不管特定法院可能具有的任何改革的倾向，但解决争端的政治手段则没这么多限制。政治和法律机构处理同一基本情势的不同方面的情况也不少见。[16]

政治影响和考虑在国家间争端中的作用显然是重要的，许多争端的解决只有在更大的国际政治背景下才能被恰当理解。此外，一国如何处置争端也将视政治因素而定。例如，如果认为争端影响到重要利益而不仅仅是技术问题，那么一国就不太情愿把争端交由有约束力的第三方解决，而区域机制的存在经常都具有政治上的意义。

《联合国宪章》第2条3款规定，

> 各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。

1970年《关于各国友好关系及合作之国际法原则宣言》[17]发展了该原则并写道：

---

[12] 进一步见下文，第19章，第1067页。

[13] PCIJ, Series A, No. 2, 1924, 第11页。

[14] 见 H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, London, 1933, 尤其 pp. 19—20.

[15] 进一步见下文，第969页。

[16] 见 the *Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, 第3、22—3页；76 ILR, 第530页，第548—9页，以及 the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1984, 第392、435—6页；76 ILR, 第104、146—7页。

[17] 联大第2625(XXV)号决议。另见 the Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes, General Assembly resolution 37/10; resolutions 2627 (XXV); 2734 (XXV); 40/9; the Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations which may Threaten International Peace and Security, resolution 43/51 and the Declaration on Fact-finding, resolution 46/59.

> 各国因此应以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或办法之利用或其所选择之他种和平方法寻求国际争端之早日及公平之解决。

关于争端解决的同样手段在《联合国宪章》第 33 条第 1 款中也做了规定，尽管该项规
1014 定是在争端的持续足以危及国际和平与安全情景下作出的。1970 年《宣言》则并无此种局限，它声称为寻求早日和公平解决，各当事方应商定与争端情况及性质适合之和平方法。

因此，看来上述这些手段没有固有的等级，任何特定情势对解决办法都没有特别的要求。国家对解决彼此间争端的机制有选择的自由。[18] 这种理论也被大量区域性文件所接受，包括 1948 年美洲国家组织的《美洲和平解决争端条约》（波哥大条约），1957 年《欧洲和平解决争端公约》和 1975 年《欧洲安全与合作会议赫尔辛基最后文件》。此外，还需注意，即使某种特定手段失败，争端当事方仍有义务继续寻求彼此同意的其他和平解决争端的手段。如果精心选择的手段未能解决争端，该争端的持续又足以危及国际和平与安全的维持，根据《宪章》第 37 条第 1 款，当事方“应将该争端提交安全理事会”。[19]

争端解决的外交手段

谈判[20]

在所有解决分歧的做法中，谈判被认为是最简单和最有用的方式。原则上它包括有
1015 利害关系的各方本着弥合分歧的态度进行讨论，或至少了解对方坚持的不同立场。至少

---

[18] 见 article 33 (1) of the UN Charter and section I (3) and (10) of the Manila Declaration.

[19] 斜体强调是后加的。

[20] 见 UN Handbook, chapter II; Collier and Lowe, *Settlement*, chapter 2; Merrills, *International Dispute Settlement*, chapter 1, and H. Lachs, "The Law and Settlement of International Disputes" in Brus et al., *Dispute Settlement*, 第 287—9 页。另见 Murty, "Settlement", 第 678—9 页; A. Watson, *Diplomacy*, London, 1982; F. Kirgis, *Prior Consultation in International Law*, Charlottesville, 1983; P. J. De Waart, *The Element of Negotiation in the Pacific Settlement of Disputes between States*, The Hague, 1973; A. Lall, *Modern International Negotiation*, New York, 1966; G. Geamanu, "Théorie et Pratique des Négociations en Droit International", 166 HR, 1980 I, 第 365 页, B Y. Diallo, *Introduction à l'Etude et à la Pratique de la Négociation*, Paris, 1998; N. E. Ghozali, "La Négociation Diplomatique dans la Jurisprudence Internationale", *Revue Belge de Droit International*, 1992, 第 323 页, and D. Anderson, "Negotiations and Dispute Settlement" in *Remedies in International Law* (ed. M. Evans), Oxford, 1998, 第 111 页。注意，《马尼拉宣言》第 10 执行段强调，直接谈判是灵活和有效的和平解决争端的办法。

在该阶段,它不涉及任何第三方,因而不同于其他争端解决方式。除了本身是一个解决争端的极为活跃的手段之外,由于是在当事方之间决定如何最好地解决彼此分歧,谈判还是其他解决程序之前通常采取的手段。[21] 尽管谈判不是总能解决分歧,但是它特别适合于澄清复杂的分歧。通过互相讨论得以揭示争执的本质并使相互对立的观点得以阐明。由于当事方如此直接地接触,谈判因而是最令人满意的解决争端的手段。当然,谈判并不是总能成功,因为它毕竟有赖于某种程度的相互友好、灵活和敏感性。一国公众持有的敌意可能阻碍在某些问题上的让步,相互缺乏信任可能使进程变得极其复杂,而对立的政治态度则可能阻止达成任何可接受的协议。[22]

某种情况下,基于特定的双边或多边条约可能存在进行谈判的义务[23],例如 1982 年《海洋法公约》第 283 条 1 款规定,当缔约国就公约的解释和适用发生争端时,"争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见"。[24] 而一些条约还可能规定当谈判失败时应诉诸第三方机制。[25] 还有,尽管国际法院强调,"宪章和其他国际 1016

---

[21] 见 Judge Nervo, *Fisheries Jurisdiction* case, ICJ Reports, 1973, 第 3、45 页; 55 ILR, 第 183、225 页。另见 the *Mavrommatis Palestine Concessions* case, PCIJ, Series A, No. 2, 1924, 第 15 页,注意,"在一项争端成为法律行动的主题之前,其主体事项应通过外交谈判予以明确界定",另见 the *Right of Passage* (Preliminary Objections) case, ICJ Reports, 1957, pp. 105, 148; 24 ILR, 第 840、848—9 页。在 the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* case(PCIJ, Series A, No. 22, 第 13 页; 5 AD, 第 461、463 页)中,法院提及,争端的司法解决"不过是各方直接和友好解决争端的一个备选办法"。

[22] 注意,某些条约规定就特定情况需进行磋商:见 article 84 of the Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organisations, 1975; article 41 of the Convention on Succession of States in Respect of Treaties, 1978 and article 42 of the Convention on Succession of States in Respect of Property, Archives and Debts, 1983. 1982 年《海洋法公约》第 283(1)条规定,如果缔约国之间对本公约的解释或适用发生争端,"争端各方应迅速就以谈判或其他和平方法解决争端一事交换意见"。

[23] 见 the *Fisheries Jurisdiction* case, ICJ Reports, 1974, 第 3 页; 55 ILR, 第 238 页。另见 article 8(2) of the Antarctic Treaty, 1959; article 15 of the Moon Treaty, 1979; article 41 of the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties, 1978; article 84 of the Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organisations, 1975 and article 283 of the Convention on the Law of the Sea, 1982.

[24] 国际海洋法法庭曾讨论过该款。见例如 the *Southern Bluefin Tuna* cases, 28 ILM, 1999, 第 1624 页, the *Mox* case, 41 ILM, 2002, 第 405 页。In the *Land Reclamation* case, 126 ILR, 第 487 页。有观点认为,当交换意见明显不会产生积极结果时,就无需继续交换看法。*ibid.*, 第 48 段。在 *Barbados* v. *Trinidad and Tobago*, arbitral award of 11 April 2006, 第 201—3 段中,仲裁庭认为 article 283(1)不能被解释为如果多年谈判没能解决争议,还需要继续进行新的交换意见。仲裁庭注意到 article 283(1)规定的通过谈判解决争端与 articles 74 and 83 规定的接受一项划界的义务有关,这已包括在这些条款要求的已经完成的谈判之中。

[25] 见,例如 the Revised General Act for the Settlement of Disputes 1949; the International Maritime Organisation Treaty, 1948 and the Convention on the Law of the Sea, 1982.

法中都没有规定把用尽外交谈判作为向法院提交案件前提的一般规则"[26],但有可能法庭会要求当事方进行善意的谈判并提示当事方在谈判中应予考虑的因素。[27] 在谈判是一项义务的场合,该义务还暗含着尽可能寻求通过谈判以便达成协议的义务。[28] 国际法院在"北海大陆架案"中指出:

> 当事方有义务进行谈判以便达成协议,而不能把谈判作为某种形式上的先决条件而仅仅走个过场敷衍了事……它们有义务进行有意义的谈判,而当双方都固执己见却不考虑对自己的立场作出任何调整时,这种谈判就不是有意义的谈判。[29]

1017 法院在"德国外债"案(*the German External Debts* case)中强调,尽管同意谈判并不一定暗含着达成一项协议的义务,但是"它的确暗示着应当为该目标作出认真的努力"。[30] 在"拉努湖仲裁案"(*Lac Lanoux*)中,仲裁庭指出,"两国间的磋商和谈判必须是真诚的,必须遵守诚信规则,不能仅仅做表面文章"。[31] 违反诚信规则的例子包括无理地终止对话,过度拖延以及一概拒绝考虑建议和对方利益。[32]

国际法院在"威胁或使用核武器的合法性"案中也强调了此点,提及了《不扩散核武器条约》第6条的规定,即"就及早停止核军备竞赛和核裁军方面的有效措施,以及就一项在严格和有效国际监督下的全面彻底裁军条约,真诚地进行谈判"。法院接着宣称:

> 该义务的法律意义不仅仅在于是一项行动的义务:这里涉及的义务是通过采取

---

[26] *Cameroon* v. *Nigeria* (Preliminary Objections), ICJ Reports, 1998, 第275、303页。

[27] 见 the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, 第3、53--4页。41 ILR, 第29、83页。另见 the *Fisheries Jurisdiction* case, ICJ Reports, 1974, 第3、32页; 55 ILR, 第238、267页。

[28] 见 the *Railway Traffic between Lithuania and Poland* case, PCIJ, Series A/B, No. 42, 第116页; 6 AD, 第403、405页。"马尼拉宣言"第1节第10段宣布,各国如选择直接谈判方式,应"实际进行谈判,以期早日达成当事各方所接受的解决办法"。Article 4(e) of the International Law Association's draft International Instrument on the Protection of the Environment from Damage Caused by Space Debris 规定,"诚信谈判,除其他外,是指不仅进行磋商或对话,而是要以此达成争端的解决":见 Report of the Sixty-sixth Conference, Buenos Aires, 1994, 第319页。

[29] ICJ Reports, 1969, 第3、47页; 41 ILR, 第29、76页。法院认为,"如同国际法上所有类似的谈判义务一样,谈判必须真诚地进行", Cameroon v. Nigeria, ICJ Reports, 2002, 第303、423页。至于谈判是否有意义这类问题在下述案件中涉及:Nicaragua v. Honduras, ICJ Reports, 1988, 第69、99页, Democratic Republic of the Congo v. Rwanda, ICJ Reports, 2006, 第6、46页及以下。

[30] 47 ILR, 第418、454页。

[31] 24 ILR, 第101、119页。

[32] *Ibid.*, 第128页。另见 the *Tacna-Arica Arbitration*, 2 RIAA, 第921页及以下。

一系列特定行动来实现一切方面的核裁军的严格结果的义务，即寻求就此进行真诚谈判。[33]

当争端的持续存在足以危及国际和平与安全的维持时，《联合国宪章》第 33 条规定，争端当事国应尽先通过谈判、调查或调停寻求解决。如果这些努力未取得结果，就应诉诸解决争端的更复杂的形式。[34]

斡旋和调停[35] 1018

采取斡旋和调停涉及第三方的介入，不论是某个人还是某些人，某个国家还是某些国家或者某个国际组织，来促使争端当事方解决问题。与仲裁和司法手段不同，这两种手段旨在劝说争端各方自行就终止争端达成满意的协议。并没有规定解决争端的条款。

从技术上讲，斡旋指的是第三方努力对持相反意见的各方施加影响，以使它们进行谈判，而调停则意味着第三方本身对谈判的更加积极的介入。实际上，对这两种方法作出区别往往比较困难，因为面对具体的情况，两者往往是混在一起的。运用斡旋的例子是，美国总统于 1906 年为结束俄日战争所扮演的角色[36]，还有就是 1965 年苏联为协助印度和巴基斯坦争端的和平解决所起到的作用。[37] 再有可能就要数法国于 20 世纪 70

---

[33] ICJ Reports, 1996, 第 226、263—4 页；110 ILR, 第 163、213—14 页。当法院发布（或拒绝发布）命令指示临时保全措施时，它通常会敦促当事方进行谈判。见，例如 the Great Belt case, ICJ Reports, 1991, 第 12 页及 the PulpMills on the River Uruguay orders of 13 July 2006 and 23 January 2007。关于临时保全措施，进一步见下文 chapter 19, 第 1093 页。

[34] 见 the *North Sea Continental Shelf* cases, ICJ Reports, 1969, 第 3、47 页；41 ILR, 第 29、77 页及 the *Fisheries Jurisdiction* cases, ICJ Reports, 1974, 第 3、32 页；55 ILR, 第 267 页。

[35] 见 UN Handbook, 第 33 页；Collier and Lowe, *Settlement*, 第 27 页；Merrills, *International Dispute Settlement*, chapter 2；R. R. Probst, "Good Offices" *In the Light of Swiss International Practice and Experience*, Dordrecht, 1989；*New Approaches to International Mediation* (eds. C. R. Mitchell and K. Webb), New York, 1988；J. Briefly, *The Law of Nations*, 6th edn, Oxford, 1963, 第 373—6 页, and Murty, "Settlement", 第 680—1 页。另见 *International Mediation in Theory and Practice* (eds. S. Touval and I. W. Zartman), Boulder, 1985, 以及 *Mediation in International Relations* (eds. I. Bercovitch and I. Z. Rubin), London, 1992。

[36] Murty, "Settlement", 第 681 页。还可注意在法国与泰国关于法国保护国柬埔寨的领土争端中，美国所从事的斡旋，SCOR, First Year, 81st meeting, 第 505—7 页。

[37] 见 GAOR, 21st session, supp. no. 2, part I, chapter III.

年代初期在促成美国和北越在巴黎开始谈判所发挥的作用了。[38] 至于调停人，例如1973至1974年美国国务卿在中东的角色[39]，则有着更加积极和重要的作用，他追求的往往是劝说争端当事方接受他本人的建议。他有责任对不同的要求进行折衷并改善会
1019 谈的气氛。联合国秘书长有时通过其斡旋能够起到重要作用。[40] 1988年的阿富汗情势提供了这方面的一个例子。当年达成的若干日内瓦协议特别规定秘书长的代表将在各方之间进行斡旋。[41] 斡旋还可以由秘书长与区域组织的官员共同进行。[42]

1899年和1907年的各海牙公约就斡旋和调停有不少规定。它们规定，条约的签字国有权进行斡旋和调停，即使在敌对行动进行当中。行使该权利任何时候也不能被争端各方视为不友好的举动。[43] 根据条约规定，这类机制是没有约束力的。公约给严重的争端或冲突各方规定了在诉诸武力之前，在情况允许时寻求斡旋或调停的义务。[44] 这当然需要与《宪章》关于使用武力的相关条款结合着看，但无疑指出了这些外交手段所能够发挥的作用。

调查[45]

在争端当事方就事实问题存在争议的情况下，合理的解决方式通常是设立由有声望

---

〔38〕 见 AFDI, 1972, 第995—6页。注意在1978年和1985年间，教皇的调停人，红衣主教 Samoré，在阿根廷与智利关于比格尔海峡的争端中所起到的作用：见 Merrills, *International Dispute Settlement*, 第29页，以及24 ILM, 1985, 第1页及以下。另见下文，第1054页。

〔39〕 见 DUSPIL, 1974, 第656—8页以及 *ibid.*, 第759—62页。

〔40〕 见安理会第367(1975)号决议要求联合国秘书长向塞浦路斯进行斡旋。见《联合国手册》中援引的秘书长关于斡旋的声明，第35—6页。另见 B. G. Ramcharan, "The Good Offices of the United Nations Secretary-General in the Field of Human Rights", 76 AJIL, 1982, 第130页。还需注意 paragraph 12 of the Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security, 1988, General Assembly resolution 43/51. 另见下文第22章，第1222页。

〔41〕 S/19835, annex. 另见 Security Council resolution 622 (1988).

〔42〕 例如，在西撒哈拉和马约特岛情势中由非洲统一组织主席进行斡旋，UN Handbook, p. 39；美洲国家组织秘书长在中美洲问题上的斡旋，*ibid.*

〔43〕 Article 3 of Hague Convention No. I, 1899 and Convention No. I, 1907.

〔44〕 *Ibid.*, article 2.

〔45〕 见 Collier and Lowe, *Settlement*, 第24页；Merrills, *International Dispute Settlement*, chapter 3, and N. Bar-Yaacov, *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*, London, 1974. 另见 UN Handbook, 第24页及以下；T. Bensalah, *L'Enquête Internationale dans le Règlement des Conflits*, Paris, 1976; P. Ruegger, "Quelques Réflexions sur le Role Actuel et Futur des Commissions Internationales d'Enquête" in *Mélanges Bindschedler*, Paris, 1980, 第427页, and Ruegger, "Nouvelles Réflexions sur le Role des Procedures Internationales d'Enquête dans la Solution des Conflits Internationaux" in *Etudes en l'Honneur de Robert Ago*, Milan, 1987, 第327页。

的观察员组成的调查委员会来准确地确定相关事实。[46] 这类调查最早由 1899 年海牙 1020
会议所规定,作为替代仲裁的可能办法。[47] 但是,该办法有其局限性,因为它仅限于解决这样的国际争端,这类争端既不涉及当事方的尊严,也与它们的重大利益无关,当事方只因对特定事实存在实实在在的分歧而产生冲突,而这是能够通过诉诸公正和认真的调查来解决的。[48]

在 1904 年"多格尔海岸"事件(*Dogger Bank incident*)中,调查的运用是最成功的。在该事件中,俄国海军舰艇因误把英国渔船当成了敌对的日本鱼雷艇而向英国渔船开了火。[49] 在此,海牙规定起了作用[50],国际调查委员会的报告为事件的和平解决作出了贡献。[51] 这促使 1907 年海牙会议对调查这一办法做了进一步的规定[52],并掀起支持该办法的浪潮。[53] 拿美国来说,它于 1913—1940 年间缔结了 48 项含有成立常设调查委员会条款的双边条约。这些条约被称作"布赖恩条约"。[54]

然而,根据 1907 年海牙公约的规定运用调查委员会的情况在实践中是极为罕见的。 1021

---

〔46〕 这里作为一项具体程序予以讨论的调查应与作为其他争端解决机制一如通过联合国或其他机构——部分的事实调查加以区别,见 *Fact-Finding Before International Tribunals* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1992.

〔47〕 见 Bar-Yaacov, *International Disputes*, chapter 2. 美国军舰被毁事件发生在 1898 年,事件引发了美—西战争。该事件以推动调查向重要的"安全阀"机制的不断发展而著称,*ibid.*, 第 33—4 页。考虑到在该事件中国内调查得出了相反的结论的情况,事件对推动国际调查的重要意义就更突出了:见 the inquiry commission in that case, *Annual Register*, 1898, 第 362 页。

〔48〕 Article 9, 1899 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes.

〔49〕 Bar-Yaacov, *International Disputes*, chapter 3. 另见 Merrills, *International Dispute Settlement*, 第 44—6 页,以及 J. B. Scott, The Hague Court Reports, New York, 1916, 第 403 页。

〔50〕 调查委员会由英、俄、法、美海军官组成,另由四人选出第 5 名成员(本案中选出的是奥匈帝国人)。委员会需要审查所有相关情势,特别是有关责任与惩罚的情况。

〔51〕 委员会认为俄国的攻击是没有根据的。事件中,双方对报告都予接受,俄国向英国赔偿了 65,000 英镑 Bar-Yaacov, *International Disputes*, 第 70 页。

〔52〕 *Ibid.*, chapter 4. 还可注意 the *Tavignano* inquiry, Scott, *Hague Court Reports*, New York, 1916, 第 413 页; the *Tiger* inquiry, Bar-Yaacov, *International Disputes*, 第 156 页,以及 the *Tubantia* inquiry, Scott, *Hague Court Reports*, New York, 1932, 第 135 页。另见 Merrills, *International Dispute Settlement*, 第 49 页及以下,以及 Bar-Yaacov, *International Disputes*, 第 141—79 页。

〔53〕 Bar-Yaacov, *International Disputes*, chapter 5.

〔54〕 该冠名是以 1911 年的塔夫托或诺克斯条约为原型的(它们没有生效),*ibid.*, 第 113—17 页。苏联也签署了大量规定了就边境事件进行共同调查的条约,*ibid.*, 第 117—19 页。

在上次运用调查后时隔约 40 年才在 1962 年的“红十字军战士号”(Red Crusader)事件[55]中再次采用调查。该事件起初由一艘英国拖船与一艘丹麦渔业保护船引起,后来把一艘英国护卫舰也牵涉进来了。尽管启动的是实况调查机制,它实际上含有司法解决的因素。委员会的多数成员是律师,运作也遵循着司法模式。此外,报告的某些方面反映了法律上的调查结果,比如宣称丹麦船只为了阻止被其认为从事了非法捕鱼的英国拖船的逃脱而向其开火“超出了合法使用武力的范围”。[56] 迄今为止,在布赖恩各条约中唯一运用调查作出决定的“莱特里尔和莫菲特”案(*Leterlier and Moffitt* case)中,为确定因据称智利在华盛顿特区从事的一次暗杀行动而应向美国作出赔偿的数额,成立了美国—智利委员会。[57] 正如在“红十字军战士号”事件中的调查那样,委员会在其于 1992 年 1 月作出的决定中,作出了许多司法上的判断,程序也更像仲裁而不像实况调查。[58]

但是,调查在特定机制框架内的价值却是明显的。在联合国框架内调查手段的运用普遍增加了[59],在专门机构范围内它的运用也增加了。[60] 在一般的实况调查的意义
1022 上,调查也是解决争端的其他手段的一部分。[61] 但是调查作为以 1907 年海牙公约为根

---

[55] *Ibid.*, 第 179—95 页, Merrills, *International Dispute Settlement*, 第 51—4 页。另见 35 ILR, 第 485 页; Cmnd 776, and E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the UK in the Field of International Law*, London, 1962, vol. I, 第 50—3 页。

[56] Lauterpacht, *Contemporary Practice*, 第 53 页; Merrills, *International Dispute Settlement*, 第 54 页, Bar-Yaacov, *International Disputes*, 第 192 页。

[57] 智利拒绝承担责任,但是同意出于恩惠支付相当于赔偿数额的金额,该金额相当于,在委员会调查的结论是智利负有责任的情况下,由委员会确定下来的赔偿数额。

[58] 88 ILR, 第 727 页, 另见 Merrills, *International Dispute Settlement*, 第 57 页。

[59] 见 1988 年,应伊朗和伊拉克的请求,联合国秘书长就一项调查战俘情况的任务而发表的声明,S/20147。另见安理会关于东帝汶的第 384(1975)号决议。联大曾在 46/59(1991)号决议中就实况调查通过一项宣言。另见为解决 1990 年伊拉克入侵科威特引发的求偿问题而建议的联合国赔偿委员会的运作情况,联合国秘书长称其在履行一项“本质上属于实况调查的职能”,S/2259, 1991, 第 20 段;见 Collier and Lowe, Settlement, 第 42 页, Merrills, International Dispute Settlement, 第 61 页, the work of the World Bank Inspection Panel. 进一步见下文,第 1040 和 1042 页。

[60] 见 article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation. 另见 1983 年国际民航组织就韩国班机被击落一事进行的调查, Collier and Lowe, *Settlement*, 第 26 页。

[61] 例如,“1949 年日内瓦红十字各公约”第一议定书第 90 条规定建立国际实况调查委员会,安理会第 780(1992)号决议建立了一个专家委员会以调查前南斯拉夫地区违反国际人道法的情况:见 M. C. Bassiouni, “The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)”, 88 AJIL, 1994, 第 784 页。

据的一种单独的机制已经不再受到欢迎了。[62] 当然在许多争端中，仅仅确定相关情况无助于争端的解决，同时，第三方卷入情势的性质使一些国家望而却步。

和解[63]

和解程序指第三方对争端基本情势的调查和提交报告，报告中还对如何解决提出建议。这样一来，它既包括调查也包括调停。实际上，和解是由规定常设调查委员会的条约发展而来的。[64] 和解报告仅仅提供了建议，因此并不构成有约束力的裁判。[65] 它也因此不同于仲裁裁决。两次世界大战之间是和解委员会的黄金时期，许多条约都规定采用和解委员会作为解决争端的手段。但在1920—1938年间，和解程序并未被广泛采用，因而当然也不表明各国对和解程序抱有信心。[66] 1023

但是，和解程序确实发挥着作用。它们非常灵活，并且通过澄清事实和讨论解决建议，可以鼓励当事方进行谈判。1928年《和平解决国际争端总议定书》(1949年修订)规定了和解程序的规则。和解委员会的职能被界定为包括调查和调停。这类委员会由5人组成，争端双方各任命1人，另外3人则经双方同意从第三国国民中选出。程序应在6个月内结束，也不应公开进行。和解程序旨在处置含有法律和事实的混合情势，并且可

---

〔62〕 但需注意，the Permanent Court of Arbitration's Optional Rules for Fact-Finding Commissions of Inquiry, effective December 1997, see http://pca-cpa.org/ENGLIsH/BD/in quiryen glish, htm.

〔63〕 见 UN Handbook，第45页及以下；Lauterpacht, *Function of Law*，第260—9页；Merrills, *International Dispute Settlement*, chapter 4; Collier and Lowe, *Settlement*，第29页；Murty, "Settlement"，第682—3页；H. Fox, "Concmanon" in David Davies Memorial Institute, *International Disputes*，第93页；J. P. Cot, *La Conciliation Internationale*, Paris, 1968; Bowett, "Contemporary Developments", chapter 2, V. Degan, "International conciliation: Its Past and Future" *Volkerrecht und Rechtsphilosophie*, 1980，第261页；and R. Donner, "The Procedure of International Conciliation: Some Historical Aspects", 1 *Journal of the History of International Law*, 1999，第103页。

〔64〕 见 Murty, "Settlement". Merrills 认为截至1940年，缔结有近200项和解条约，*International Dispute Settlement*，第64页。

〔65〕 见 paragraph 6 of the annex to the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. 1985年《保护臭氧层的维也纳公约》规定和解决定须予以真诚地考虑，而《维也纳关于国家在其对国际组织关系上的代表权公约》第85(7)条规定，当事任何一方可以单方面宣布，愿意遵循报告的建议 注意1981年《成立东加勒比国家组织条约》第14(3)条规定成员国有接受和解程序的义务。

〔66〕 但注意 the Chaco Commission, 1929, the Franco-Siamese Conciliation Commission, 1947 and the Franco-Swiss Commission, 1955；见 Merrills, *International Dispute Settlement*，第65页及以下。另见 Bar-Yaacov, *International Disputes*, chapter 7.

以迅速和非正式地运作。[67]

近年来提出了不少恢复和解程序活力的建议，但目标能否实现仍需拭目以待。[68] 然而，确有许多多边条约把和解规定为解决争端的手段。例如，以下条约都含有和解条款：1948 年《美洲和平解决争端条约》；1957 年《和平解决争端欧洲公约》；1964 年《非洲统一组织宪章的调停、和解和仲裁议定书》；1969 年《维也纳条约法公约》；1981 年《建立东加勒比国家组织条约》；1975 年《国家在其对国际组织关系上的代表权公约》；1978 年
1024 《关于条约继承的维也纳公约》；1982 年《海洋法公约》和 1985 年《保护臭氧层的维也纳公约》。

在冰岛与挪威关于冰岛与扬马延之间大陆架划界的争端中采用了和解程序。[69] 建立和解委员会的协议强调，该问题应继续谈判解决，并且，委员会的报告不具有约束力。这是和解方法的两个特征。委员会还考虑了冰岛在该地区巨大的经济利益及其他因素。大陆架划界中自然延伸概念的作用以及岛屿的法律地位、相关国家的实践和司法判决，都给予了研究和调查。委员会建议的解决办法是设立共同开发区，这是一个不大会由司法机构提出的点子，因为司法机构只会根据当事方的法律权利作出决定。换句话说，在当事方的谈判能够继续的情况下，和解程序的灵活性就显示出来了。[70]

在特定条约框架外也成立过这类委员会，例如，由联合国成立。例子是，1948 年，根据联大第 194(III)号决议成立了巴勒斯坦和解委员会，1960 年根据联大第 1474(ES-IV)号决议成立了刚果和解委员会。

---

〔67〕 经修订的《和平解决国际争端总议定书》第 Article 15(1)条规定，“和解委员会的任务是弄清争端中的问题，为此目的用调查或其他方法搜集一切必要的情报，并设法使当事国各方达成协议。委员会在审查争端事件后，应将其认为适合解决争端的条件通知当事国各方，并规定各方作出决定的期限”。

〔68〕 见 the Regulations on the Procedure of Conciliation adopted by the Institut de Droit International, Annuaire de l'Institut de Droit International, 1961, 第 374 页及以下。另见 UNModel Rules for the Conciliation of Disputes Between States, 1995, General Assembly resolution 50/50, 及 the Optional Conciliation Rules adopted by the Permanent Court of Arbitration in 1996；见 Basic Documents: Conventions, Rules, Model Clauses and Guidelines, The Hague, 1998 and Note also the Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and the Environment adopted by the Permanent Court of Arbitration in April 2002。

〔69〕 20 ILM, 1981, 第 797 页；62 ILR, 第 108 页。双方都接受了委员会的报告，21 ILM, 1982, 第 1222 页。

〔70〕 另见 the 1929 Chaco Conciliation Commission; the 1947 Franco-Siamese Commission; the 1952 Belgian-Danish Commission; the 1954—5 Franco-Swiss Commission and the 1958 Franco-Mexican Commission. 见 UN Handbook, p. 48 and Nguyen Quoc Dinh et al. *Droit International Public*, 第 838 页。

国际组织与争端解决[71]

区域组织与联合国[72]

《联合国宪章》第八章第52条第1款规定,本宪章不得认为排除区域办法或区域机关、用以应付关于维持国际和平与安全而宜于区域行动之事件者,但以此项办法或机关及其工作与联合国之宗旨及原则符合者为限。[73] 第52条第2款规定,缔结此项办法或设立此项机关之联合国会员国,将地方争端提交安全理事会以前,应依该项区域办法,或由该项区域机关,力求和平解决。安理会对于依区域办法而求地方争端之和平解决,应鼓励其发展。* 除了这些规定,第52条第4款还强调,本条不妨碍规定安理会和大会作用的第34条和第35条的适用。[74] 第53条第1款强调了安理会的优先地位,它规定,安理会对于职权内之执行行动,在适当情况下,应利用此项区域办法或区域机关。"如无安理会之授权,不得依区域办法或由区域机关采取任何执行行动。"还需注意的是,根据第24条,安理会拥有"维持国际和平与安全之主要责任",而《宪章》第103条则强调,联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时,其在本宪章下之义务应居优先。[75] 此外,根据第36条,安理会得"在争端的任何阶段……建议适当程序或调整方法"。[76] 第37条则规定,当事国如未能解决争端,"应将该项争端提交安全理事会"。再有,安理会如认为该项争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持,

---

〔71〕 见下文,关于通过联合国和平解决争端的第22章和介绍国际组织的一般情况的第23章。

〔72〕 见 *Bowett's Law of International Institutions* (eds. P. Sands and P. Klein), 5th edn, London, 2001; Merrills, *International Dispute Settlement*, chapter 11; Murty, "Settlement", 第725—8页; K. Oellers-Frahm and N. Wühler, *Dispute Settlement in Public International Law*, New York, 1984, 第92页及以下, Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, 第838页及以下。

〔73〕 见 *The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma), 2nd edn, Oxford, 2002, 第807页。另见 H. Saba, "Les Accords Régionaux dans la Charte des Nations Unies", 80 HR, 1952 I, 第635页; D. E. Acevedo, "Disputes under Consideration by the UN Security Council or Regional Bodies" in *The International Court of Justice at a Crossroads* (ed. L. F. Damrosch) Dobbs Ferry, 1987; B. Andemicael, *Regionalism and the United Nations*, Dobbs Ferry, 1979; J. M. Yepes, "Les Accords R ~ gionaux et le Droit International", 71 HR, 1947 II, 第235页。

* 本句规定属《联合国宪章》第52条3款,而非该条第2款。——译者注

〔74〕 进一步见下文,第22章,第1273页。

〔75〕 见 the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1984, 第392、440页; 76 ILR, 第104、151页。

〔76〕 这是指第33条所称的"争端之继续存在足以危及国际和平与安全之维持"。

"应决定是否当依第36条采取行动或建议其所认为适当之解决条件"。[77] 鉴于上述,尽管在适当时可以提及区域组织或区域安排,但这不能影响联合国通过安理会或大会在以
1026 不同方式解决国家间争端中所发挥的广泛作用。[78] 尽管区域文件的规定可能阻止或限制诉诸这些文件未规定的机制[79],但这不能以任何方式影响联合国的权威或职能。[80] 有许多这样的例子,一项情势被同时提交联合国和某一区域组织,但这类并行管辖权并未给联合国带来管辖权上的问题。[81] 实践中,在涉及采取积极行动时,如果区域解决存在现实成功机会,联合国可能会顺从适当的区域机制。[82]

许多区域组织都创立了争端解决机制。

非洲联盟(非洲统一组织)[83]

1027 非洲统一组织成立于1963年。其《宪章》第19条提及了"通过谈判、调停、和解或仲裁和平解决争端"的原则。为此目的,该组织通过1964年7月21日达成的议定书成

---

〔77〕 Article 37(2).

〔78〕 注意1982年联大第3 7/10号决议通过的《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》第1节第6段规定,区域安排或机构的参与国在将争端提交安全理事会以前,应力求利用这些区域安排或机构来达成当地争端的解决,但这"并不阻碍各国按照《联合国宪章》把争端提请安理会事会或大会注意"。

〔79〕 见下文,第1273页。

〔80〕 见 M. Bartos, "L'ONU et la Co-opération Regionale", 27 RGDIP, 1956, 第7页。

〔81〕 国际法院在"尼加拉瓜"案(ICJ Reports, 1984, 第392、440页; 76 ILR, 第104、151页)中,在讨论区域组织同时介入的上下文中,认为"即使存在争端双方都可能参与的积极的谈判,这也不妨碍安理会和法院根据《宪章》和《法院规约》分别独立地行使职权"。

〔82〕 在这种情况下,安理会可能只把争端登记在其议程上,只要争端实际上没有危及国际和平与安全,它就会根据第52条第2、3款,把该问题移交给适当的区域机构解决,自己则仅保持对该问题的持续的审查:见 UN Handbook, 第96页。

〔83〕 见,例如 K. D. Magliveras and G. J. Naldi, TheAfricanUnion and the Predecessor Organisation of African Unity, The Hague, 2004。非洲统一组织成立于1963年,随着"宪章性文件"于2001年5月的生效,该组织被非洲联盟取代。关于阿拉伯国家联盟,一般地,见 T. Maluwa, "The Peaceful Settlement of Disputes among African States, 1963—1983: Some Conceptual Issues and Practical Trends", 38 ICLQ, 1989, 第299页; S. G. Amoo and I. W. Zartman, "Mediation by Regional Organisations: The Organisation of A. frican Unity (OAU) in Chad" in Bercovitch and Rubin, Mediation in International Relations, 第131页; B. Boutros Ghali, L'Organisation de l'Unité Africaine, Paris, 1968; M. Bediaoui, "Le Règlement Pacifique des Diff ~ rends Africains", AFDI, 1972, 第85页; B. Andemicael, Le Règlement Pacifique des Différends Survenant entre Etats Africains, New York, 1973; E. Jouve, L'Organisation de l'Unité Africaine, Paris, 1984; T. O. Elias, Africa and the Development of International Law, Leiden, 1972; Z. Cervenka, The Organisation of African Unity and its Charter, London, 1968, and M. N. Shaw, "Dispute Settlement in Africa", 37 YBWA, 1983, 第149页。

立了调停、和解与仲裁委员会。[84] 但其管辖权不是强制性的，而且它也没有被利用过。历史上，非洲国家不愿意诉诸争端解决的司法或仲裁手段。一般情况下，它们更倾向于通过非统组织这一中介实现第三方非正式的介入。例如在"阿尔及利亚—摩洛哥边界争端"[85]中，非统组织设立了一个由七个非洲国家代表组成的特别委员会以寻求实现对因1963年冲突引发的问题的解决。[86] 类似地在"索马里—埃塞俄比亚冲突"[87]中，为了调停，非统组织也设立了一个委员会。[88] 该委员会尽管进一步确认了成员国获得独立时的边界不可侵犯的原则，但它没能解决该争端。[89] 第三个例子是"西撒哈拉争端"。[90] 1978年7月非统组织设立了委员会，其解决该争端的努力未获成功。[91] 非统组织还设立了不止一个委员会设法调停乍得内战，也同样没有什么建树。[92] 尽管成功率不高，但在非洲国家间争端的解决中，首先诉诸非洲统一组织机制已基本上成了确立的实践，当然主要是诉诸组织设立的特别委员会。

为了改进现有机制，非洲统一组织于1993年通过了被称作《开罗宣言》的"预防、处理和解决冲突机制"。[93] 该机制意在预见并防止具有潜在冲突可能的情势继续发展，在 1028
发生冲突时，采取缔造和平和建设和平的努力，并且在冲突后发挥作用。该机制含有两个主要机构：中央机构和处理冲突办公室（后来更名为处理冲突中心）。中央机构由按年度选举产生的16个国家组成，作为国家元首和政府首脑大会的主席团的成员，是决策机构。但是该机制对解决十年来非洲各种危机的作用并不成功，2001年非统组织大会决定把该机制的中央机构作为非洲联盟的一个机关（非洲联盟于当年5月成立）。[94]

---

〔84〕 Elias, *Africa*, chapter 9.

〔85〕 见 I. Brownlie, *African Boundaries*, London, 1979, 第55页, M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, 第196—7页。

〔86〕 见 *Keesing's Contemporary Archives*, 第19939—40页, Shaw, "Dispute Settlement", 第153页。

〔87〕 见 Brownlie, *African Boundaries*, 第826页。另见 Shaw, *Title to Territory*, 第197—201页。

〔88〕 *Africa Research Bulletin*, May 1973, 第2845页，以及 *ibid.*, June 1973, 第2883—4页和2850页。

〔89〕 *Ibid.*, August 1980, 第5763—4页。这里指的是占有原则，进一步见上文，第10章，第525页。

〔90〕 见 Shaw, *Title to Territory*, 第123页及以下。

〔91〕 *Ibid.*, and Shaw, "Dispute Settlement", 第160—2页。

〔92〕 Shaw, "Dispute Settlement", 第158—60页。

〔93〕 AHG/Dec. 1 (XXVIII) and 见 the Report of the OAU Secretary-General, Doc. CM/1747 (LVIII) and AHG/Dec. 3 (XXIX), 1993. 另见 M. C. Djiena-Wembon, "APropos du Nouveau Mécanisme de l'OUA sur les Conflits", 98 RGDIP, 1994, 第377页, R. Ranjeva, "Reflections on the Proposals for the Establishment of a Pan-African Mechanism for the Prevention and Settlement of Conflicts" in *Towards More Effective Supervision by International Organisations* (eds. N. Blokker and S. Muller), Dordrecht, 1994, vol. I, 第93页。

〔94〕 见，例如 C. A. A. Packer and D. Rukare, "The New African Union and its Constitutive Act", 96 AJIL, 2002, 第365页。

2002 年 7 月 9 日，非洲联盟大会第一届常会通过了《关于建立非洲联盟和平与安全理事会的议定书》。[95] 该议定书成立了和平与安全理事会，作为“预防、管理和解决冲突的常设的决策机关”，由非盟委员会[96]，贤人小组[97]，大陆早期预警系统[98]，非洲待命部队[99]以及特别基金为其提供支持。[100] 非盟还制定了一系列指导原则，包括对危机的早期反应，尊重法治和人权，尊重成员国主权和领土完整，以及尊重获得独立时继承的边界。[101] 理事会由基于公平地域分配和轮换而产生的 15 名成员组成[102]，其职能包括促进非洲的和平，安全和稳定；早期预警和预防性外交；缔造和平，包括斡旋、调停、和解和调查；支助和平行动和干预；建设和平；以及人道主义举措。[103] 第 9 条规定，针对潜在的和完全爆发的冲突，理事会“应采取主动和它认为适当的行动”，并应运用其自由裁量权使
1029 人境得以实现，不论是通过理事会本身的集体干预，或者通过理事会主席和（或）（非盟）委员会主席、贤人小组和（或）与区域机制的配合。[104] 2003 年 12 月 26 日，议定书生效。

非洲还有一些次区域组织在冲突解决方面发挥着越来越大的作用。首先要数 1975 年成立的西非国家经济共同体（ECOWAS），1993 年其成立文件被修正[105]，修正后条约的第 58 条规定了共同体对防止和解决区域争端所承担的责任，共同体和平监督团（ECOMOG）被作为区域干预部队。共同体的任务是促进经济一体化，其机构包括国家元首和政府首脑会议、部长理事会、共同体议会、经济和社会理事会、共同体法院、秘书处和合作基金。通过派遣停火监督团（ECOMOG）[106]，共同体干预了 1990 年利比里亚内战并且一直关注着发生在塞拉利昂和几内亚比绍境内的冲突。1999 年，西非国家经济共

---

[95] 该议定书取代了 1993 年“开罗宣言”并取代了阿拉伯国家联盟关于在非洲预防、管理和解决冲突的机制的各项决议和决定，因为这些决议和决定不符合议定书的规定：见 article 22(1) and (2)。

[96] 进一步见第 10 条。

[97] 由委员会主席在与有关成员国协商后，挑选的 5 名享有崇高威望的非洲人组成，应理事会或委员会主席的要求或在适当时主动采取行动以防止冲突：见第 11 条。

[98] 它包括一个观察和监督中心，被称作“情况室”，与地区机制中的观察和监督中心同样都隶属于非盟冲突管理司：见第 12 条。

[99] 由一支由多兵种组成的应急待命部队，执行观察任务、支持和平行动、干预、预防性部署、建设和平以及人道主义救助援任务：见第 13—15 条。

[100] Article 2.

[101] Article 4.

[102] Article 5.

[103] Article 6。另见 the list of powers in article 7。

[104] 进一步见第 16 条。

[105] 2001 年在达喀尔通过了对议定书的进一步的修订。

[106] 见，例如 *Regional Peace-Keeping and International Enforcement: The Liberian Crisis* (ed. M. Weller), Cambridge, 1994, 进一步见下文第 22 章，第 1276 页。

同体成立了[107]旨在预防、管理和解决冲突、维持和平与安全的机制，并于2001年通过关于民主和良政的议定书。[108]

南部非洲发展共同体(SADC)于1992年成立。[109] 1996年它决定成立一个政治、防务和安全合作的机构，2001年它通过了《关于政治、防务和安全合作的议定书》。[110] 根据该议定书，机构的宗旨是促进该地区的和平与安全，特别是"考虑根据国际法采取执行 1030
行动，作为和平手段失败情况下最后诉诸的手段"。[111] 该机构设有许多机关[112]，包括主席，[113]三驾马车(现任、下任和前任主席)，部长委员会[114]，国家间政治和外交委员会[115]以及国家间防务和安全委员会。[116] 该机构有权寻求解决任何"重大的国家间冲突"[117]或任何"重大的国内冲突"。[118] 它可以采取广泛的和平手段，包括外交、谈判、调停、仲裁和国际法庭的裁决，并应建立早期预警系统以防止冲突的爆发或升级。当和平手段未奏效时，主席根据部长委员会的建议可以向共同体峰会提议采取执行行动，但这类行动只能作为最后诉诸的手段，并且需要得到联合国安理会的授权。[119]

---

[107] 见，例如 Security Council resolutions 1132 (1997) and 1233 (1999)。

[108] 该机制的最高决策机构是元首会议，由各国元首组成，拥有在涉及冲突预防、管理和解决，在维持和平与安全、人道主义支持、建设和平、控制跨界犯罪以及小武器扩散方面所有问题上的权力，见第6条。根据议定书，由9人组成的调解与安全理事会被授权可以代表权力机构作出适当决定，见第7—10条。另见安理会第1197(1998)号决议。

[109] 见例如 B. Chigora, "The SAD Community", 11 African Journal of International and Comparative Law, 2000, 第522页。1979年，其发展成为南部非洲发展协调会议。

[110] 见 www.sadc.int/index.php? lang = english&path = legal/protocols/&page = p politics defence and security co-operation。

[111] Article 2 (f)。

[112] Article 3。

[113] 进一步见 article 4。

[114] 进一步见 article 5。

[115] 进一步见 article 6。

[116] 进一步见 article 7。

[117] 例如，涉及领土边界、自然资源或发生侵略或使用武力的情况，或者，本地区或作为非冲突当事方的成员国的和平与安全受到威胁的情况：见 article 11(2)a。

[118] 例如，出现了大规模的暴乱，包括种族灭绝和大规模侵犯人权或军事政变，内战，或者威胁本地区或另一成员国和平与安全的冲突：见 article 11 (2)b。

[119] Article 11(3)。

美洲国家组织[120]

1948 年在波哥大签署的并于 1985 年经“卡塔赫纳德印地亚斯议定书”修正的《美洲国家组织宪章》第 23 条规定，成员国之间的国际争端必须提交给组织以求和平解决，尽管这不能被解释为构成对成员国根据《联合国宪章》第 34 和 35 条所享有的权利和负有
1031 的义务的减损。[121] 1948 年的《美洲和平解决争端条约》(《波哥大条约》，与《宪章》相区别)规定了详细的程序，从斡旋、调停与和解到仲裁和国际法院的司法解决。但该条约并不成功[122]，实践中，美洲国家组织曾利用于 1940 年设立的美洲国家间和平委员会来求得争端的和平解决，该机构于 1970 年被美洲国家间和平解决争端委员会所取代，它是理事会的附属机构。上世纪 50 年代后期以来，美洲国家组织常设理事会这一大使级的常设团体起到了越来越显著的作用。[123] 1985 年发生在哥斯达黎加与尼加拉瓜边界的事件就是一个例子。理事会设立了实况调查委员会，并在听取了委员会的报告后通过了一项决议，呼吁在孔塔多拉谈判进程内进行对话。[124] 1987 年 11 月 14 日的“埃斯基普拉斯第二协定”建立了一个国际实况与后续行动委员会，委员会成员由孔塔多拉及其支持集团的国家的外交部长以及联合国和美洲国家组织秘书长组成。[125]

---

[120] 见 Merrills, *International Dispute Settlement*, 第 262 页及以下，*Bowett's International Institutions*, 第 205 页及以下。另见 E. Jiménez de Aréchaga, “La Co-ordination des Systèmes de l'ONU et de l'Organisation des Etats Américains pour le Règlement Pacifique des Différends et la Sécurité Collective”, 111 HR, 1964 I, 第 423 页, A. Cancado Trindade, “Mécanismes de Règlement Pacifiques des Différends en Amérique Centrale: De Contadora à Esquipulas II”, AFDI, 1987, 第 798 页。

[121] 注意，按最初于 1948 年起草的宪章，第 20 条(当初的措辞)规定，在把情势提交联合国安理会之前，应当先将其提交给美洲国家组织的程序。

[122] 尽管如此，请注意 the Nicaragua v. Honduras case, ICJ Reports, 1988, 第 69、88 页；84 ILR, 第 218、243 页，法院认为根据《波哥大条约》第 31 条，它有管辖权。

[123] 见 articles 82—90 of the OAS Charter。

[124] 美洲国家组织常设理事会 resolutions CP/Res. 427 (618/85)；CP/doc. 1592/85 and A/40/737-S/17549, annex IV。

[125] 参与孔塔多拉谈判进程的国家有哥伦比亚、墨西哥、巴拿马和委内瑞拉，支持者包括阿根廷、巴西、秘鲁和乌拉圭。见 A/43/729-S/20234。

阿拉伯国家联盟[126]

阿拉伯国家联盟成立于1945年,旨在增进阿拉伯国家间的合作。其和平解决成员国间争端的机制并不很成熟,实践中主要采取非正式的和解努力。比较著名的例外是 1032
1961年为维持伊拉克与科威特间的和平而建立的阿拉伯国家部队。[127] 1976年,阿拉伯安全部队被派往黎巴嫩,该部队于1976年至1983年间被阿拉伯威慑部队所取代。在1990—1991年的科威特危机和2002—2003年的伊拉克危机中,阿拉伯国家联盟均未能发挥重要作用。

欧洲[128]

1957年欧洲理事会通过的《欧洲和平解决争端公约》规定,法律争端(《国际法院规约》第36条第2款所规定的)应提交国际法院,尽管在采取该步骤之前可以尝试和解。[129] 对于其他争端,除非当事方接受和解,则应提交仲裁。

在北约联盟内部[130],存在着斡旋机制,当然也可采取调查、调停、和解和仲裁程序。实际上,组织在解决争端方面起到了一定作用,解决英国和冰岛这两个北约盟国间长期

---

[126] 见 H. A. Hassouna, The League of Arab States and Regional Disputes, Leiden, 1975; Bowett, "Contemporary Development", 第229页; M. Abdennabi, La Ligue des Etats Arabes et les Confiits Inter-Arabes (1962—1980), 1985; B. Boutros Ghali, "The Arab League 1945—1970", 25 Revue Egyptienne de Droit International, 1969, 第67页; and S. Al-Kadhem, "The Role ofthe League of Arab States in Settling Inter-Arab Disputes", 32 Revue Egyptienne de Droit International, 1976, 第1页。另见 http://www, al-bab. com/arab/docs/league. htm。

[127] 还可注意1976年至1982年间在黎巴嫩的泛阿拉伯"维和部队":见 Keesing's Contemporary Archives, 第28、117页及以下。另见 I. Pogany, The Arab League and Peacekeeping in Lebanon, London, 1987. 理事会还设立了一个委员会来处理1963年阿尔及利亚—摩洛哥与也门民主人民共和国—阿拉伯也门共和国之间的边界争端, H. A. Hassouna, "The League of Arab States and the United Nations: Relations in the Peaceful Settlement of Disputes", New York, 1979, 第312页。另见 Simma, Charter of the United Nations, 第852页。

[128] 见 L. Caflisch, "Vers des Mécanismes Pan-Européennes de Règlement Pacifique des Différends", 97 Revue Générale de Droit International Public, 1993, 第1页。Différends', 97 *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, p. 1.

[129] 注意有些国家对该条款持有保留。

[130] 见 Bowett's International Institutions, 第191页,Merrills, International Dispute Settlement, 第280页。另见 www. nato. int/。

悬而未决的"鳕鱼战"就是一个例子。[131] 欧洲安全与合作组织已逐渐建立起一套争端解决机制。[132] 根据该组织各主要文件的规定[133],成员国应努力诚信地通过各种手段迅速而公平地解决它们之间的争端。根据经1992年"斯德哥尔摩决定"修订的1991年"瓦莱
1033 塔报告",争端任何当事方都可以要求建立争端解决机制,该机制一旦建立,则可就争端当事方之间的谈判发表评论或提出建议,或者提出任何其他恰当的争端解决手段,还可以参与事实调查以及其他和解进程。1992年签订了《和解与仲裁公约》,两年后该公约生效。根据该公约在日内瓦成立了和解与仲裁院。[134] 和解可以由为每个争端设立的和解委员会进行,人员从根据公约建立的名单中选定。[135] 委员会将作出一份含有如何和平解决争端建议的报告,当事各方有30天时间来评估报告中的建议。如果当事方不接受上述建议,报告将通过高级理事会(原高级官员委员会)提交欧安组织理事会。[136] 公约还规定为各争端设立仲裁庭,仲裁员也来自一个名单。[137] 这类仲裁庭可以由争端当事方明示同意建立[138];或者,如果争端当事方早已接受仲裁庭的管辖时,也可设立仲裁庭。[139] 仲裁裁决对当事方而言是终局的和有约束力的。[140]

除上所述,欧安组织还可经各成员国同意后向其派遣特派团,以此来履行其早期预警、冲突预防和危机管理的责任。欧安组织曾向南斯拉夫派遣这样的特派团以促进科索沃、桑杰科和伏伊伏丁那人民与该国当局间的对话;还曾向前南斯拉夫马其顿共和国、向格鲁吉亚、摩尔多瓦、塔吉克斯坦、爱沙尼亚、乌克兰和车臣派遣这样的特派团。在阿尔

---

[131] Merrills, International Dispute Settlement, 第287页。1956年苏伊士运河危机后有人建议设立此类程序,1963年塞浦路斯危机时也如此:见 Nguyen Quoc Dinh et al., Droit International Public, 第855—6页。

[132] 一般地见上文 chapter 7, 第372页,以及下文第23章,第1289页。

[133] 见 the Helsinki Final Act 1975; the Charter of Paris 1990 and the Valletta Report of the Meeting of Experts on Peaceful Settlement of Disputes 1991。

[134] 根据第3条和第4条,它由任命的调解员和仲裁员组成。

[135] 见 articles 1 and 2。根据第3条,每一当事国可任命两名调解员。

[136] Article 25。

[137] Articles 2 and 4. 每一当事国可任命一名仲裁员和一名副手。

[138] 既可以由两个或多个该公约缔约国建立,也可由一个或多个该公约缔约国与一个或多个欧安组织参与国建立,第26(1)条。

[139] Article 26。

[140] Article 31. 另见 UN Handbook, 第87页, OSCE Handbook 2000, Vienna, 第37页,另见 www.osce.org/publications/handbook/。

巴尼亚和科索沃[141]，摩尔多瓦和格鲁吉亚[142]也曾派特派团行动过。根据1995年11月21日在代顿草签并于1995年12月14日在巴黎签订的《关于波斯尼亚和黑塞哥维那和平的全面框架协议》，欧安组织负责监督选举[143]，负责为波斯尼亚各方之间就建立信任和安全措施进行谈判提供框架，负责提出次区域军控措施[144]，还负责协助创立一个波斯尼亚人权委员会。[145]

职能有限的国际组织和机构[146]

在相关领域促进国际合作的各种专门机构[147]也有各自解决其成员国之间因组织成立文件的解释而产生的争端的程序。这类机制因组织的不同而有所不同，但通常的模式都是在谈判失败后将争端诉诸组织的一个主要机构。如果这也未能解决争端，除非另行达成一致，争端则可能被提交国际法院或仲裁。[148] 此时，诉诸国际法院是以要求其发表咨询意见的形式进行的，尽管根据组织成立文件的规定，法院的意见是有约束力的而不仅仅是"咨询性"的。[149] 在别的情况下，国际法院或某个仲裁庭的意见是不具有约束力 1035

---

[141] 见 OSCE Handbook 1996，第16页及以下，Annual Report for 2001，http://www，osce. org/docs/english/misc/anrep01 e_activ，htm#00007. 在欧安组织/欧盟的制裁协调员的指导下派遣的一系列制裁援助任务团，被派往不同国家以协助它们执行安理会在南斯拉夫危机中作出的制裁命令。同上第36页。

[142] 见 Annual Report for 2007，第54、60页。还注意1995年为解决亚美尼亚和阿塞拜疆关于纳格尔诺—卡拉巴赫冲突而设立的明斯克进程：见 www. osce. org/item/21979. html。

[143] 见 Annex 3 of the Agreement。

[144] Annex 1-B of the Agreement. 次区域军控包括南斯拉夫、克罗地亚和波斯尼亚。

[145] Annex 6 of the Agreement. 另见 article 22 of the ASEAN Charter，2007，它呼吁建立并维持一个争端解决机制以解决东盟成员国间的争端：见下文第23章，第1294页。

[146] 一般地，见 C. A. Colliard，"LeRèglement desDifférends dans les Organisations Intergouvernementales de Caractère Non Politique" in *Mélanges Basdevant*，Paris，1960，第152页，以及 G. Malinverni，*Le Règlement des Différends dans les Organisations Internationales Economiques*，Leiden，1974. It should also be noted that several international treaties expressly provide mechanisms and methods for the peaceful resolution of disputes arising therefrom：见，例如有关《海洋法公约》，上文第11章，第635页，以及《条约法公约》，上文第16章，第952页。

[147] 见 Murty，"Settlement"，第729—32页。进一步见下文第23章，第1285页。

[148] 见《国际劳工组织章程》第37条；《联合国教科文组织章程》第14条2款；《世界卫生组织章程》第75条；《粮农组织章程》第17条；《原子能组织规约》第17条；《国际电信联盟公约》第50、82条。

[149] 参见 Amerasinghe，Principles of the Institutional Law of International Organisations，2nd edn，Cambridge，2005，第199页及以下。

的。[150] 许多组织还规定了调查和争端解决的其他机制。[151]

有许多程序和机制致力于解决这样一类特定领域的争端,这类争端通常是经济方面的并且具有混合性质,即是国家与非国家实体间的争端。这些程序变得越来越重要,其中有不少正对一般国际法产生意味深长的影响。本节将就其中某些内容作一概述。

根据《关税及贸易总协定》[152]建立的争端解决机制由根据第 22 条进行的双边磋商启动。[153] 由此出发,第 23 条规定,当某一缔约方感到"关贸总协定直接或间接赋予它的任何利益"正趋于"无效或受到影响",则它可把争端提交和解。[154] 然后由关贸总协定总干事选出专家组成专家小组,由该小组来确定相关事实并寻求争端的解决。[155] 该方法注重实效,关注于寻求当事方之间争端的解决。专家小组的报告将被提交关贸总协定理事会并通常经协商一致而通过。如果争端当事方在合理期限内未执行建议,申诉方有权经理事会授权采取报复行动。实际上,这样的情况十分罕见。[156] 1989 年,乌拉
1036 圭回合谈判即将完成时,通过了一系列改进办法。这些改进办法包括理事会通常应在提出申诉的 15 个月内接受专家小组报告的条款以及增加了关于调停、和解和仲裁的条款。[157]

关贸总协定程序被 1995 年 1 月 1 日成立的世界贸易组织(WTO)所吸收。成立

---

[150] 见《联合国工发组织章程》第 22 条 1 款、《国际海事组织章程》第 65 条。

[151] 《联合国教科文组织公约》1962 年关于反对教育领域歧视的特别议定书规定了和解和调停委员会,《国际劳工组织公约》1962 年特别议定书也规定了和解和调停委员会:见 Murty, "Settlement", 第 729—30 页, Bowett's International Institutions, chapter 3. 另见 1994 年世界知识产权组织关于斡旋、仲裁和快速仲裁的规则,34 ILM, 1995, 第 559 页。

[152] 进一步见下文 chapter 23, 第 1286 页。

[153] 见 UN Handbook, 第 136 页及以下;J. H. Jackson, *The World Trading System*, 2nd edn, Cambridge, MA, 1997, chapter 4; T. Flory, "Les Accords du Tokyo Round du GATT et la Réforme des Procedures de Règlement des Différends dans la Système Commercial Interétatique", 86 RGDIP, 1982, 第 235 页。

[154] 在该阶段前,一方可寻求 GATT 总干事的斡旋,以便于秘密和解的进行:见 the 1982 GATT Ministerial Declaration。

[155] 特别见 1979 年关于争端解决达成的谅解。

[156] 见 Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, 第 1414 页。

[157] 见 E. Canal-Forgues and R. Ostrihansky, "New Developments in GATT Dispute Settlement Procedures", 24 Journal of World Trade, 1990; J. -G. Castel, "The Uruguay Round and the Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures", 38 ICLQ, 1989, 第 834 页。

WTO 的 1994 年《马拉喀什协定》的附件二被称作《关于争端解决规则和程序的谅解协定》。[158] 在 WTO 框架内，由乌拉圭回合最后文件所包含的各协定产生的争端应由 WTO 总务理事会（作为争端解决机构）来处理。当一个成员国认为另一成员国采取的措施直接或间接剥夺了该国根据 GATT 或其他相关协定所享有的利益时，该国可以要求与该方进行磋商，后者必须在收到请求后的 10 天内答复并在 30 天内进行磋商。当双边磋商失败后，当事方可以把争端提交给 WTO 总干事，总干事可以进行斡旋、和解或调停。如果经过 60 天磋商仍未能解决争端，申诉国则可以诉诸争端解决机构。该机构可以成立 3 人小组并应在 6 个月内提出报告。"谅解协定"中规定了详尽的程序。除非经协商一致同意不予通过或者当事一方表示有意基于法律原因上诉，则专家小组的报告将在 60 天内由争端解决机构予以通过。争端解决机构设立的常设上诉机构由 7 位专家组成，其中 1037
3 人可以在任何时间审理上诉。上诉程序一般不超过 60 天（或最长不超过 90 天）。除非协商一致反对通过，争端解决机构将在 30 天内接受上诉机构作出的报告。

通过报告的 30 天内，当事方必须同意遵守其中的建议。如果经过合理的期限某一当事方未接受建议，该当事方必须作出相互都能接受的补偿。如果 20 天后仍未就令人满意的补偿达成一致，则申诉国可以要求争端解决机构授权中止其给予另一方的特许权或对其负担的义务，授权应在合理期限结束后的 30 天内作出。在任何情况下，争端解决机构都将对裁决或建议的履行进行监督。[159]

---

[158] 见例如 A. F. Lowenfeld, International Economic Law, 2nd edn, Oxford, 2008, part III; J. H. Jackson, Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law, Cambridge, 2006, chapter 5; Dispute Settlement in the WTO (eds. J. Cameron and K. Campbell), London, 1998; Collier and Lowe, Settlement, 第 99 页; R. Yerxa and B. Wilson, Key Issues in WTO Dispute Settlement—The First Ten Years, Cambridge, 2005; M. Matsushita, T. J. Schoenbaum and P. C. Mavroidis, The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy, 2nd edn, Oxford, 2006; T. Broude, International Governance in the WTO: Judicial Boundaries and Political Capitulation, London, 2004; D. Z. Cass, The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System, Oxford, 2005; Bowett's International Institutions, 第 379 页; A. H. Qureshi, International Economic Law, London, 1999, 第 287 页; J. Pauwelyn, "Enforcement and Countermeasures in the WTO", 94 AJIL, 2000, 第 335 页, J. Cameron and K. R. Gray, "Principles of International Law in theWTO Dispute Settlement Body", 50 ICLQ, 2001, 第 248 页。另见 WTO Secretariat, The WTO Dispute Settlement Procedures, 2nd edn, Cambridge, 2001 and www. wto. org/english/tratop e/dispu e/dispu e. htm.

[159] 行为规则于 1996 年 12 月通过：见 WT/DSB/RC/1 和 www. wto. org/english/tratop e/dispu e/rc e. htm. 另见 the Working Procedures for Appellate Review, WT/AB/WP/4 andwww. wto. org/english/tratop e/dispu e/ab e. htm. 2001 年 12 月《多哈部长宣言》声称，旨在完善和澄清争端解决谅解的谈判将致力于在 2003 年 5 月达成一致。然而，谈判仍在继续：见例如 Hong Kong Ministerial Declaration of December 2005, WT/MIN(05)/DEC。

需要说明两点:第一,有大量案件提交给争端解决机构[160];第二,由贸易法专家组成的上诉机构的建立对国际贸易法的发展产生了重要影响。[161] 作为后者的表现,它处理
1038 了大量一般国际法感兴趣的问题,从审查《维也纳条约法公约》和条约的解释[162];到举证责任这样的程序问题。[163]

还有许多解决经济问题的区域争端机制也建立了起来,其中欧盟的最为发达,它有一个充分运转的司法体系,并在卢森堡设有拥有广泛管辖权的法院。[164] 其他相关但区域性较强的经济机制还有南锥体共同市场(Mercosur)(阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭)[165],东南非共同市场(Comesa)[166]和西非国家经济共同体(ECOWAS)。[167]

把美国、墨西哥和加拿大连在一起的旨在实现商品、服务、人员和投资自由移动的

---

[160] 到2000年年中,有超过200件:见 Cameron and Gray, "WTO Dispute Settlement", 第250页;到2008年3月,有373件:见 www. wto. org/english/tratop e/dispu e/dispu status e. htm。

[161] 见例如 D. M. McRae, "The Emerging Appellate Jurisdiction in International Trade Law" in Campbell and Cameron, Dispute Settlement, 第1页;Jackson, Sovereignty, the WTO, 第163页及以下。截至2007年底,上诉通知有86项:见 Annual Report of the Appellate Body, 2007, Annex III. Lowenfeld, International Economic Law, 第211页。该报告认为WTO争端解决机制"是一个巨大的成功,比政府层面解决国际法律争端的任何其他安排都要成功"。

[162] 见例如 the Standards for Reformulated and Conventional Gasoline case, 1996, WT/DS2/AB/R and the Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products case, 1998, WT/DS58/AB/R。另见 D. Palmeter and P. C. Mavroidis, "The WTO Legal System: Sources of Law", 92 AJIL, 1998, 第398页, 以及 Jackson, Sovereignty, the WTO, 第182页及以下。

[163] 见例如 Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products, 1999, WT/DS90/AB/R。

[164] 对此,见例如 D. Chalmers, C. Hadjiemmanuil, G. Monti and A. Tomkins, European Union Law: Text and Materials, Cambridge, 2006; S. Weatherill and P. Beaumont, EU Law, 3rd edn, London, 1999, and Weatherill, Cases andMaterials on EU Law, 8th edn, Oxford, 2007; and A. Arnull, The European Court of Justice, 2nd edn, Oxford, 2006。

[165] 见 theMercosur Treaty, 1991. The Protocol of Brasilia, 1991 (complemented by Decision 17 1998) 为成员国建立了一个以外交谈判为基础、以仲裁为最终手段的基本的争端解决体系。直到1999年才开始使用仲裁,第一份仲裁裁决是对 the Siscomex case 作出的:见 D. Ventura, "First Arbitration Award inMercosur—A Community Law in Evolution?", 14 Leiden Journal of International Law, 2000, 第447页。另见 www. mercosur. int/msweb/。

[166] 见 the Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa, 1993。

[167] The Economic Community of West African States: 见 the treaty of 1975 and revisions of 1993 and 2001 and Protocol 1 on the Community Court of Justice, 1999。

1992 年《北美自由贸易协定》(NAFTA)也含有争端解决的规定。[168] 主要机制规定在协定的第 11、14、19 和第 20 章。根据第 11 章[169],投资争端可以由一个缔约国的投资者针对另一缔约国提交,如果争端未能通过谈判解决,则可提交世界银行的解决投资争端国际中心(ICSID),或 ICSID 的补充机制,或者适用联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)的规则。[170] 根据 NAFTA 建立的法庭必须适用 NAFTA 条约和可适用的国际法规则。[171] 1039
可能发布临时保护措施且仲裁庭裁决是终局的。[172] 与条约解释有关的问题必须移交给自由贸易委员会[173],由它作出的解释是有约束力的。[174] 第 19 章规定由两国小组来审查反倾销、反补贴税和对损害的最终确定。这些小组还可审查缔约国对其反倾销或反补贴税方面的法律所做的修改。[175]

第 20 章的争端解决条款主要适用于国家间因解释或适用 NAFTA 引起的争端,包括与第 14 章规定的与金融服务条款有关的争端。假使在一定期限内通过磋商解决争端的努力失败了,而且自由贸易委员会在一定期间内进行的斡旋、调停或和解也未奏效,当事方则可要求委员会成立一个 5 人仲裁小组。[176] 争端当事方在 15 天内选出一位中立的主席(当事各方达不成一致时,则由其中一方通过抽签选出主席),再经过 15 天时间,对立双方每方各推选两名拥有本方国籍的小组成员。[177] 小组可以寻求专家意见并可设立

---

[168] 见 32 ILM, 1993, 第 682 页及以下;另见 Bowett's International Institutions, 第 222 页; D. S. Huntington, "Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement", 34 Harvard International Law Journal, 1993, 第 407 页;Collier and Lowe, Settlement, 第 111 页;N. Kinnear, A. Bjorkland and J. Hannaford, Investment Disputes under NAFTA, The Hague, 2006, and NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects (ed. T. Weiler), Ardsley, 2004. 另见 www. nafta-sec-alena. org/DefaultSite/index e. aspx。

[169] Articles 1101—14 of the Agreement。

[170] 见下文,第 1043 页。

[171] 见第 1131 条。

[172] 第 1134、1136 条。

[173] 于 2001 年根据第 20 章设立,由代表各成员国的部长级官员组成,负责协定的执行和解决因协定的解释或适用而发生的争端。委员会还设立了北美自由贸易区海外秘书处,由各国的国内部门组成:第 2002 条。

[174] 见第 1131、1132 条。关于第 1105 年中的"公正、公平待遇"、"充分保护和安全",另见例如,*Mondev International Ltd* v. *USA* 6 ICSID Reports, 2002, 第 192 页,第 100 段及以下;*United Parcel Service of America* v. *Canada* 7 ICSID Reports, 2002, 第 288 页,第 97 段;*Loewen Group* v. *USA* 7 ICSID Reports, 2003, 第 442 页,第 124 段及以下;以及 *Methanex* v. *USA*, award of 3 August 2005, Part II, Chapter H, 第 23 段。

[175] 见第 1903-5 条。

[176] 见第 2003-8 条。

[177] 见第 2011 条。

科学评估委员会,以便就当事方提出的现实技术问题向其提供协助。小组应在任命最后一位小组成员的90天内就其调查结果和建议提交初步报告。当事方可以对初步报告作出评论,小组则可据此重新审查其报告。在提交初步报告30天内小组应向委员会提交
1040 其最终报告。[178] 当事方必须在30天内同意根据小组的建议解决争端。[179] 如果争端仍未解决,申诉方则可以中止对被申诉方提供相同效果的好处,直到双方就解决争端达成一致为止。[180]

世界银行(即国际复兴开发银行和国际开发协会)于1993年设立了监察组制度,为那些认为其利益已经或可能会因世行资助的项目而受到损失的私人提供了一个独立的场所。[181] 在收到这类私人的请求后,3人监察组先决定这是否属于其职权范围,如果是,就把请求提交给世行管理当局,并由其对监察组作出答复。然后监察组作出一项初步审查,包括对世行管理当局所作出的反馈的实质内容的独立评估,还就是否需就该项请求进行调查作出建议,并把建议提交董事会。如果董事会批准了调查建议,监察组则着手展开调查,然后把调查结果提交董事会和世行管理当局。根据监察组调查的情况,世行管理当局必须在6周内就采取怎样的行动向董事会提出建议。最后由董事会根据监察组的调查结果和世行管理当局的建议就将来采取的行动作出最终决定。[182]

1965年,在世行赞助下根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》设立了

---

[178] 见第2014-17条。

[179] 第2018条。

[180] 第2019条。

[181] 见,例如 I. Shihata, *The World Bank Inspection Panel*, Oxford, 1994; D. L. Clark, *A Citizen's Guide to the World Bank Inspection Panel*, 2nd edn, Washington, 1999; "Conclusions of the Second Review of the World Bank Inspection Panel", 39 ILM, 2000, 第243页; *The Inspection Panel of the World Bank* (eds. G. Alfredsson and R. Ring), The Hague, 2001. 另见 A. Gowland Gualtieri, "The Environmental Accountability of the World Bank to Non-State Actors", 72 BYIL, 2002, 第213页;另见 the Inspection Panel's Annual Report, 2006/7。

[182] 截至2007年6月,有46项请求被提交给了监察组,董事会批准了监察组就其中的35项所提出的建议;见 http://siteresources. worldbank. org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/Summany of Inpection Panel Cases %5updated%5D. pdf。

解决投资争端国际中心(ICSID),负责临时仲裁。[183] 中心构成一个用来进行和解和仲裁 1041
的框架。框架还在国内法之外提供了一个自治的制度,使国家和非国家投资者(来自成员国的)可以解决它们之间的争端。公约缔约国[184]有义务承认得到该中心支持的仲裁庭作出的裁决具有终局效力以及在它们的领土内具有约束力,并应执行仲裁裁决,如同它们是国内法院作出的终审判决一样。[185] 中心的管辖权适用于"缔约国和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端"。[186] 因此,国家不但必须要成为公约缔约国,还应书面同意把特定争端提交适用解决程序,当然这可以通过投资者与有关国家间的特许权协议来实现。实际上,公约缔约国之间的双边投资条约往往规定,在发生投资争端时,应提交得到中心支持的仲裁。[187] 而且,现在也有大量多边条约规定把产生的争端提交给 ICSID。[188] 1978 年,中心引入 ICSID 补充机制,将其管辖权扩展至只有一方是缔约国或缔约国国民的争端,以及并非直接因投资引发的争端,只要该争端涉及一项"其性质使其有别于通常商业交易"的交易。补充机制还进一步规定了实况调查程序。

公约要求个人应当是其申诉所针对的国家以外的一国国民。第 25 条第 2 款还特意 1042
排除了双重国籍。国籍是由所主张的国籍国的相关规则确定,并且必须是在双方同意将争端交付调解和仲裁之日以及请求被登记之日都拥有的国籍。同样的原则也适用于公

---

[183] 见 Lowenfeld, *International Economic Law*, 第 536 页及以下;R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, 第 222 页及以下;C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001; A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes", 3 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, 第 263 页, and A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", 136 HR, 1972, 第 350 页; D. O'Keefe, "The International Centre for the Settlement of Investment Disputes", 34 YBWA, 1980, 第 286 页; I. G. Wetter, *The International Arbitral Process Public and Private*, Dobbs Ferry, 1979, vol. II, 第 139 页; Collier and Lowe, *Settlement*, 第 59 页, and P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1995, 第 540 页及以下。另见 http://www, worldbank.org/icsid/。

[184] 在成为缔约国时,国家可以明确选择或排除特定种类的争端:见第 25 条 4 款。截至 2007 年,有 144 个缔约国(在这一年,玻利维亚退出了公约, Annual Report, 2007: 见 www.worldbank.org/icsid。

[185] Wetter, Arbitral Process, vol. II, 第 139 页。

[186] 《公约》第 25 条 1 款。

[187] 见 I. Pogany, "The Regulation of Foreign Investment in Hungary", 4 *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1989, 第 39、51 页。估计有超过 900 项这样的规定了 ICSID 仲裁的条约,见 http://www, worldbank, org/icsid/treaties/treaties. htm. 另见 the case of *Asian Agricultural Products* v. *Sri Lanka* 30 ILM, 1991, 第 577 页。

[188] 见,例如 article 1120 of the NAFTA Treaty, 1992 and *Metalclad Corporation* v. *United Mexican States* 119 ILR, 第 615 页。另见 1995 年《欧洲能源宪章》第 26 条 4 款。

司。但第25条第2款b项还包括这样的法人,即:在争端双方同意将争端交付解决之日拥有作为争端一方的缔约国国籍的任何法人,该法人"因受外国控制,双方同意为了本公约的目的,应看作是另一缔约国国民"。这可以通过双边投资条约以及在一些情况下通过暗示来实现。[189]

争端可以提交给ICSID支持下的和解委员会或仲裁庭。和解向来比较少见,但仲裁却比较常见。[190] 中心的秘书长可以应属于ICSID管辖范围内的争端的任何一方的要求设立仲裁庭。当事双方提名奇数名仲裁员,被选中的仲裁员再决定一名中立的首席仲裁员。仲裁庭应依照双方同意的法律对争端作出裁决。如无此种协议,仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律以及可以适用的国际法规则。[191] 仲裁裁决对双方具有约束力,不得进行任何上诉或采取除本公约规定外的任何其他补救办法。[192] 每一缔约国有义务承认ICSID作出的裁决并履行该裁决所确定的财政义务,正如该裁决是该国法院的最终判决一样。[193] 截至目前已作出了大量富有影响力的裁决。[194]

1043 另一个重要性不断提高的程序机制是国际商会仲裁院。[195] 有相当多的协议规定采用国际商会的规则通过仲裁解决争端,并且已经处理了几个案子。[196] 1966年联合国贸易法委员会(UNCITRAL)通过的一套规则也值得注意。[197]

根据《解决求偿宣言》于1981年在海牙设立的伊朗—美国求偿庭是一个既包括国家

---

[189] 见,例如 *Amco* v. *Indonesia* 1 ICSID Reports, 第377页。

[190] 截至2008年5月,完成仲裁139个案件,有125件在审理中:见 www. worldbank. org/icsid/cases/cases. htm。

[191] 见 Chapter IV of the Convention。

[192] 第53条。

[193] 第54条。但是,这要受国内立法关于主权豁免规定的限制。见第55条。

[194] 见 P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)—Some Legal Problems", 51 BYIL, 1980, 第123页。另见 AGIP Spa v. Government of the Popular Republic of the Congo 67 ILR, 第318页以及 Benvenuti and Bonfant v. Government of the Popular Republic of the Congo, 同上,第345页,谈及国家责任和损害赔偿问题, and LETCO v. Government of Liberia 89 ILR, 第313页以及 Tradex Hellas SA v. Albania, 1999, ARB/94/2 concerning expropriation. See also Metalclad Corporation v. United Mexican States 119 ILR, 第615页,是关于国家责任、征收和赔偿问题的;SGS Société de Surveillance SA v. Pakistan 129 ILR, 第360页,涉及例如国内法院与ICSID仲裁庭的关系和投资的定义。

[195] 见 Wetter, *Arbitral Process*, vol. II, 第145页。另见 www. iccwbo. org/index court. asp。

[196] 见 *Dalmia Cement* v. *National Bank of Pakistan* 67 ILR, 第611页以及 the Westland Helicopters case, 80 ILR, 第595页。

[197] 见,例如 I. Dore, *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, London, 1993, and http://www, uncitral. org/en-index. htm。

间仲裁又含有国家与个人间仲裁的混合形式的机制。[198] 设立仲裁庭这样一个国际仲裁机构旨在审理美国国民针对伊朗以及伊朗国民针对美国提出的求偿，这些求偿必须是与人质危机有关的情况造成的据称对财产权利的侵犯。仲裁庭对某些美伊之间因商品和服务买卖合同安排引起的官方求偿以及涉及解释和执行《求偿解决协议》本身的争端，也有管辖权。另一个表明其混合性质的因素是，《解决求偿宣言》第5条规定，仲裁庭应当适用"如此选择的、仲裁庭决定采用的商法和国际法的规则和原则，并借鉴贸易、合同 1044
规则中的相关惯例和情况的改变"。

为确保向美国国民支付裁决金额，从因人质危机而被冻结的伊朗在美国的资产中拿出10亿美元建立了一个担保账户。任何时候一旦金额低于5亿美元，伊朗就有义务向该账户补充资金。[199] 根据协议的规定，所有求偿必须在1982年1月19日前提出。[200] 仲裁庭有9名仲裁员，伊朗和美国各出3名，另外3名由已选出的6人提名选出。仲裁庭设有3个分庭，每个分庭3名仲裁员，遇重要案件则全体仲裁员一起出席。仲裁庭的运作依据联合国贸易法委员会规则进行，当事双方或仲裁庭可以对其进行修改。[201] 仲裁裁决是最终的和有约束力的，任何外国法院都应当根据本国法律予以执行。[202]

仲裁庭已经就大量重要问题进行了阐述，包括在求偿中如何处理双重国籍问题[203]，

---

[198] 见 1 Iran-US CTR，第3—56页；20 ILM，1981，第223页及以下。另见 *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*（ed. G. H. Aldrich），Oxford，1996；Stewart and Sherman，"Development at the Iran-United States Claims Tribunal：1981—1983"，24 Va. JIL，1983，第1页；D. Lloyd Jones，"The Iran-United States Claims Tribunal：Private Rights and State Responsibility"，24 Va. JIL，1984，第259页；*The Iran-US Claims Tribunal 1981—83*（ed. R. Lillich），Charlottesville，1984；*The Iran-United States Claims Tribunal：Its Contribution to the Law of State Responsibility*（eds. R. Lillich and D. B. Magraw）New York，1998；S. J. Toope，*Mixed International Arbitration*，Cambridge 1990，chapter 91 D. D. Caron，"The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution"，84 AJIL，1990，第104页；A. Avanessian，*Iran United States Claims Tribunal in Action*，The Hague，1993；R. Khan，*The Iran-United States Claims Tribunal*，1990；W. Mapp，*The Iran-United States Claims Tribunal：The First Ten Years 1981—1991*，Manchester，1993 and *the Iran-United States Claims Tribunal Reports*，1981 to date. 另见 http://www，iusct. org/index-english. html。

[199] 到1989年初，这种情况发生过26次：见83 AJIL，1989，第915页。

[200] 大约有1000项求偿额在250000美元以上的求偿，以及2800项求偿额为250000美元以下的求偿如期提出，这些求偿不适用于两国间就解释"阿尔及尔宣言"产生的争端。到2008年3月底，已作出了600项裁决，83项临时和诉讼间裁决，还有133项决定：见2008年4月25日 Communiqué。

[201] Article III of the Claims Settlement Declaration.

[202] Article IV of the Claims Settlement Declaration.

[203] 见上文，第14章，第815页。

并在个别案件中涉及了征收。[204] 低于25万美元的求偿需要由政府代表相关国民提出，而超过此限的求偿则由求偿者本人直接提出，两国官方代表到场旁听。[205] 但是，仲裁庭在多种场合不止一次地强调，求偿仍然是个人的而不是国家的，正如在传统的国家责任的通常情况下一样。[206]

该模式是否可以推广适用于其他类似情况是有疑问的，尤其是战后的趋势已经倾向于通过总付协定来解决此类争端。[207] 但仲裁庭在解决大量求偿以及阐释国际法上的重大问题方面的一般价值是不容忽视的。

1045 联合国赔偿委员会的建立是令人感兴趣的和重大的发展。[208] 它是根据安理会第692(1991)号决议建立的，用来处理涉及下列事项的赔偿请求，“因伊拉克非法入侵和占领而对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害(包括环境的损害和自然资源的损耗)和伤害”。[209] 它是安理会的附属机构，由理事会(任何时候都由安理会的15个成员组成)、秘书处和任命的委员负责审查和解决求偿。[210] 第705(1991)号决议规定，安理会根据宪章第七章采取行动，决定伊拉克应当作出的赔偿不能超过其石油和石油产品年出口收入的30%。[211] 第706(1991)号决议规定，安理会授权各国从伊拉克进口适量的石油和石油产品，以便伊拉克能够支付至关重要的食品和人道主义采购所需款项，并
1046 通过赔偿基金向联合国赔偿委员会进行支付。[212] 伊拉克最初拒绝合作[213]，但根据第

---

[204] 见上文，第14章，第827页。

[205] 见 H. Fox, “States and the Undertaking to Arbitrate”, 37 ICLQ, 1988, 第1、21页。

[206] 见 State Party Responsibility for Awards Rendered Against Its Nationals, Case A/21, 14 Iran-US CTR, 第324、330页。

[207] 见上文，第14章，第840页。

[208] 见，例如 Collier and Lowe, *Settlement*, 第41页; *The United Nations Compensation Commission: A Handbook* (eds. M. Frigessi di Ratalma and T Treves), The Hague, 1999; A. Kolliopoulos, *La Commission d'Indemnisation des Nations Unies et le Droit de la Responsabilité Internationale*, Paris, 2001, A. Grattlnl, “The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations”, 13 EJIL, 2002, 第161页; D. Caron and B.. Morris, “The United Nations Compensation Commission: Practical Justice, Not Retribution”, 13 EJIL, 2002, 第183页, M. B. Fox, “Imposing Liability for Losses from Aggressive War: An Economic Analysis of the UN Compensation Commission”, 13 EJIL, 2002, 第201页。

[209] 第687(1991)号决议第16段确立，“伊拉克，按照国际法，应负责赔偿因其非法入侵和占领科威特而对外国政府、国民和公司造成任何直接损失、损害(包括环境的损害和自然资源的损耗)和伤害”该决议第18段决定设立一个基金以支付所要求的赔偿，并成立一个委员会负责管理该基金。

[210] 见 Report of the Secretary-General of 2 May 1991, S/22559.

[211] 另见 Report of the Secretary-General, S/22661, May 1991.

[212] 见 the Report of the Secretary-General, S/23006, 1991 and Security Council resolution 712 (1991).

[213] 在第778(1992)号决议中，安理会呼吁持有因出售伊拉克石油产品而获得但被冻结款项的各国，将该款项转入特别的代管账户，其中的30%将被转入赔偿基金。

986(1995)号决议的规定,"石油换食品计划"于1996年开始实施。该决议还规定这类石油销售收入的30%应拨给赔偿基金。后来的第1330(2000)号决议把该比例降为25%。赔偿委员会收到了大量的赔偿请求,包括来自约100个国家的260万项。[214] 求偿分为6类。[215] 1995年1月1日是提交A类至D类求偿的限期,1996年1月1日是提交E类和F类求偿的限期,1997年2月1日是提交F类环境求偿的限期。1992年委员会通过了临时规则。[216] 首先由秘书处对求偿进行初步评估,然后移交给委员以私人身份组成的专家小组,小组作出的建议提交理事会作出决定,对该决定不得上诉。1995年春季,委员会作出了第一项裁决。[217] 截至2003年3月,共解决了2597527项求偿,支付了1678302236美元的赔偿款。[218] 委员会就冲突期间因伊拉克向沙特阿拉伯、以色列、约旦和海湾国家发射飞毛腿导弹造成的损失裁决作出赔偿。[219] 1047

委员会是政治性的实况调查机构与准司法机构的有趣结合。[220] 值得注意的是,当没有安理会或赔偿委员会的理事会特别指导时,专家小组就应当适用国际法。[221] 赔偿

---

[214] 见35 ILM, 1996, 第942页, Collier and Lowe, Settlement, 第43页(包括约100万埃及工人的求偿). 另见 http://www, unog.ch/uncc/theclaims.htm. 求偿额超过3亿美元。

[215] A类索赔指:1990年8月2日伊拉克入侵科威特至1991年3月2日停火期间,离开伊拉克或科威特的个人的索赔要求,对索赔要求成立的个人,赔委会理事会确定的赔偿限额为2500美元;对家庭,限额为5000美元。B类索赔指:个人因本人受到严重伤害或因配偶、子女或父母遭受死亡而提出的索赔要求,对个人的赔偿限额为2500美元,对家庭的限制可达到10000美元。C类索赔指个人提出的达到10万美元的损害赔偿要求。D类索赔指个人提出的10万美元以上的损害赔偿要求。E类索赔指:公司或其他私有性质的法律实体以及公共部门企业提出的要求。F类索赔指:政府或国际组织因遭受的各种损失提出的要求。见,例如 Decision 1, S/22885, annex II, 第14—16段以及S/23765, annex. 第11项决定规定,盟国联合部队中的人员无资格获得赔偿,除非根据已通过的标准,索赔者是战俘并且损失或损害是因受到违反国际人道法的虐待造成的。S/24363, annex II, *ibid.* 另见 A/AC.26/1994/2, reproduced in 34 ILM, 1995, 第307页。

[216] 见 S/AC.26/1992/10 and 31 ILM, 1992, 第1053页。

[217] S/AC.26/1995/2-5. See also 35 ILM, 1996, 第956页。关于索赔的例子,见,例如109 ILR, 第1页, the *Egyptian Workers' Claims* 117 ILR, 第195页。

[218] 见 http://www, unog.ch/uncc/status.htm.

[219] 见 the Report and Recommendations Concerning the Third Instalment of "E2" Claims, S/AC.26/1999/R.40, 第77段。

[220] 见 the Report of the UN Secretary-General of 2 May 1991, S/22559. 该报告特别强调,赔偿委员会不是一个法庭,也不是各方对簿的仲裁庭,它是"一个政治机构,主要负责核实赔偿要求、核实其确实性、评估所受损失、估计偿付数额和解决争议的赔偿要求等调查职务"。但也承认,"在程序中列入一些正当手续就更为重要", *ibid.*, 第20段。另见1991年8月2日赔委会理事会通过的指导原则:S/22885. Both documents are reproduced in 30 ILM, 1991, 第1703页及以下。注意 Collier and Lowe 称联合国赔偿委员会是"近年来最显著发明"中的一项突出成就:Settlement, 第41页。

[221] 见 article 31 of the Rules and the *Egyptian Workers' Claims* 117 ILR, 第195, 247页。

委员会已经相当成功地处理了大量求偿,并通过利用计算机处理小额求偿而不进行司法听证阶段的方式做到了对求偿的加快处理。[222]

争端解决获得约束力的方法

正如已经看到的,在国际法领域建立了大量各种各样的手段、机制来解决争端。但是,一个特别的地方被用来创造司法机构。这类法院和法庭可以仅仅是政府间或允许个人作为原告或被告出庭。[223] 它们可能是常设的或是临时性的,被设立用来解决一类特殊的争端。为了解决争端,而且看来采用了大量技术并参考了司法机构的做法,可以被视为更广泛的和平解决争端的进程的组成部分。正如詹宁斯所写道的,"裁决进程不仅能够解决传统法律争端,而且成为更加复杂形势下预防性外交的一个重要工具。[224] 下一节将探讨仲裁,下一章将探讨国际法院。

1048

仲裁[225]

为判断国家设立的解决争端机构是司法、行政还是政治性质,仲裁庭在"拉古纳·德尔·德西尔托"案(*Laguna del Desierto* Case)中强调,"国际法实践是看那些就有关问题出庭的国家所遵循的程序的性质"。[226] 仲裁程序的发展有点超出了外交解决的过程,代表了朝向成熟的国际司法体系发展的趋势。仲裁的现代形式是从1794年英国和美国之

---

[222] 见 Collier and Lowe, *Settlement*, 第43页。

[223] 见上,注2。

[224] R. Y. Jennings, "Presentation" in Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice (eds. C. Peck and R. S. Lee), The Hague, 1997, 第79页。

[225] 见例如 Merrills, International Dispute Settlement, 第5章; Wetter, Arbitral Process; L. Simpson and H. Fox, International Arbitration, London, 1959; L. Malintoppi, "Methods of Dispute Resolution in Inter-State Litigation: When States Go To Arbitration Rather Than Adjudication", 5 The Lawand Practice of International-Courts and Tribunals, 2006, 第133页; L. Caflisch, "L'Avenir de l'Arbitrage Interétatique", AFDI, 1979, 第9页; B. S. Murty, "Settlement". 另见 Nguyen Quoc Dinh et al., Droit International Public, 第866页; Oellers-Frahm and Zimmermann, Dispute Settlement; Economides, "L'Obligation de Règlement Pacifique"; S. Schwebel, InternationalArbitration: Three Salient Problems, Cambridge, 1987; A. M. Stuyt, Survey of International Arbitrations (1794—1984), Dordrecht, 1990; V. Coussirat-Coustere and P. M. Eisemann, Repertory of International Arbitral Jurisprudence, Dordrecht, 4 vols., 1989—91; C. Gray and B. Kingsbury, "Developments in Dispute Settlement: International Arbitration since 1945", 63 BYIL, 1992, 第97页; L. Sohn, "International Arbitration Today", 108 HR, 1976, 第1页; International Arbitration (ed. F. Soons), Dordrecht, 1990, 以及 H. Fox, "States and the Undertaking to Arbitrate", 37 ICLQ, 1988, 第1页。

[226] 113 ILR, 第1、42页。

间的"杰伊条约"发展而来,根据该条约规定建立了混合委员会来解决双方间的法律争端。[227] 美英两国在1872年"亚拉巴马号仲裁案"中成功运用了上述程序[228],仲裁结果是英国就其建造的南部联盟的军舰造成的损害作出赔偿。该案的成功激发了更多的仲裁,例如19世界末[229]的"白令海"仲裁案(the *Behring Sea*)[230]和"英属圭亚那和委内瑞拉边界"仲裁案(*British Guiana and Venezuela Boundary*)[231]。

1899年海牙《和平解决争端公约》含有不少关于国际仲裁的条款,根据第15条这样 1049
规定的目的是"通过国家自己选择的法官并在尊重法律的基础上来解决国家间的分歧"这成为国际法上已被接受的仲裁的定义,在1907年海牙各公约中得到重申,并由常设国际法院在"洛桑条约第3条第2款的解释"案(*Interpretation of Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*)[232]中以及由国际法院[233]在审案中加以运用。

国际仲裁被认为是外交手段失败后最有效和公平的争端解决方式。根据第18条缔结的仲裁协定暗含着接受裁决的法律义务。此外,还设立了常设仲裁法院。[234] 它实际上不是法院因为它并不是由固定的一群法官组成的。它由缔约国提名的人员组成[235],(每一国可以最多提名四人),这些人员应具备"国际法之法学家、品格高尚且愿意接受仲裁员义务"的条件。[236] 当缔约国打算进行仲裁时,它们有权从仲裁员名单中选择人员

---

[227] 见 Simpson and Fox, International Arbitration, 第1—4页,R. C. Morris, International Arbitration and Procedure, New Haven, 1911. 也请注意1814年的Treaty of Ghent, 把中立概念的因素纳入到了委员会中。同上,另见 G. Schwarzenberger, "Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations", 53 Notre Dame Lawyer, 1978, 第715页。

[228] J. B. Moore, *International Arbitrations*, Washington, DC, 1898, vol. I, 第495页。

[229] 见"Projet de Règlement pour la Procédure Arbitrale Internationale", Annuaire de l'Institut de Droit International, 1877, 第126页。

[230] 同上,第755页。

[231] 92 BFSP, 第970页。

[232] PCIJ, Series B, No. 12, 第26页。

[233] 见 Qatar v. Bahrain, ICJ Reports, 2001, 第113段。另见 the Dubai/Sharjah Border Arbitration 91 ILR, 第543、574和575页。

[234] 见 Murty, "Settlement", 第685页;M. Hudson, The Permanent Court of International Justice 1920—1942, New York, 1943, 第11页; The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Settlement (eds. P. Hamilton, H. C. Requena, L. van Scheltinga and B. Shifman), The Hague, 1999; J. Allain, A Century of International Adjudication: The Rule of Law and its Limits, The Hague, 2000, chapter 1, 以及 J. Jonkman, "The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution", 279 HR, 1999, 第9页。另见 www.pca-cpa.org/.

[235] 目前有107人。

[236] Article 44 of the Convention as revised in 1907.

组成仲裁庭，因此，名单是便利于建立仲裁庭的核心环节。常设仲裁法院还设有一个国际局作为仲裁院的书记官处并保管它的记录；还设有一个常设行政委员会，负责对国际局进行行政管理。在此意义上，在“希思罗机场使用费”（*Heathrow Airport User Charges*）仲裁案就得到了有关行政方面的协助。[237] 常设仲裁法院很早就被用来解决多种案件。[238]

在1900至1932年间，有约20项争端采用了常设仲裁法院的程序，但其后数量大跌。但是，近来常设仲裁法院开始恢复发挥重要作用，以至于有些作者认为已出现仲裁的“机制化”因素。[239] 例如在“厄里特里亚—也门”（*Eritrea-Yemen*）仲裁案[240]的两个阶段、“厄里特里亚—埃塞俄比亚边界委员会”（*Eritrea-Ethiopia* Boundary Commission）[241]、求偿委员会[242]和“拉森诉夏威夷王国”（*Larsen* v. *Hawaiian Kingdom*）仲裁案[243]中，常设仲裁法院发挥了书记官处的职能。在英国和爱尔兰“莫克斯”（*Mox*）仲裁案[244]、“萨卢卡投资诉捷克共和国”（*Saluka Investments* v. *Czech Republic*）仲裁案[245]中，它也提供了帮助。常设仲裁法院还通过了，例如，《国家间仲裁解决争端任择规则》[246]，《只有一方是国家的仲裁解决争端任择规则》[247]，《涉及国际组织和国家的仲裁任择规则》[248]，以及2001年《涉及自然资源和/或环境的仲裁解决争端任择规则》。[249] 国际法委员会自身制定了一套仲裁示范程序，联大于1958年予以通过。[250]

---

[237] 见88 AJIL, 1994, 第739页，注4。

[238] 见例如1903年UK-France Agreement，规定把法律性质的分歧提交给常设仲裁法院，只要不涉及双方的“核心利益”，Cd 1837。

[239] 见Malintoppi, “Methods of Dispute Resolution”, 第135页。一般地见H. VonMangoldt, “Arbitration and Conciliation” in Wetter, Arbitral Process, vol. V, 第243页及以下；D. Johnson, “International Arbitration Back in Favour?”, 34 YBWA, 1980, 第305页。

[240] 见114 ILR, 第1页（第一阶段：领土主权）以及119 ILR, 第417页（第二阶段：海上划界）。

[241] Decision of 13 April 2002：见129 ILR, 第1页。

[242] 见S/2001/608. 至于一些Eritrea-Ethiopia Claims Commission的决定，见上文第13章，第756页，注319。

[243] 见119 ILR, 第566页。

[244] 见126 ILR, 第310页。

[245] Partial Award of 17March 2006.

[246] 1992年：见32 ILM, 1993, 第572页。这些规则以联合国贸易法委员会仲裁规则为基础，联合国大会于1976年第31/98号决议通过。

[247] 1993年生效：见http://pca-cpa.org/ENGLISH/BD/1stateeng.htm。

[248] 1996年生效：见http://pca-cpa.org/ENGLISH/BD/2igoenglish.htm。

[249] 见www.pca-cpa.org/ENGLISH/EDR/ENRrules.htm。

[250] Resolution 1262 (XI). 但这仅仅是任择性的。另见《国际法委员会报告》，1958, A/3859。另请注意1928年“总议定书”，1929年《美洲国家间仲裁总条约》和1949年修订的“总议定书”。见《国际法委员会年鉴》，1953, vol. II, 第208页。

仲裁庭的组成可有多种方式。[251] 可以仅有一名仲裁员或者一个学术团体。在后一情况下，每一方应任命相同数目的仲裁员，主席可由双方或已提名的仲裁员来任命。在 1051
许多案件中，国家元首会被推举为独任仲裁员，他会找一些国际法或其他相关领域专家为他服务。[252] 在常设仲裁法院体系中，如果没有相反的约定，每方将从仲裁员名单中选择两名仲裁员，只有其中一人可以是该方国民。仲裁员随后再推举一名仲裁员，如果他们推举不出来，这项任务就将通过协议由第三方来选定。如果这也不能产生结果，就将采取一项复杂的程序直到通过抽签推出该人。

在没有同意的情况下，国家不负有义务把争端提交仲裁。[253] 该项同意可以通过仲裁条约体现出来，在条约中缔约国同意把它们之间可能产生的某类争端提交仲裁，也可在一般性条约中以特定条款作出规定，表明就该条约本身的争端提交仲裁[254]，尽管 1945 年以来关于和平解决争端的条约数量有所下降。[255] 当问题已经出现后，一般通过缔结一项特别协议同意把争端提交仲裁。协议中规定的条件是极为重要的，这是因为仲裁庭的管辖权在条约或特别协议中作出了规定，是条约还是特别协议要视特定案件的具体情况而定。但一般来说，仲裁庭在案件处理中，有权通过解释特别协议或其他相关文件来断定其权限。[256]

适用于仲裁程序的法律是国际法[257]，但双方可在特别协议中约定仲裁庭应考虑某 1052
些原则。在这种情况下，仲裁庭就必须适用这些具体提及的规则。例如，在“英属圭亚那和委内瑞拉边界”（the *British Guiana and Venezuela Boundary*）争端中[258]，仲裁庭称占领

---

[251] 见例如 Merrills, International Dispute Settlement, 第 95 页及以下。这当然是应由争端双方决定的事情。

[252] 例如 the Argentina-Chile case, 38 ILR, 第 10 页；the Beagle Channel case, HMSO, 1977; 52 ILR, 第 93 页；还可注意 the Interpretation of Peace Treaties case, ICJ Reports, 1950, 第 221 页; 17 ILR, 第 318 页。

[253] 见 the Eastern Carelia case, PCIJ, Series B, No. 5, 1923, 第 27 页；2 AD，第 394 页以及 the Ambatielos case, ICJ Reports, 1953, 第 19 页；20 ILR, 第 547 页。

[254] 见 Arbitration and Security: The Systematic Survey of the Arbitration Conventions and Treaties of Mutual Security Deposited with the League of Nations, Geneva, 1927, and Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes 1928—1948, New York, 1949。

[255] 见 L. Sohn, “Report onthe Changing Role of Arbitration in the Settlement of International Disputes”, International Law Association, 1966, 第 325、334 页。

[256] 在没有相反约定的情况下。见例如 the Nottebohm case, ICJ Reports, 1953, 第 111、119 页；20 ILR, 第 567、572 页。另见 article 48 of the Hague Convention, 1899, and article 73 of the Hague Convention, 1907。

[257] 见例如 the Norwegian Shipowners' Claims case, 1 RIAA, 1921, 第 309 页，以及 the Dubai/Sharjah case, 91 ILR, 第 543、585—8 页。注意 1949 年修订的《和平解决国际争端总议定书》第 28 条规定，当仲裁仲议中未规定适用解决案件实质问题的法律时，仲裁庭应当适用《国际法院规约》第 38 条规定的具体规则（例如国际条约，习惯和一般法律原则）。进一步见上文，第 3 章，第 70 页。

[258] 92 BFSP, 第 970 页。

50年应该被视为构成对一项领土拥有约定俗成的权利。此外,在"特雷尔冶炼厂"案(the *Trail Smelter* case)[259],所宣布的适用法律是美国涉及该问题的法律和实践以及国际法。[260]

协议有时规定,应根据"法律和公平"作出裁决,这意味着各法律体系中共有的一般法律原则应当像国际法规则一样被参考。当没有特别规则适用于有关问题的时候,也可考虑参考这类一般原则。[261] 仲裁庭的程序规则通常在特别协议中规定,并由双方在程序开始时作出约定。1907年修订的1899年海牙第一公约包含有共同同意的程序原则,在没有明确规定时予以采用。仲裁的特点是仲裁庭有权决定其管辖权并为此解释决定
1053 其管辖权的有关文书。[262] 当一项裁决作出后,它对当事方而言就是最终的和有约束力的。[263] 但在某些情况下,裁决本身可能被视为无效。[264] 律师们对作出这样决定的基础是什么存在分歧。然而,被广泛接受的是,当仲裁庭超越特别协议规定的权限时,其裁决就可被视为无效,尽管这不是经常发生的。这类越权可能包括仲裁庭就未提交给它的事项作出裁决,或适用了未授权其适用的规则。前者的一个重要例子是加拿大和美国之间的"东北边界"案(*North-Eastern Boundary*)[265],仲裁员在本案中,在被要求就两条边界线中哪条可作为边界时,事实上选择了第三条边界线。

---

[259] 3 RIAA, 1938, 第1908页;9 AD, 第315页。

[260] 注意在国际商务仲裁中,适用的法律经常会包括国内法:见例如 the BP case, 53 ILR, 第297页, 本案中基本的参考是"与国际法原则共同的利比亚法律原则"。还见 Iran-United States Claims Tribunal 在审理案件中大量"在对法律的尊重基础上,仲裁庭决定适用法律选择规则和商务原则以及国际法原则,同时考虑到贸易、合同条款的有关惯例以及情况的变化",见上第1043页。通过比较,基于《保护东北大西洋海洋环境公约》第32条运作的仲裁庭在OSPAR (*Ireland v. UK*)案中,认为唯一适用的法律就是该公约本身。126 ILR, 第334页。

[261] 见例如 *Re Competence of the Conciliation Commission* 22 ILR, 第867页及上文,第3章,第98页。另见1949年修订的1928年"总议定书"第28条,国际法委员会示范条款第10条,以及《和平解决争端欧洲公约》第26条、28条。此外可见 *Rann of Kutch* case, 50 ILR, 第520页。

[262] 见 Nottebohm (Preliminary Objections) case, ICJ Reports, 1953, 第111、119页;20 ILR, 第567、571—3页。另见 Arbitration Commission on Yugoslavia, Interlocutory Decision of 4 July 1992, 92 ILR, 第194、197页。

[263] 1907年《海牙第一公约》第81、84条。既判力原则也适用于仲裁:见例如 Trail Smelter case, 3 RIAA, 1938, 第1905页;9 AD, 第324页,以及 Orinoco Steamship Co. case, 11 RIAA, 1910, 第227页。

[264] 见例如 W. M. Reisman, Nullity and Revision, New Haven, 1971; E. K. Nantwi, The Enforcement of International Judicial Decisions and Arbitral Awards in Public International Law, Leiden, 1967, 以及 O. Schachter, "The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions", 54 AJIL, 1960, 第1页。

[265] 见 C. C. Hyde, *International Law*, 2nd edn, Boston, 1945, vol. III, 第1636页。另见 *Pelletier* case, *ibid.*, 第1640页;the *Panama-Costa Rica Boundary* case, 11 RIAA, 1900, 第519页以及 *US Foreign Relations*, 1914, 第994页;the *Chamizal* case, 11 RIAA, 第309页,the *Cerruti* arbitrations, 6 AJIL, 1912, 第965页。

有时,人们认为特别协议的无效也是仲裁无效的一个原因。[266] 而对仲裁员的腐败或严重偏离程序的基础规则是裁决无效的进一步原因。[267] 例如,国际法委员会拟订的《仲裁程序示范规则》第35条规定了三种主张无效的情况:超越权限,仲裁员腐败或严重偏离程序基本原则,包括未能对裁决说明理由。[268] "实质性错误"也被认为是主张裁 1054
决无效的理由,但其含义却十分含糊不清。[269] 可能不包括对文件和证据的评判[270],而包括明显的错误[271],比如未考虑到一项相关条约或一个相关国内法的明显错误。[272] 当然,一旦一方承认了裁决的有效性及其约束力,它就不能在此后挑战裁决的有效性。[273] 有些情况下,一方可能有权要求对裁决进行复审或重新裁判以提供改正错误或考虑在审理过程中仲裁庭和提出要求的当事方未发现的事实,该事实对裁决具有决定性的影响。[274]

作为一种争端解决手段,仲裁结合了外交和司法程序。在某种程度上,其成功取决于双方达成特别协议时的善意,仲裁庭的组成,以及其后裁决的被遵守。很大程度上取决于谈判的过程。另一方面,仲裁是一项裁决性的技术,因为裁决是最终的和有约束力的,并且仲裁员应根据法律作出裁决。[275] 从下节可看出,仲裁与国际法院对争端的司法解决有多么的相近,而且,通过常设仲裁法院进行仲裁的程序随着常设国际法院于20世纪20年代的建立和巩固逐渐衰落下去,并非巧合。

近年来,国家间仲裁数量有所增加。"卡奇沼泽地"案(*Rann of Kutch*)[276],"盎格鲁

---

[266] 见例如,Murty, "Settlement", 第693—4页,A. D. McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, 第66—77页。

[267] 见 Schachter, "Enforcement", 第3页。关于腐败另见,Moore, International Arbitrations, vol. II, 第1660—4页,以及 the Buraimi arbitration,Wetter, Arbitral Process, vol. III, 第357页以及545 HC Deb., col. 199, 1955。

[268] 见 the British Guiana and Venezuela Boundary case, 92 BFSP, 第160页, Wetter, Arbitral Process, vol. III, 第81页及以下。另见 the Arbitral Award by the King of Spain case, ICJ Reports, 1960, 第188、216页;30 ILR, 第457、476页。

[269] 见例如 Murty, "Settlement", 第696页,Merrills, International Dispute Settlement, 第113页及以下。

[270] Arbitral Award by the King of Spain, ICJ Reports, 1960, 第188, 215—16页;30 ILR, 第457,475页。关于阿根廷主张 Beagle Channe 裁决无效,另见 17 ILM, 1978, 第738页;52 ILR, 第267—85页。

[271] 见 the *Trail Smelter* case, 3 RIAA, 1938, 第1905,1957页;9 AD, 第331页。

[272] 见例如 the *Schreck* case, Moore, *International Arbitrations*, vol. II, 第1357页。

[273] *Arbitral Award by the King of Spain*, ICJ Reports, 1960, 第188,213页;30 ILR, 第473页。

[274] 见例如 Wetter, *Arbitral Process*, vol. II, 第539页及以下。另见国际法委员会示范规则第29条。

[275] 见 the definition of arbitration in *Yearbook of the ILC*, 1953, vol. II, 第202页。

[276] 50 ILR, 第2页。另见 J. G. Wetter, "The Rann of Kutch Arbitration", 65 AJIL, 1971, 第346页。

—法国大陆架”案(*Anglo-French Continental Shelf*[277]，“比格尔海峡”案(*Beagle Chan-*
1055 *nel*)[278]，“塔巴”案(*Taba*)[279]，都是成功通过仲裁裁决的。[280] 更近的例子有“厄里特里亚—也门”(*Eritrea-Yemen*)仲裁案[281]，“厄里特里亚—埃塞俄比亚”划界案(*Eritrea-Ethiopia*)[282]和“巴巴多斯诉特立尼达和多巴哥”海洋划界案(*Barbados* v. *Trinidad and Tobago*)。[283] 这类问题可以继续通过仲裁来解决，尽管这还要更多取决于当事方对哪种争端解决手段是最有利于其利益和需要的判断。

在某些需要专业技术的场合，以及在比国际法院审理需要更多灵活性和效率的场合，仲裁就尤其是一种特别有用的程序。[284] 由国家自己选定仲裁员，所适用的法律和程序规则，以及确定时间表。此外，所涉国家还可能希望对仲裁过程予以保密，这是在国际法院难以做到的，因为其口述程序是公开的，书面程序予以公布。然而，当事方要支付仲裁的所有费用，包括应付给书记员和仲裁员的费用，而在国际法院，法官和书记官的费用是由联合国支付的。[285]

仲裁也是适用于国家与国际组织间的不错的程序，因为在诉讼程序中，只有国家才

---

[277] Cmnd 7438, 1978; 54 ILR, 第 6 页。进一步见上文第 11 章，第 593 页。

[278] HMSO, 1977; 52 ILR, 第 93 页。见 M. N. Shaw, “The Beagle Channel Arbitration Award”, 6 International Relations, 1978, 第 415 页。

[279] 80 ILR, 第 244 页。另见 D. W. Bowett, “The Taba Award of 29 September 1988”, 23 Israel Law Review, 1989, 第 429 页；G. Lagergren, “The Taba Tribunal 1986—89”, 1 African Journal of International and Comparative Law, 1989, 第 525 页，以及 P. Weil, “Some Observations on the Arbitral Award in the Taba Case”, 23 Israel Law Review, 1989, 第 1 页。

[280] 在 Beagle Channel 案中，阿根廷起初拒绝接受裁决，但有关问题后来通过调解和谈判获得解决。见 17 ILM, 1978, 第 738 页以及 24 ILM, 1985, 第 1 页。

[281] 114 ILR, 第 1 页，以及 119 ILR, 第 417 页。

[282] 见 129 ILR, 第 1 页。另见 M. N. Shaw, “Title, Control and Closure? The Experience of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission”, 56 ICLQ, 2007, 第 755 页。

[283] 2006 年 4 月 11 日裁决。另见 the *Guyana* v. *Suriname* maritime delimitation case, award of 17 September 2007, see further on maritime delimitations, above, chapter 11, 第 590 页。

[284] 例如在 1966 年 Argentina-Chile 案中，仲裁庭由一名律师和两名地理专家组成，38 ILR, 第 10 页。见 Malintoppi, “Methods of Dispute Resolution”, 和 R. Y. Jennings, “The Differences Between Conducting a Case in the ICJ and in an Ad Hoc Tribunal—An Insider's View”, Liber Amicorum Judge Shigeru Oda (eds. N. Ando, E. McWhinney and R. Wolfrum), The Hague, 2002, 第 893 页。

[285] 注意 1982 年《海洋法公约》第 287 条规定，如果一国没有通过书面声明选择所规定的争端解决方法，应被视为接受了公约附件七所规定的仲裁。在这种仲裁情况下，当事方双方每方提名 5 人仲裁庭的 1 人，其余仲裁员通过协议选定。如果没有协议，将由海洋法法庭庭长作出必要的任命。见例如 the *Barbados* v. *Trinidad and Tobago* arbitration of 11 April 2006, the *Guyana* v. *Suriname* arbitration of 17 September 2007。

能出庭。通常设立仲裁庭可以相对平静和便宜地解决某类问题中的一系列问题，例如一 1056
战后设立混合仲裁庭来处理领土问题，成立墨西哥求偿委员会来处理各种针对墨西哥的求偿。[286] 有人打算通过设立仲裁委员会来解决前南斯拉夫形势引起的有关问题。[287] 然而，尽管该委员会就国家资格、承认、人权和边界事物等有关问题发表了大量意见，却不能作为冲突当事方之间仲裁庭来行事。

与仲裁一样，司法解决是争端解决的有约束力的方法，不过它是通过一个常设的机构来进行。有许多国际性的和地区性的法院，根据国际法原则和规则来就国际法主体间的争端进行裁判。[288] 但是，从声望和管辖来看，最重要的还要数国际法院，这是下一章所讨论的内容。

进一步阅读推荐书目

J. Collier and V. Lowe, The Settlement of Disputes in International Law, Cambridge, 1999

J. G. Merrills, International Dispute Settlement, 4th edn, Cambridge, 2005

F. Orrego Vicuna, International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privitization, Cambridge, 2004

United Nations, Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, New York, 1992

---

[286] 见例如 A. H. Feller, *Mexican Claims Commissions 1923—1934*, New York, 1935。

[287] 根据欧共体 1991 年 8 月 27 日宣言：见 Bull. EC, 7/8 (1991)。一般地见 M. Craven, "The EC Arbitration Commission on Yugoslavia", 66 BYIL, 1995, 第 333 页。

[288] 同上，注 2。

19

国际法院[1]

为国际社会建立一个世界法院的想法产生于1897年和1907年海牙和会营造出来

[1] 例如参见：S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920—2005, 4th edn, Leiden, 4 vols., 2006, 以及 Rosenne, *The World Court*, 6th edn, Dordrecht, 2005; *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (eds. A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm), Oxford, 2006; M. S. M. Amr, *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations*, The Hague, 2003; G. Guillaume, *La Cour Internationale de Justice à l'Aube du XXIe Siècle: Le Regard d'un Juge*, Paris, 2003; *Fifty Years of the International Court of Justice* (eds. A. V. Lowe and M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996; G. G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 2 vols., 1986; H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice (1960—1989)", 发表在《英国国际法年刊》第60卷(1989年)至第70卷(2003年)的系列文章，以及：Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960—1989, Supplement 2005: Parts One and Two", 76 BYIL, 2005, p. 1, 以及 Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960—1989, Supplement 2006: Part Three", 77 BYIL, 2006, p. 1; R. Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", 89 AJIL, 1995, p. 493, 以及 Jennings, "The Role of the International Court of Justice", 68 BYIL, 1997, p. 1; G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la CIJ*, Paris, 1983; E. McWhinney, *The World Court and the Contemporary Law-Making Process*, Alphen aan den Rijn, 1979; T. O. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, Alphen aan den Rijn, 1983; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 4th edn, 2005, chapters 6 and 7; *The Future of the International Court of Justice* (ed. L. Gross), Dobbs Ferry, 2 vols., 1976; *The International Court of Justice at a Crossroads* (ed. L. Damrosch), Dobbs Ferry, 1987; E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, 1991; T. M. Franck, "Fairness in the International Legal and Institutional System", 240 HR, 1993 III, pp. 13, 302; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, chapter 11; *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice* (eds. C. Peck and R. S. Lee), The Hague, 1997; *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years* (eds. A. S. Muller, D. Raič and J. M. Thuránszky), The Hague, 1997; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 889; B. S. Murty, "Settlement of Disputes" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, p. 673; K. H. Kaikobad, *The International Court of Justice and Judicial Review*, The Hague, 2000, 以及 E. McWhinney, *Judicial Settlement of International Disputes*, Alphen aan den Rijn, 1991.

的气氛。尽管常设仲裁法院并不是常设的，而且实际上也不是一个法院，但其建立却是 1058
国际法律制度得以巩固的一个重要进步。[2] 但是，直到第一次世界大战结束之前，并没有不断采取具体步骤。《国际联盟盟约》建议为世界建立一个法院，并于1920年得以实现，建立了常设国际法院。该法院促进了国际仲裁制度的发展。和仲裁一样，建立常设国际法院的目的也是为了向国际社会提供一套合理的综合体系。人们试图通过简便易行的方法在法律和组织框架内解决争端，预防暴力的发生。[3]

第二次世界大战之后，国际法院取代了常设国际法院。根据《宪章》第92条的规定，国际法院是联合国的"主要司法机关"。它基本上是常设国际法院的延续，具有实际上相同的规约、管辖权以及受案范围。常设国际法院作出的判决与国际法院的判决之间并没有加以区别。[4]

法院的组成[5]

国际法院由15位法官组成：

> 法官应不论国籍，就品格高尚并在各本国具有最高司法职位之任命资格或公认为国际法之法学家中选举之。[6]

任命法官的程序很有意思，因为在努力排除法官的国籍国对其影响的过程中既有法律因素，也有政治因素。20世纪20年代的"鲁特—菲利莫尔计划"（Root-Phillimore plan）所确立的制度基本上得到了遵循。在常设国际法院的实际建立过程中，该项计划扮演了非常重要的角色。它成功地减少了对组建提议中的法院产生的许多疑虑。[7] 1059

法院法官应由大会及安全理事会（分别投票）从常设仲裁法院各国家团体的有资格者名单中选举产生，或者联合国会员国在常设仲裁法院并无代表的情形下则由这些会员

---

〔2〕 参见：上文，第18章，第1049页。

〔3〕 关于对它的工作的评价，例如可以参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. I, pp. 16 ff.

〔4〕 例如参见：M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, 1996, pp. 22 ff.

〔5〕 例如参见：Rosenne, *Law and Practice*, 第一卷中的第6章和第三卷中的第17章。也可以参见：H. Thirlway, "Procedural Law and the International Court of Justice" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 389.

〔6〕 《国际法院规约》第2条。

〔7〕 例如参见：Murty, "Settlement", p. 700. 也可以参见：L. Lloyd, *Peace Through Law*, London, 1997.

国特别任命的国家团体名单内选举产生。[8] 规定这个条款的目的是为了在选举法官时减少政治压力。选举时间是错开的，每三年选举一次，每次选举五位法官。通过这种方式来保持法院的连续性。

实际上，大会和安理会在选举法官时存在密切协调，其中的确受到了政治因素的干扰，特别是《规约》（即《国际法院规约》——译者注）第9条所规定的条件，即：

> 选举人不独应注意被选人必须各具必要资格，并应注意务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系。

这个过程因为附带的政治因素而受到广泛批评。但是，在这种情形下，很难找到一个完全避免政治因素的办法。[9] 法官个人的意见是非常关键的，特别是在敏感的案件中，法院在关于1966年[10]和1971年[11]的"纳米比亚"案（*Namibia* case）中所采取的立场之所以发生了转变，很大程度上是因为在参加诉讼期间法院组成发生了变化。候选人必须在大会及安全理事会选举中得到绝对多数票，[12] 并且不得有二人为同一国家的国民。[13]

1060 法官任期9年，并得连选。[14] 法官于执行法院职务时，应享受外交特权及豁免。[15] 法官除由其余法官一致认为不复适合必要条件外，不得免职。[16] 这些条件包括：法官不得行使任何政治或行政职务，或执行任何其他职业性质之任务；法官对于任何案件，不得充任代理人、律师、或辅佐人；法官曾以当事国一方的代理人、律师、或辅佐人、或以国内法院或国际法院或调查委员会委员、或以其他资格参加任何案件者，不得参与该案件的

---

〔8〕《国际法院规约》第4条和第5条。实践中，政府对国家团体的任命过程具有很大影响，参见：Merrills, *International Dispute Settlement*, pp. 147 ff.

〔9〕例如参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. I, pp. 382 ff.，以及 Rosenne, "The Composition of the Court" in Gross, *Future of the International Court of Justice*, pp. 377, 381—6. 也可以参见：G. Abi-Saab, "The International Court as a World Court" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 3.

〔10〕ICJ Reports, 1966, p. 6; 37 ILR, p. 243.

〔11〕ICJ Reports, 1971, p. 16; 49 ILR, p. 2.

〔12〕《规约》第10条。

〔13〕《规约》第3条。

〔14〕《规约》第13条。

〔15〕《规约》第19条。

〔16〕《规约》第18条。

裁决。[17] 法院应选举院长及副院长，其任期各 3 年，并得连选。[18] 法院设在海牙。[19]

由于与法院组成有关的选举程序的目的是为了建立一个由独立人员、而不是国家代表组成的司法机构，《规约》第 31 条规定，属于诉讼当事国国籍之法官，于法院受理该诉讼案件时，保有其参与之权。但是，这种规定的效力在某种程度上受到该条款另外一项规定的削弱，即：如法官中有属于一方当事国的国籍者，任何他方当事国得选派一人为法官，参与该案。[20] 这种任命专案法官的程序也许可以被指责为可能对法院作为由法律 1061
专家组成的独立机构的性质产生负面影响。[21] 需要作出这种规定的原因可能源自国际

---

[17] 《规约》第 16 条和第 17 条。注意，特别是在“纳米比亚”案中引起的问题，ICJ Reports, 1971, pp. 3, 6 and 9, 在该案中，有法官涉嫌以前曾以其他身份卷入过该争端。法院认为，没有必要对该法官免职。但是，在实践中，这种情形是经常发生变化的。例如，弗莱肖尔(Fleischhauer)法官(联合国前法律顾问)和希金斯(Higgins)法官(人权事务委员会前任委员)都觉得自己不能参与对“适用《灭种罪公约》”案的审理，参见：CR 96/5, 1996 年 4 月 29 日, p. 6. 在“建造隔离墙”案(*Construction of a Wall* case)中，就对埃拉雷比(Elaraby)法官参与审理提出了反对，因为“他近年来在现在出现的请求发表咨询意见的紧急特别会议中扮演了领导角色”，而且他还在法院选举之前在外交和政治方面卷入了中东问题。但是，法院援引“纳米尼亚”案中的意见驳回了这种反对，参见：ICJ Reports, 2004, pp. 136, 142; 129 ILR, pp. 37, 58—9，以及 the Court's Order of 30 January 2004。还可以参见：Rosenne, “Composition”, pp. 388—90，以及 *Law and Practice*, vol. I, pp. 400 ff. and vol. III, pp. 1056 ff.; P. Couvreur, “Article 17” in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 337; H. Thirlway, “The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960—1989”, 72 BYIL, 2001, p. 38, 以及 M. N. Shaw, “The International Court of Justice: A Practical Perspective”, 46 ICLQ, 1997, pp. 831, 845—6.

[18] 《国际法院规约》第 21 条。

[19] 《国际法院规约》第 22 条。注意：《规约》第 31 条第 5 款规定：如数当事国具有“同样利害关系”时，就任命专案法官而言，只应作为一当事国对待。参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, p. 1093, and *Serbia and Montenegro* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2004, pp. 279, 287.

[20] 在这种情形下，国家可能也会不指定专案法官，例如参见：Temple of Preah Vihear case, ICJ Reports, 1962, p. 6; 33 ILR, p. 48. 注意：在下面这个案件中，法国任命了自己的专案法官，原因是法院中的法国籍法官要求撤换自己，参见：*Djibouti* v. *France*, ICJ Reports, 2008, para. 6.

[21] 例如参见：H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, pp. 215 ff. 应当把该条款与《欧洲人权公约》第 27 条第 2 款区别开来。《欧洲人权公约》第 27 条第 2 款同样规定，可以向法院指定专案法官，但是，欧洲人权法院审理的是欧洲理事会成员国的国内法中的条款，并且对它们是否与《公约》的规定发生冲突进行裁决。因此，在这种案件中，有必要保留一些国内法制度方面的专业知识。注意：例如，在下面这个案件中，专案法官与其中一位常任法官可以具有相同的国籍，参见：*Liechtenstein* v. *Germany*, ICJ Reports, 2005, p. 6，以及 Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, p. 1092, note 68.

政治领域，而且政治正当性的需要也只能从国际政治那里得到解释。[22] 不过，可以认为，这种程序增加了法院可以利用的司法资源，因为它使得任命法官的国家的意见得到充分展现。[23] 在"适用《灭种罪公约》(临时措施)"案(*Application of the Genocide (Provisional Measures)* case)中，专案法官劳特派特在对专案法官的性质进行讨论时宣布，除了法官承担的不偏不倚的义务外，专案法官还有特别义务确保在合理范围内、在法庭审理过程中对任命他的一方的每个相关观点进行充分陈述。[24] 实际上，这项制度并没有破
1062 坏国际法院的运行。[25] 尽管在绝大多数的情形下，专案法官都会支持任命他的国家，但并非总是如此。[26] 在咨询程序中，法院也允许任命专案法官，但只有当它认为实际上是对两个或两个以上的国家之间悬而未决的"法律问题"请求发表咨询意见时，才会允许那样做。[27]

《规约》第29条规定，法院为迅速处理事务，应于每年以法官5人组织一分庭。目前还没有请求使用分庭的案件。1993年7月，设立了由7位法官组成的环境问题分庭，这

---

[22] 例如参见：S. Schwebel, "National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice", 48 ICLQ, 1998, p. 889; N. Valticos, "L'Evolution de la Notion de Judge Ad Hoc", 50 *Revue Hellénique de Droit International*, 1997, pp. 11—12; H. Thierry, "Au Sujet du Juge Ad Hoc", in *Liber Amicorum Judge Ruda* (eds. C. A. Armas Barea et al.), The Hague, 2000, p. 285; P. Kooijmans, "Article 31" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 495; Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, pp. 1085 ff., 以及 L. V. Prott, *The Latent Power of Culture and the International Judge*, Abingdon, 1979.

[23] 参见：Franck, "Fairness", p. 312. 也可以参见：N. Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, Dordrecht, 1989, pp. 193—4.

[24] ICJ Reports, 1993, pp. 325, 4:08—9; 95 ILR, pp. 43, 126—7, 也可以参见：该案件反诉阶段的命令，ICJ Reports, 1997, pp. 243, 278; 115 ILR, p. 206. 弗兰克(Franck)专案法官在"印度尼西亚/马来西亚"案(*Indonesia/Malaysia* case)中正面引用了劳特派特法官的上述意见，参见：ICJ Reports, 2002, pp. 625, 693.

[25] 注意，《法院实践指引七》现在要求"当事方在根据《规约》第31条和《法院规则》第35条选择专案法官时，应当避免任命那些曾经在法院审理的其他案件中担任过代理人、律师或辅佐人的人，或者在任命之日前三年内以该种身份行为的人。而且，当事方同样也应当避免任命在法院审理的其他案件中担任过专案法官的人作为其在法院中的案件代理人、律师或辅佐人"。《实践指引八》还规定，"当事方应当避免任命从任命之日前三年内担任过法院法官、专案法官、书记官长、副书记官长或法院高级官员的人作为其在法院所受理的案件的代理人、律师或辅佐人"。

[26] 例如参见：*Application for Revision and Interpretation of the Judgment made in the Tunisia/Libya case*, ICJ Reports, 1985, p. 192; 81 ILR, p. 419, 以及 the *Great Belt* (*Finland* v. *Denmark*) case, ICJ Reports, 1991, p. 12; 94 ILR, p. 446.

[27] 参见：1978年《法院规则》第102条第3款；the *Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, p. 12; 59 ILR, p. 30. 比较：the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, p. 16; 49 ILR, p. 2. 也可以参见：L. Gross, "The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its Roles in the International Legal Order" in Gross, *Future of the International Court of Justice*, vol. I, p. 61.

是更加有争议的。[28] 第 26 条允许设立由 3 位或 3 位以上的法官组成的分庭，法院可以决定审理特种案件[29]或审理某个特定案件。该程序经 1978 年的《法院规则》（即《国际法院规则》——译者注）修改[30]，并首次在“缅因湾”案（*Gulf of Maine* case）得到应用。[31] 法院在和当事国进行协商后决定分庭的组成，在这种情形下，任命哪些法官组成分庭显然是极其关键的。在“缅因湾”案中，有人声称，加拿大和美国威胁说，如果未能按照它们的意愿组织分庭，它们将撤回案件。[32] 尽管分庭是法院的一部分，而且“其据以设立的选举过程应当在以后的运行中保持司法公正”，但小田滋（Oda）法官指出，“实际上，如 1063
果分庭想要变得可行，其组成必须来自于当事方与法院所取得的合意，这是不可避免的。”[33]

在诉诸分庭时，当事方在选择审理案件的法官方面具有很大的灵活性。从某种程度上说，这与仲裁类似。[34] 从国际法院将来发展的角度来说，在法院分庭审理的前两个案件中，也许更加有意思的是“布基纳法索—马里”案（*Burkina Faso-Mali* case）[35]，因为在此之前，非洲国家最不情愿允许第三方对解决它们之间的争端作出有拘束力的决定。在

---

〔28〕 参见：国际法院，*Yearbook 1993—1994*, The Hague, 1994, p. 18. 目前还没有被要求那么做过，因为毫无疑问，一部分原因是，某个问题是否是环境问题在当事方之间的确会产生严重分歧，参见：R. Higgins, “Respecting Sovereign States and Running a Tight Ship”, 50 ICLQ, 2001, pp. 121, 122.

〔29〕 特别提到的是劳工案件以及与过境和通讯有关的案件。

〔30〕 参见《法院规则》第 15—18 条以及第 90—93 条。

〔31〕 ICJ Reports, 1982, p. 3 以及同上，1984, p. 246; 71 ILR, p. 58. 分庭由阿戈（Ago）法官（庭长）以及格罗（Gros）法官、莫斯勒（Mosler）法官、施韦布（Schwebel）法官和科恩（Cohen）专案法官组成。

〔32〕 例如参见：Merrills, *International Dispute Settlement*, p. 150, 以及 Brauer, “International Conflict Resolution: The ICI Chambers and the Gulf of Maine Dispute”, 23 *Va. JIL*, 1982—3, p. 463. 也可以参见：Singh, *Role and Record*, p. 110.

〔33〕 ICJ Reports, 1987, pp. 10, 13; 97 ILR, pp. 139, 142.

〔34〕 尽管已经有人对不断使用专案分庭对国际法院法律的一致性产生的影响表示担忧，参见：H. Mosler, “The Ad Hoc Chambers of the International Court of Justice” in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, p. 449. 也可以参见：S. Schwebel, “Chambers of the International Court of Justice formed for Particular Cases”, *ibid.*, p. 739; E. Valencia-Ospina, “The Use of Chambers of the International Court of Justice” in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 503, Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, pp. 1068 ff.; P. Palchetti, “Article 26” in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 439, 以及 Franck, “Fairness”, pp. 314 ff. 关于分庭判决的先例价值，参见：Shahabuddeen, *Precedent*, pp. 171 ff. 也可以参见：Thirlway, “Law and Procedure”, 2001, pp. 38, 46.

〔35〕 参见：22 ILM, 1983, p. 1252 以及 Communiqué of the ICJ No. 85/8, 1985 年 5 月 1 日。该分庭由贝加韦法官（Bedjaoui）（院长）、拉各斯（Lachs）法官、鲁达（Ruda）法官以及吕歇尔（Luchaire）专案法官和阿比—萨（Abi-Saab）专案法官组成。

"锡库拉电子公司"案(*Elettronica Sicula* case)[36]、萨尔瓦多和洪都拉斯之间的"陆地、岛屿和海域边界争端"案(尼加拉瓜参加)(*Land, Island and Maritime Frontier* Dispute)(Nicaragua intervening)[37]、"声请复核萨尔瓦多和洪都拉斯之间判决"案(尼加拉瓜参加)(*Application for Revision of the Judgment in El Salvador/Honduras (Nicaragua intervening)*)[38]、以及"贝宁和尼日尔"案(*Benin/Niger*)[39]中也都使用了法院的分庭。

《规则》规范法院的程序和运作,于1946年通过,并于1972年和1978年进行了修改。[40] 2000年12月,1978年的《规则》第79条和第80条得到修改。[41] 近年来,法院的
1064 内部司法实践一直是讨论的话题来源[42],并且已经发生了一些变化。[43] 例如,法院现在已经通过了《实践指引》。[44] 法院有权调整它自己的程序。[45] 尽管法院自己有权决定提交陈述的数量、顺序和时间(这是在与当事方协商后进行的),而且法院已经准备允许当事方延长期限或决定,例如是否应当有进一步的辩论回合,但《规则》第44条至第53条(规范的是书面程序)实际上允许当事方有相当大的发表意见的权利。[46]

---

[36] ICJ Reports, 1989, p. 15; 84 ILR, p. 311.

[37] 参见:ICJ Reports, 1987, p. 10; 97 ILR, pp. 112 and 139; 以及 ICJ Reports, 1992, p. 351.

[38] ICJ Reports, 2003, p. 392; 129 ILR, p. 1.

[39] ICJ Reports, 2005, p. 90.

[40] 参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, p. 1074.

[41] 参见:后面,第1074页和第1096页。

[42] 例如参见:D. Bowett et al., *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedures*, London, 1997. 例如也可以参见:Jennings, Role, pp. 8 ff., M Bedjaoui, "La 'Fabrication' des Arrêts de la Cour Internationale de Justice" in *Mélanges Virally*, Paris, 1991, p. 87, 以及 S. Oda, "The International Court of Justice Viewed from the Bench", 244 HR, 1993-VII, p. 13. 也可以参见:Shaw, "International Court", pp. 862 ff.

[43] 参见:1976年《关于实践的决议》,国际法院,*Acts and Documents Concerning the Organisation of the Court*, The Hague, 1989, p. 165. 也可以参见:Higgins, "Respecting Sovereign States".

[44] 目前共有12份,多数指引基本上要求确保当事方严格遵守《规则》中有关辩论的规定,并且要求遏制住提供越来越多附件的势头。《实践指引十二》规定,不应把非政府间国际组织向咨询程序提交的书面声明和文件看作案件卷宗的一部分,而只是当作公共领域的出版物,并可供查阅。

[45] 例如参见韦拉曼特利(Weeramantry)法官在"根据'核试验'案裁定第63段对情形进行审查的请求"案(*Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Nuclear Tests* case)中的反对意见,ICJ Reports, 1995, pp. 288, 320; 106 ILR, pp. 1, 42, 他指出:这项权力使法院创设了自成一类的程序。

[46] 诉状包含的内容是对相关事实的陈述、对法律的陈述以及诉讼请求;辩状包含的内容是承认或否认诉状中陈述的事实、(如果必要的话)陈述任何其他的事实、对诉状中陈述的法律的评论、以及对该法律陈述的回答和诉讼请求,参见:《规则》第49条第1款和第2款。如经法院授权,辩诉状和复辩状中应当针对的是当事方之间仍然存在分歧的问题,参见:第49条第3款。

法院的管辖权[47]

概况

国际法院是一个根据判决之日的现存国际法裁判案件的司法机构。它不能正式创设法律,因为它不是一个立法机关。[48] 法院曾强调指出,"它陈述既有法而不是制定法律。即使在陈述和适用法律时,法院必须阐明其范围以及有时需要指出其一般趋势时, 1065
也是如此。"[49]法院对于什么是法律发表的意见具有最高权威。但是,法院需要审理的问题总是和政治因素交织在一起。有时,这些问题正好也是联合国的政治机构或其他国际组织在考虑的问题或恰恰是当事方之间进行双边协商的问题。这就引起了法院的适当职能和地位问题。根据《宪章》第 92 条的规定,国际法院是"联合国之主要司法机关"。正如拉克斯法官(Lachs)说的那样,它也是"整体的国际社会的合法性的守卫者,无论在联合国体系之内还是之外。"[50]法院曾指出,"法院的职能是陈述法律"[51],并且它只能在法律的基础上裁判案件。[52] 在"塞尔维亚和黑山诉英国"案(*Serbia and Montenegro* v. *UK*)[53](该案件是因 1999 年的科索沃冲突引发的起诉北约国家的案件之一,刚开始是由南斯拉夫联盟共和国提起的)中,有七位法官发表了一份重要的联合声明。该份联合声明对司法职能问题进行了考察,指出:基于各种理由选择决定同意还是拒绝行使管辖权时,法院必须遵守三项标准。它们是:第一,为了确保可预见性,必须保持与以

---

[47] 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. II. 以及 C. Tomuschat, "Article 36" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 589. 也可以参见:M. N. Shaw, "The Security Council and the International Court of Justice: Judicial Drift and Judicial Function" in Muller *et al.*, *International Court of Justice: Future Role*, p. 219; W. M. Reisman, "The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication", 258 HR, 1996, p. 9, 以及 S. A. Alexander, "Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations", 14 *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 89. 也可以参见瑟尔韦(Thirlway)从 1989 年开始直到现在在《英国国际法年刊》上发表的一系列关于"国际法院的法律和程序"的文章。

[48] 参见:*Fisheries Jurisdiction* case, ICJ Reports, 1974, pp. 3, 19; 55 ILR, pp. 238, 254.

[49] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 237.

[50] The *Lockerbie* case, ICJ Reports, 1992, pp. 3, 26; 94 ILR, pp. 478, 509.

[51] The *Northern Cameroons* case, ICJ Reports, 1963, pp. 15, 33; 35 ILR, pp. 353, 369.

[52] 参见:*Haya de la Torre* case, ICJ Reports, 1951, pp. 71, 79; 18 ILR, p. 349. 也可以参见:韦拉曼特利(Weeramantry)法官在"洛克比"案(*Lockerbie* case)中的反对意见,ICJ Reports, 1992, pp. 3, 56; 94 ILR, pp. 478, 539.

[53] ICJ Reports, 2004, p. 1307.

前的判例法一致，因为“保持一致是司法推理的精髓”；第二，必须具有确定性，据此法院应当选择从法律上说最可靠的理由；第三，由于法院是联合国的主要司法机关，因此法院应当“注意对其他正在审理的案件可能产生的影响和后果”。[54]

不过，政治因素总是与法律问题交织在一起。法院注意到，尽管需要其审理的任何法律争端都可能存在政治问题，法院关心的却只是：“从可以通过适用国际法的原则和规
1066 则予以解决的意义上来说”[55]，有关争端是否是法律争端？虽然存在其他因素，但不能削弱某个争端作为法律争端的性质。[56] 法院还根据国际法律义务对可能的国家行为的合法性进行评判，并把这种评判称为“一项基本的司法任务”。[57] 因此，“法院的任务必须是在国际法的基础之上对手头的法律争端作出回应。由于它解释和适用法律，因此它必须注意争端的背景，但它的任务却不能超出争端的范围。”[58]

同一个一般的政治局势可能出现在联合国不同机构面前，这产生了并行管辖的问题。但是，法院一直都很清楚，提交到法院的问题也是当事方之间积极协商的问题[59]、联合国秘书长进行斡旋的问题[60]、或安理会[61]或地区组织[62]进行讨论的问题，但这并不能削弱法院的权限，也不能影响法院行使司法职能。法院指出，安理会执行的是具有政治性质的职能，而法院本身则执行的是具有法律性质的职能，因此两个机关都可以就

---

〔54〕 同上，pp. 1353—4.

〔55〕 The *Armed Actions* (*Nicaragua* v. *Honduras*) case, ICJ Reports, 1988, pp. 16, 91; 84 ILR, pp. 218, 246. 也可以参见：*Certain Expenses of the United Nations* case, ICJ Reports, 1962, pp. 151, 155; 34 ILR, pp. 281, 285, 以及南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭受理的“塔迪奇”案，the *Tadić* case, IT-94-1-AR72, p. 11. 也可以参见：R. Higgins, “Policy Considerations and the International Judicial Process”, 17 ICLQ, 1968, pp. 58, 74.

〔56〕 ICJ Reports, 1988, p. 92; 84 ILR, p. 247. 也可以参见：*Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, pp. 7, 19—20; 61 ILR, pp. 530, 545—6 以及 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 234; 110 ILR, pp. 163, 184. 关于那种不应当关注法律和政治问题的定义，而是应当关注解决争端的政治和法律方式之间区别的观点，可以参见：R. Y. Jennings, “Gerald Gray Fitzmaurice”, 55 BYIL, 1984, pp. 1, 18, 以及 R. Higgins, *Policy Considerations*, p. 74.

〔57〕 参见：Advisory Opinion on the *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports, 1996, pp. 66, 73; 110 ILR, pp. 1, 13. 例如也可以参见：*Certain Expenses* case, ICJ Reports, 1962, pp. 151, 155; 34 ILR, pp. 281, 284—5.

〔58〕 *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 190. 还可以参见：西玛(Simma)法官的个别意见，同上，p. 335.

〔59〕 参见：*Aegean Sea Continental Shelf case*, ICJ Reports, 1976, pp. 3, 12; 60 ILR, pp. 562, 571.

〔60〕 参见：*Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, pp. 7, 21—2; 61 ILR, pp. 530, 547—8.

〔61〕 参见：*Nicaragua* case, ICJ Reports, 1984, pp. 392, 431—4; 76 ILR, pp. 104, 142—5.

〔62〕 ICJ Reports, 1984, p. 440 以及 *Cameroon* v. *Nigeria* (初步反对), ICJ Reports, 1998, pp. 275, 307.

同一问题执行各自独立的、并且补充的职能。[63] 当联合国秘书长正在组织一个查明事实的使命团来调查同一事件时，法院同时也可以发布临时保护措施。[64] 法院根本的职能是，根据国际法来解决提交给它的争端[65]，并且避免对当事方最后提交的陈述中没有 1067
包括的问题进行裁决。[66] 关于国际法的条款涉及法院可以适用的法律渊源，将在后面考虑。[67] 在“利比亚/马耳他（请求参加）”案（*Libya/Malta* (*Application for Permission to Intervene*)）[68]中，法院提到了作出裁判的义务。它指出，“在每个案件的情形中作出充分的裁判”是法院的义务。[69] 但是，这项义务受到限制，例如管辖权的限制（例如有关第三国的权利）[70]以及有关司法适当性问题的限制。[71]

法律争端的性质

《规约》第36条第2款要求提交法院审理的问题必须是一项法律争端。[72] 尽管对其进行具体定义是不可能的，但常设国际法院在“马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权

---

[63] ICJ Reports, 1984, p. 435; 76 ILR, p. 146.

[64] *Cameroon* v. *Nigeria*（临时措施）, ICJ Reports, 1996, pp. 13, 22.

[65] 例如参见：韦拉曼特利法官在“洛克比”案中的反对意见，ICJ Reports, 1992, pp. 3, 56; 94 ILR, pp. 478, 539.

[66] 比尔根塔尔（Buergenthal）法官在“石油平台”案（伊朗诉美国）的个别意见中已经对这项规则做了说明（又被称为“不超越诉讼请求范围”规则），他是这样形容这项原则的：“这是一项重要规则，它不允许法院审理在判决书主文[有效段落]中案件当事国在最后提交的请求中并没有要求法院裁判的事项。”参见：*Oil Platforms* (*Iran* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2003, pp. 161, 271; 130 ILR, pp. 323, 426. 还可以参见：“请求对‘庇护案’的判决进行解释”案，ICJ Reports, 1950, pp. 395, 402; *Qatar* v. *Bahrain* case, ICJ Reports, 2001, para. 183 以及 *Congo* v. *Belgium* case, ICJ Reports, 2002, para. 43.

[67] 参见：后面，第1086页。

[68] ICJ Reports, 1984, pp. 3, 25; 70 ILR, pp. 527, 554.

[69] 也可以参见：韦拉曼特利法官在“东帝汶案”中的反对意见，ICJ Reports, 1995, pp. 90, 158; 105 ILR, pp. 226, 299. 一般也可以参见：M. Bediaoui, “Expediency in the Decisions of the International Court of Justice”, 71 BYIL, 2000, p. 1.

[70] 例如参见：*Monetary Gold* case, ICJ Reports, 1954, p. 32; 21 ILR, p. 399, 以及 *East Timor* case, ICJ Reports, 1995, pp. 90, 105; 105 ILR, pp. 226, 246.

[71] 进一步参见：后面，第1086页。

[72] 在“核试验”案中，法院指出：“是否存在争端是法院行使职权的首要条件”，参见：*Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 270—1; 57 ILR, pp. 398, 415—16. 这也是一个“最基本的先决条件”，参见：ICJ Reports, 1974, p. 260; 57 ILR, p. 405.

(管辖权)"案(*Mavrommatis Palestine Concessions* (*Jurisdiction*) case)[73]所采取的方法是
1068 恰当的出发点。法院宣布:一项争端可以被视为"对某点法律或事实认识的不同,两人之间法律观点的冲突或利益的冲突"。应当把它与可能引起国际摩擦或引起争端的情形区分开来。这是一种微妙的、但又是重要的区分,因为要想使争端解决程序成功运行,就必须存在待以解决的一个或几个具体问题,而且必须是可识别的。

在"对和平条约的解释"案[74]中,法院注意到,"是否存在一项国际争端是一个可以客观判断的问题",并且指出,在该案中,"双方对履行或未履行某些条约义务存在明显的观点对立",因此"就产生了国际争端"。仅仅声称是不够的,必须证明一方的主张是另一方所积极反对的。[75] 在"《联合国总部协定》第21条规定的仲裁义务的可适用性问题"案(*Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement* case)[76]中,法院重申了这种方法。在该咨询意见中,它注意到:联合国秘书长对美国国会和政府考虑关闭、并且随后真的关闭在美国的巴勒斯坦解放组织办公室的决定(其必然包括在纽约的巴勒斯坦解放组织驻联合国的使团在内)是一贯质疑的,这说明在美国和联合国之间就《(联合国)总部协定》存在争端。在"东帝汶"案(*East Timor* case)[77]中,法院重申其早期作出的判例法,并且继续指出:"葡萄牙对澳大利亚提出了事实和法律的主张,无论这种主张正确或错误,都是澳大利亚所否认的。基于存在
1069 否认,就存在一项法律争端。"这种相对较低的标准在"适用《灭种罪公约》(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)"案[78]中得到了强调。法院在该案件中指出:"由于南斯拉夫

---

[73] PCIJ, Series A, No. 2, 1924, p. 11. 也可以参见:*South-West Africa* cases, ICJ Reports, 1962, pp. 319, 328; 37 ILR, pp. 3, 10 以及 *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, p. 253; 57 ILR, p. 398; *Liechtenstein* v. *Germany*, ICJ Reports, 2005, pp. 6, 18 以及 *Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda*, ICJ Reports, 2006, pp. 6, 40.

[74] ICJ Reports, 1950, pp. 65, 74; 17 ILR, pp. 331, 336.

[75] *South-West Africa* cases, ICJ Reports, 1962, pp. 319, 328; 3 7 ILR, pp. 3, 10 以及 *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1984, pp. 392, 429—41; 76 ILR, pp. 104, 140. 也可以参见:*Larsen* v. *Hawaiia Kingdom* 119 ILR, pp. 566, 587. 也应当注意,凯尔逊写到:"如果某项争端可以通过适用法律规范得以解决,即通过适用现存的法律,该争端就是法律争端",参见:*Principles of International Law* (ed. R. W. Tucker), 2nd edn, New York, 1966, p. 526. 也可以参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 517 ff. 希金斯点到:一般说来,法院对于某个问题是否是"法律问题"采取非常积极的态度,参见:*Problems and Process*, Oxford, 1994, p. 195. 也可以参见:V. Gowlland-Debbas, "The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", 88 AJIL, 1994, p. 643.

[76] ICJ Reports, 1988, pp. 12, 30; 82 ILR, pp. 225, 248.

[77] ICJ Reports, 1995, pp. 90, 99—100.

[78] ICJ Reports, 1996, para. 29; 还可以参见:*Liechtenstein* v. *Germany*, ICJ Reports, 2005, pp. 6, 19.

否认波斯尼亚和黑塞哥维那对其提出的主张,两国之间'存在一项法律争端'"。否认对南斯拉夫提出的主张"无论在有关请求发布临时措施的诉讼阶段,或者在有关那些反对的本诉讼阶段"都是存在的。[79] 换句话说,想要使某个问题成为一项法律争端,被申请国只要在法院否认申请国的声称就足够了,即使是在法院的管辖权受到质疑的情形下也是如此。[80]

当事国必须向法院说明观点,尤其是在因申请书提交的案件中,申请国必须把其想让法院获得管辖权的争端向法院说明。[81] 虽然如此,对手头上争端的主题作出判断的是法院自己。[82] 法院不仅需要考虑(申请国提出的)陈述,而且还需要考虑整个申请、申请国在法院面前所提出的观点、以及提到的其他文件,包括申请国作出的公开声明。[83] 如果法院断定有关争端在法院作出决定时已经消失,例如(申请国)主张的目的已经通过其他方式得以实现,它随后将得出"必要后果",从而可能不作出决定。[84] 无论如何,对是否存在争端的客观基础作出的决定的权力在法院。[85] 而且,是否已经穷尽外交谈判途径并不是诉诸法院的前提条件。[86] 1070

诉讼管辖权[87]

国际法院的管辖权由两个不同的部分构成:对国家之间的争端进行裁判的权限、以及在某个有资格的实体请求时作出咨询意见的权限。后者将在下一节讨论。

法院强调指出,关于是否存在管辖权的问题是法院自己的事项。尽管寻求判定事实

---

〔79〕 ICJ Reports, 1996, pp. 595, 614.

〔80〕 也可以参见:*El Salvador/Honduras*, ICJ Reports, 1992, pp. 351,555; 97 ILR, p. 112.

〔81〕 注意:《规约》第 40 条第 1 款要求申请书必须叙明争端事由,而且,《规则》第 38 条第 2 款要求在申请书中具体说明"请求的准确性质"。

〔82〕 例如参见:*Spain* v. *Canada*, ICJ Reports, 1998, pp. 432, 449; 123 ILR, pp. 189, 209—10 以及 *Nicaragua* v. *Colombia*, ICJ Reports, 2007, para. 38.

〔83〕 *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 263; 57 ILR, pp. 398, 408. 注意:如果采纳在诉讼过程中提出的新的请求将会改变原先向法院提交的申请书中的争端事由时,法院将宣布此种请求不可受理。例如参见:*Nicaragua* v. *Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 108.

〔84〕 *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 271; 57 ILR, p. 416. 也可以参见:*Northern Cameroons* case, ICJ Reports, 1963, pp. 15, 38; 35 ILR, p. 353 以及 *Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2002, pp. 3, 14—15; 128 ILR, pp. 60, 69—71.

〔85〕 *Spain* v. *Canada*, ICJ Reports, 1998, pp. 432,448; 123 ILR, pp. 189, 208—9.

〔86〕 *Cameroon* v. *Nigeria* (初步反对), ICJ Reports, 1998, pp. 275, 303. 是否穷尽当地救济问题是一个涉及可受理性的问题,参见:下文,第 1071 页。

〔87〕 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, 以及 R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, 1993.

的一方必须对所主张的事实予以举证，但管辖权问题却是一个法律问题，必须根据相关的事实由法院解决。[88] 而且，是否存在管辖权必须在提起诉讼时决定，因此，如果法院在当时就具有管辖权，它将继续具有管辖权，不论后续进展为何。[89] 后续进展可能导致申请已经变得没有意义，但却不能剥夺法院的管辖权。[90] 还应当指出，在处理管辖权问题时，法院不像国内法的案件那样看重形式问题。[91] 法院具有固有的管辖权采取可能
1071 需要的行为，以便确保一旦在确立管辖权之后，对实体问题行使管辖权不会受到影响，确保对有争议的所有事项能够得到有序解决，确保对法院“行使司法职能的固有限制”，以及“保持它的司法特性”。[92] 法院还认为，当对某个特定事项的争端具有管辖权时，为考虑救济问题不需要单独的管辖权基础。[93]

法院强调指出，对管辖权作出决定的职能只是为了断定有关实体问题的案件是否可以继续进行，“而不是去参与澄清具有一般性质的争议问题”，不会仅仅因为其中一方据称的动机或作出判决可能会对其他案件产生影响而拒绝审理案件。[94] 对于作出判决的理由进行选择时，法院具有自由裁量权；而且，当基于各种理由对法院的管辖权提出质疑时，它还可以基于一个或多个自己选择的理由自由作出决定，尤其是基于“在判决中援引的更直接和更具有决定性的理由”。[95] 一旦法院就管辖权问题作出了决定，该决定就具

---

[88] 参见：*Fisheries Jurisdiction* (*Spain* v. *Canada*) case, ICJ Reports, 1998, pp. 432, 450; 123 ILR, pp. 189, 210—11. 还可以参见：*Armed Actions* (*Nicaragua* v. *Honduras*) case, ICJ Reports, 1988, p. 76; 84 ILR, p. 231 以及 *Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1322.

[89] 例如参见：*Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda*, ICJ Reports, 2006, pp. 6, 29. 但是，法院认为，对于那种可以轻易修改申请书中的程序瑕疵的问题，法院不会施加不利后果，同上。

[90] *Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2002, pp. 3, 12—13; 128 ILR, pp. 60, 67—8.

[91] 参见：*Application of the Genocide Convention* (*Preliminary Objections*) case, ICJ Reports, 1996, pp. 595, 613; 115 ILR, pp. 10, 26. 还可以参见：*Mavrommatis Palestine Concessions* case, PCIJ, Series A, No. 2, p. 34; 2 AD, p. 27, 以及 *Northern Cameroons* case, ICJ Reports, 1963, pp. 15, 28; 35 ILR, pp. 353, 363. 在下面这个案件中，法院在给当事国规定有关的期限时指出，喀麦隆在提交原先的申请书之后又提交了一份补充的申请书，据此它希望能够扩大争端的内容。法院把这当作是对第一份申请书的修改。在《法院规约》和《法院规则》中并没有条款规定可以对申请书本身进行修改，不过，在该案中，尼日利亚同意了喀麦隆作出的修改，而且法院也认可了这种修改。参见：*Cameroon* v. *Nigeria* (*Provisional Measures*), ICJ Reports, 1994, p. 105; 106 ILR, p. 144.

[92] *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 259; 57 ILR, pp. 398, 404, 援引了：*Northern Cameroons* case, ICJ Reports, 1963, pp. 15, 29; 35 ILR, pp. 353, 365. 还可以参见：下文，第 1074 页。

[93] *LaGrand* case, ICJ Reports, 2001, pp. 466, 485; 134 ILR, pp. 1, 24.

[94] *Serbia and Montenegro* v. UK, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1323.

[95] 同上，p. 1325.

有既判力[96]，也就是说，它是终审的，对各方具有拘束力。仅当存在依据《规约》第61条规定的复核声请的可能性时[97]，才可以就该案件在当事国之间对判决书判决的内容进行修改，而且，不得以后续进展对判决书判决的内容产生怀疑为由要求重新审理。[98]

除了法院的管辖权问题（基本上涉及当事国同意的问题）以外，还要求申请具有可受理性。[99] 可受理性是指相关一般国际法规则的适用，例如在涉及外交保护案件中的穷尽当地救济规则。[100] 反对案件具有可受理性通常是这样声称的，即：即使法院具有管 1072
辖权，而且即使申请国陈述的事实假定是真实的，但仍然有理由认为法院不应当继续审理案件的实体问题。[101] 它们共同构成法院继续审理案件实体问题的必要前提条件。在对向法院提交的申请进行实体问题审查之前，还有一个相关问题是诉讼资格或属人管辖权问题。这是在审查管辖权和可受理性问题时在逻辑上会产生的问题。它是指是否应当受理请求的问题，有时也被称为“获取的过程”（process of seisin）。尽管关于法院是否已经可以审理问题是一个管辖权问题，但可受理性却是一个“独立于援引的管辖权基础以外的程序步骤”。[102]

《法院规约》第34条宣布，只有国家才可以成为法院案件的当事方。这是非常重要的，因为它禁止私人以及国际组织寻求通过法院解决争端。不过，对于后者来说，它们可以要求发表咨询意见。法院向所有《规约》的当事国开放。《宪章》第93条规定，联合国各会员国是《规约》的当然当事国，非联合国会员国的国家成为《规约》当事国要符合由大会根据安全理事会的建议确定的条件。例如，对于瑞士，大会和安理会宣布，它可以成为《规约》的当事国，只要它接受该规约的条款，并且根据《宪章》第94条接受作为联合国会员国的所有义务（即承诺履行法院的判决），并且同意支付法院的部分费用。[103] 实际上，安理会已经解决了《规约》非当事国寻求通过国际法院解决争端的可能性问题，只

---

[96] 参见：*Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, paras. 117 ff. 关于既判力原则，还可以参见：上文，第3章，第101页。

[97] 参见：下文，第1105页。

[98] *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, para. 120.

[99] 例如参见：*Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1322.

[100] 例如参见：*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 276 以及 *Diallo* (*Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo*) case, ICJ Reports, 2007, paras. 33 ff. 还可以参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 817 ff.; Tomuschat, “Article 36”, p. 646 以及《法院规则》第79条。

[101] 参见：*Oil Platforms* (*Iran* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2003, pp. 161, 177; 130 ILR, pp. 323, 337.

[102] *Qatar/Bahrain*, ICJ Reports, 1995, pp. 6, 23—4; 102 ILR, pp. 1, 64—5.

[103] 大会第91(I)号决议。瑞士在2002年9月成为联合国会员国。也可以参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, p. 598. 日本、列支敦士登、瑙鲁和圣马力诺也分别在1956年、1990年、1999年和1992年成为联合国会员国。

要这种国家以前曾经向法院书记处存放一项声明(无论一般性还是特定性),表示接受
1073 法院的管辖权、并且承诺善意遵守法院作出的特定或任何决定。[104] 联帮德国在加入联合国之前就以此为基础向国际法院存放了一项一般性声明[105],而阿尔巴尼亚[106]和意大利[107]就它们涉及的案件存放了特定声明。

《规约》第35条第2款还规定,法院受理《规约》缔约国之外各国诉讼的条件,"除现行条约另有特别规定外",由安全理事会作出规定。[108] 法院已经对这个条件作出了相当狭义的解释,把"现行条约"解释成《规约》生效之时的条约,而且还必须是当时属于新的法院规定具有管辖权的条约。[109] 尽管只有国家才可以成为法院的当事国,但法院可以向政府间国际组织请求与手头审理的案件有关的情报,而且还可以接收这些组织自己主动提供的情报。[110]

一方是否有权根据《规约》在法院出庭并不取决于是否存在同意,而是一个在审查对管辖权和可受理性提出任何反对意见之前法院必须自己进行审查和决断的问题。[111]《规约》第35条第1款规定,法院受理本《规约》各当事国之诉讼,或者就像法院自己说的,"法院职能对那些已经依据第35条入禀法院的那些国家行使司法职能"。因此,只有那些已经入禀法院的国家才有资格赋予法院管辖权。[112] 在"塞尔维亚和黑山诉英国"
1074 案[113]中,法院断定,在提交申请书之时,塞尔维亚和黑山不能被视为《规约》的当事国。[114]

---

[104] 安理会第9号决议(1946年)。

[105] *North Sea Continental Shelf* case, ICJ Reports, Pleadings, vol. I, pp. 6, 8.

[106] *Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, p. 4; 16 AD, p. 155.

[107] *Monetary Gold* case, ICJ Reports, 1954, p. 19; 21 ILR, p. 399.

[108] 安理会第9号决议(1946年)中规定了这种条件。

[109] ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1350. 法院也认为,它从来没有注意过此前提到法院管辖权的此种条约,同上。

[110] 《国际法院规约》第34条第2款。还可以参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 620 ff. 个人、团体和公司无权成为法院诉讼的当事方,关于这点,可以参见:H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950, p. 48. 注意:希金斯法官曾经写到:"我认为,在咨询意见案件中,非政府组织可以'法庭之友'的身份提交意见,而且,我还认为,这对于法院的工作来说是有用的",参见:"Respecting Sovereign States", p. 123. 现在,可以参见关于非政府国际组织在咨询程序中提交书面情报的《实践指引十二》。

[111] *Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1322 and 1326.

[112] 同上, p. 1326.

[113] ICJ Reports, 2004, p. 1307. 这是南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山的前身)在1999年起诉北约国家的一系列案件质疑,因此这一点也适用于其他被告国。

[114] 同上, pp. 1336—7. 关于这个案件的详细情况,参见:上文,第17章,第963页。

作为一个司法机关,法院具有从该角色中产生的某些固有权力。[115] 例如,在某些情形中,它具有主动终结某个案件诉讼的权利。[116] 然而,这看来受到两种情形的限制:第一,在《规则》第38条第5款通过之前的案件中,申请国是在没有管辖权基础并期望对方国家会接受管辖权的情形[117];第二,法院基于显然缺乏管辖权而同意被申请国提出的撤销案件的请求。[118] 在"塞尔维亚和黑山诉英国"案中,法院的这种做法遭到了库艾曼斯(Kooijmans)[119]和希金斯法官(Higgins)的批评。他们指出,在判例法中并不存在任何表明在不存在中止诉讼的情况下法院行使固有权力只能限于法院提到的两种情形的内容。[120] 希金斯法官强调指出,"法院的固有管辖权来自它的司法特性以及对调整与司法行政有关事项的权力的需求,《规则》中并没有规定这种管辖权的所有内容"。此种固有权力的"偶然需求"在诉讼的任何阶段都可能产生,包括从立即驳回案件、到管辖问题、再到实体问题阶段。[121]

根据《规则》第79条第9款的规定,法院可以有三种方式处理对管辖权提出的初步反对意见。它可以支持对管辖权提出的质疑,也可以驳回对管辖权提出的质疑,还可以基于案件的情形宣布对管辖权提出的反对意见并不完全具有初步性质。在第三种情况 1075
下,将在审查实体问题时对该初步反对意见一同审理。[122] 法院指出,原则上,对管辖权提出初步反对意见的一方有权在诉讼的初步阶段要求法院对那些意见作出回答,除非法院对手头的案件并没有掌握判决提出的问题所必要的所有事实,或者,对初步反对意见作出回答将直接判定争端的实体问题或其中一些内容。[123]

---

[115] 例如参见:C. Brown, "The Inherent Powers of International Courts and Tribunals", 76 BYIL, 2005, p. 195.

[116] *Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1321.《规则》中并没有规定这种程序。

[117] 参见:下文,第1076页,注131。

[118] 例如参见:*Yugoslavia* v. *Spain*, ICJ Reports, 1999, pp. 761, 773—4 以及 *Yugoslavia* v. *USA*, ICJ Reports, 1999, pp. 916, 925—6.

[119] ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1370 ff.

[120] 同上, p. 1361.

[121] 同上, pp. 1361—2. 因此,希金斯法官相信,法院本来应当审理的问题是,是否可以说,在该案件中,"根据案情,基于保护司法过程完整性的固有权力,法院把该案件从案件名单中删除是合理、必要和适当的"。同上, p. 1362.

[122] 例如参见:*Nicaragua* v. *Colombia*, ICJ Reports, 2007, para. 48. 还可以参见在下面这个案件中对初步反对意见的判决,*Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 1998, p. 275.

[123] *Nicaragua* v. *Columbia*, ICJ Reports, 2007, para. 51. 然而,法院在判决自己的管辖权时"涉及到案件实体问题的某些方面"是可能的,同上。

第 36 条第 1 款

根据《规约》第 36 条第 1 款的规定，法院对当事方向其提交的任何案件以及《宪章》或有效的条约或公约中所特别规定的任何事项具有管辖权。[124] 如同仲裁一样，当事方可能通过一个特别协议或专门协议（*compromis*）将某争端提交国际法院。特别协议或专门协议对争端的事由以及法院发挥作用的框架都将作出明确说明。[125] “敏基埃和埃克勒荷岛”案（*Minquiers and Ecrehos* case）[126] 以及其他许多案件都采用了这种方法。[127]

法院的管辖权建立在当事方同意的基础之上。[128] 当事方的同意不需要任何特定的
1076 形式。在某些情形中，法院可以从当事方的行为中推断出其已经表示同意。在“科孚海峡（初步反对）”案（*Corfu Channel* (*Preliminary Objections*) case）[129] 中，法院从原告国（英国）的单方面适用以及另一方（阿尔巴尼亚）随后提交的表示接受法院管辖权的信件中推断出存在同意。通过提起诉讼之后的行为确立国家同意接受法院管辖权的这种想法被称为“应诉管辖理论”。[130] 通常，它产生的情形是，一方向法院提交申请书，法院单方面邀请另一国就某个特定争端接受管辖权，如果对方国家不接受，法院对该争端就没有

---

[124] 也可以参见：《国际法院规约》第 40 条和《国际法院规则》第 39 条。

[125] 例如参见：L. C. Marion, “La Saisine de la CIJ par Voie de Compromis”, 99 RGDIP, 1995, p. 258.

[126] ICJ Reports, 1953, p. 47; 20 ILR, p. 94.

[127] 例如参见：*Belgium/Netherlands Frontier Land* case, ICJ Reports, 1959, p. 209; *Tunisia/Libya Continental Shelf* case, ICJ Reports, 1982, p. 18; 67 ILR, p. 4 以及 *Libya/Chad* case, ICI Reports, 1974, p. 6; 100 ILR, p. 1.

[128] 参见：*Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 3, 32; 76 ILR, pp. 349, 366. 在“对突尼斯/利比亚案的判决申请解释和复核”案中，法院指出，“争端当事方的同意是法院获得诉讼管辖权的基础”，这是“一项基本原则”，参见：*Application for the Interpretation and Revision of the Judgment in the Tunisia/Libya Case* case, ICJ Reports, 1985, pp. 192, 216; 81 ILR, pp. 419, 449, 在该案件中，法院援引了下面这个案件：*Interpretation of Peace Treaties* case, ICJ Reports, 1950, p. 71; 17 ILR, pp. 331, 335. 也可以参见：*Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 421 以及 *Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda*, ICJ Reports, 2006, pp. 6, 18. 法院还指出：“它的管辖权建立在当事国同意的基础之上，而且只限于它们所接受的范围”。它还说：“必须把表示这种同意的条件看作是对它作出的限制……对这种条件进行审查涉及法院的管辖权，而不涉及申请书的可受理性问题”，同上，p. 39. 还可以参见：*Djibouti* v. *France*, ICL Reports, 2008, para. 48.

[129] ICJ Reports, 1948, p. 15; 15 AD, p. 349.

[130] 例如参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 695 ff., 以及 S. Yee, “Forum Prorogatum in the International Court”, 42 German YIL, 1999, p. 147.

管辖权。[131]

法院对这种理论进行了非常谨慎的解释，以便避免给人造成法院通过虚构的手段企图逐步扩大自己管辖权的印象。如果是推断的话，必须清楚地存在同意，不能仅仅是一个技巧的产物。[132] 法院强调指出，这种同意必须是“自愿的，而且必须是不具争议的”。[133] 在“科孚海峡”案中，英国尤其试图以安理会作出的该争端应当提交法院的建 1077
议为由认为法院具有管辖权，因为根据《宪章》第 25 条的规定，安理会作出的这种“决定”对联合国的会员国具有法律拘束力。[134] 因此，英国坚持认为，阿尔巴尼亚有义务接受法院的管辖权，而无论其是否表示同意。国际法院并没有审理这个观点，因为它实际上推定了同意。但是，在一项联合个别意见中，法院中有 7 位法官表示反对。这被视为引进强制管辖新内涵的一种尝试。[135] 相关事件是否表明当事方之间存在把案件提交法院的协议？“卡塔尔诉巴林”案是关于这个问题的很难处理的一个案件。[136] 问题的核心是两国外交部长在 1990 年 12 月签订的一项会议纪要（《多哈纪要》）。该会议纪要的地位是有争议的[137]，但是，法院认为，它构成国际法上的协议。[138] 当事方对该会议纪要的

---

[131] 参见《规则》第 38 条第 5 款。刚果共和国在 2002 年 12 月 9 日起诉法国，2003 年 4 月 11 日法国对该起诉表示接受管辖，参见：ICJ Press Release 2003/14 以及法院 2003 年 6 月 17 日发布的命令；法国还对吉布提在 2006 年 1 月 9 日提交的申请书表示接受法院的管辖权，参见：法院 2008 年 6 月 4 日的判决书。在该判决书中，法院指出：“要使法院基于被告国应诉获得管辖权，必须存在明确的同意，或者可以从国家的有关行为中明确可以推导出已经表示同意”（第 62 段），而且，同意的程度（以及法院的管辖权）取决于申请书中的内容与对方国家表示的同意内容的一致程度，第 65 段。它强调指出：“当管辖权是基于被告国的应诉时，必须对被告国表述的同意的范围非常谨慎”，第 87 段。2007 年 4 月 18 日，卢旺达起诉法国，但截至本版写作时，法国还没有对管辖权表示同意，参见：ICJ Press Release 2007/11.

[132] 例如参见：*Monetary Gold* case, ICJ Reports, 1954, pp. 19, 31; 21 ILR, pp. 399, 406. 但是，比较下面这些案件：*Treatment in Hungary of Aircraft of the USA* case, ICJ Reports, 1964, pp. 99, 103; *Aerial Incident* (USA v. USSR) case, ICJ Reports, 1956, pp. 6, 9, 12, 15 以及 the two *Antarctic* cases, ICJ Reports, 1958, p. 158, 以及同上，1959, p. 276. 注意：1978 年《国际法院规则》第 38 条第 2 款规定，申请书必须尽可能指出法院据以确立管辖权的法律基础。还可以参见：*Djibouti* v. *France*, ICJ Reports, 2008, para. 163.

[133] *Corfu Channel*（初步反对）ICJ Reports, 1948, p. 27. 也可以参见：*Application of the Genocide Convention*, ICJ Reports, 1996, pp. 595, 621.

[134] 尽管阿尔巴尼亚当时并非联合国会员国，但它同意就该争端履行会员国义务。该申请书部分是以第 36 条第 1 款为基础的。该条款规定：法院的管辖权也包括“《联合国宪章》中所特定之一切事件”。

[135] ICJ Reports, 1948, pp. 15, 31—2; 15 AD, pp. 349, 354.

[136] ICJ Reports, 1994, p. 112 以及 ICJ Reports, 1995, p. 6; 102 ILR, pp. 1 and 47. 参见：M. Evans, “Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Jurisdiction and Admissibility”, 44 ICLQ, 1995, p. 691.

[137] 争议主要是：是否规定了必须是双方一起向法院提交申请还是仅仅规定了单方就可以提交？

[138] ICJ Reports, 1994, p. 121; 102 ILR, p. 18.

内容也存有争议，并因此成为向法院提交的争端的主题。巴林认为，有关问题也包括对祖巴拉(Zubarah)的"主权"问题，而卡塔尔则认为，这只是巴林一方对问题的描述。[139] 法院的结论是，这足以说明它们同意把整个争端，包括对该点的分歧，都提交法院。[140]
1078 因此，作出这项决定之后，关于同意原则的范围仍然存在问题。[141]

法院只能对已经表示同意的国家行使管辖权[142]，"因此不能对不属于诉讼当事方的第三方的法律权利作出裁决"，这是一项确定的原则。[143] 因此，根据这项原则，法院不会审理国家之间实际上将可能未经同意对第三国的诉讼。在"货币黄金"案(*Monetary Gold* case)[144]中，这项规则得到了强调。在该案中，法院指出，当第三方的法律利益"成为判决的对象"时，法院不能在该国缺席的情况下审理该案件。在"尼加拉瓜"案中，法院指出，"货币黄金"案中的情形"可能是法院拒绝行使管辖权的权力范围"。[145] 在"瑙鲁"案(*Nauru* case)中，这种做法再次得到了强调。在该案中，法院强调指出，"如果第三国可能受到影响的合法利益并不属于需要判决的对象"，那么第三国没有请求参加诉讼"并不能阻止法院审理所提交的案件"。[146] 法院提到的标准是，对第三国责任的判断是否属于一方对另一方向法院提起诉讼请求的前提条件。[147] 在"东帝汶"案[148]中，法院认为，它不能对不属于案件当事方的另一国的行为的合法性问题进行裁决，无论有关义务的性质是什么(即：即使它们属于本案中有关自决权那样的对一切的义务)。[149] 法院认为，从

---

[139] ICJ Reports, 1995, pp. 9—11; 102 ILR, pp. 50—2.

[140] ICJ Reports, 1995, pp. 17 and 25; 102 ILR, pp. 58 and 66. 五位持反对意见的法官中有四位对这点提出质疑。他们认为，没有确切提到对祖巴拉(Zubarah)的主权问题，参见：ICJ Reports, 1995, pp. 49, 55 ff., 72 and 74—5; 102 ILR, pp. 90, 96 ff., 113 and 115—16.

[141] 也可以参见：E. Lauterpacht, "'Partial' Judgements and the Inherent Jurisdiction of the International Court of Justice" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 465.

[142] 例如参见：*Libya/Malta* case, ICJ Reports, 1984, pp. 3, 24; 70 ILR, pp. 527, 553, *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1984, pp. 392, 431; 76 ILR, pp. 104, 142, *El Salvador/Honduras* case, ICJ Reports, 1990, pp. 92, 114—16; 97 ILR, pp. 214, 235—7, 以及 *Nauru* case, ICJ Reports, 1992, pp. 240, 259—62; 97 ILR, pp. 1, 26—9.

[143] *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, pp. 303, 421.

[144] ICJ Reports, 1954, pp. 19, 54; 21 ILR, pp. 399, 406. 在这个案件中，意大利认为，英国、美国和法国政府应当把1946年1月14日《巴黎文件》第三部分规定的意大利作为对阿尔巴尼亚据称造成的损失从而可能交给阿尔巴尼亚的黄金货币交给意大利。阿尔巴尼亚在这个案件中没有申请参加诉讼。

[145] ICJ Reports, 1984, pp. 392, 431; 76 ILR, pp. 104, 142.

[146] ICJ Reports, 1992, pp. 240, 261; 97 ILR, p. 28.

[147] 同上。还可以参见：*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 237—8.

[148] ICJ Reports, 1995, pp. 90, 101 ff.

[149] 同上，p. 102.

案情来看，它必须对印度尼西亚对东帝汶实施的行为的合法性进行裁决，这是对葡萄牙对澳大利亚提起的诉讼请求进行审理的前提条件[150]，而且，该项裁决实际上就是请求作 1079
出判决的诉讼对象，因此将违反“货币黄金”案原则。[151]

除了国家特别将争端提交国际法院解决的那些情形之外，法院也有权对国际条约产生的争端进行管辖，这些条约包括对此作出规定的“协议条款”。[152] 实际上，有相当多的国际条约，无论是双边的还是多边的，都有规定把因解释和适用这些条约可能引起的争端提交国际法院解决。[153] 相对重要的这种公约有：1948 年的《灭种罪公约》、1965 年的《关于投资争端的公约》、1965 年的《消除一切形式种族歧视国际公约》以及 1970 年的《关于劫机的海牙公约》。在“适用《灭种罪公约》（波斯尼亚诉南斯拉夫）”案[154]中，法院根据《灭种罪公约》第 9 条的规定获得了管辖权。在“在伊朗的美国外交和领事人员”案（“伊朗人质案”）（*US Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case（the *Iranian Hostages* case））[155]中，法院根据《关于强制解决争端之任择议定书》（伊朗和美国都是缔约国）第 1 条的规定获得了管辖权（1961 年《维也纳外交关系公约》和 1963 年《维也纳领事关系公约》都有此任择议定书）。该议定书的共同第 1 条规定，因解释或适用本公约引起的争端属于国际法院强制管辖范围。在“尼加拉瓜”案[156]中，法院尤其根据 1956 年的《美国和尼加拉瓜友好、通商和航海条约》第 24 条第 2 款的规定获得了对该案件的管辖权。该条款规定，因解释或适用该条约引起的争端提交国际法院解决，除非争端当事方同意通过一些其他的具体方式解决争端。 1080

在“关于边界和越界武装行为（尼加拉瓜诉洪都拉斯）”案（*Case Concerning Border and Transborder Armed Actions* (*Nicaragua* v. *Honduras*)）[157]的管辖权和可受理性问题的

---

[150] 同上，p. 104.

[151] 同上，p. 105. 也可以参见：*Larsen* v. *Hawaiian Kingdom* 119 ILR, pp. 566, 588—92.

[152] 也可以参见：《国际法院规约》第 40 条以及《国际法院规则》第 38 条。

[153] 参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, chapter 11. 国际法院网站上列出的这种条约大约有 300 个，包括双边和多边的，参见：http://www.ici-cij.org/iciwww/ibasic-documents/ibasictext/ibasictreatiesandotherdocs.htm. 对于此点，还必须提到赋予常设国际法院管辖权的条约，参见：《国际法院规约》第 37 条。也可以参见：J. Charney, “Compromisory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, 81 AJIL, 1989, p. 85.

[154] ICJ Reports, 1996, pp. 595, 615—17（关于初步反对意见）。也可以参见：ICJ Reports, 1993, pp. 3 and 325; 95 ILR, pp. 18 and 43（两个关于临时措施的命令）。

[155] ICJ Reports, 1980, pp. 3, 24; 61 ILR, pp. 530, 550.

[156] ICJ Reports, 1984, pp. 392, 426—9; 76 ILR, pp. 104, 137. 参见：Briggs, “*Nicaragua* v. *United States*: Jurisdiction and Admissibility”, 79 AJIL, 1985, p. 373.

[157] ICJ Reports, 1988, pp. 69, 76; 84 ILR, pp. 218, 231.

裁定中，国际法院强调指出，是否存在管辖权的问题是法律问题，并取决于当事方的意图。在法院看来，该案件中的管辖权问题集中在1948年的《波哥大协定》第31条。该条款宣布，当事方"根据《国际法院规约》第36条第2款……承认在与任何其他的美洲国家的关系上，法院……对它们之间产生的所有具有司法性质的争端具有事实上的强制管辖权"。洪都拉斯对管辖权提出了异议，认为第31条并无意具有独立的效力，而仅仅是鼓励当事方向国际法院交存接受国际法院强制管辖权的单方面声明，而且，只有当第32条规定的协商程序被穷尽之后才能够援引第31条。法院通过对这些条款的解释驳回了这种观点。[158]

第31条根本没有规定其包含的义务可以通过以后的单方面声明得到修正，并且，也没有规定仅仅提到《规约》第36条第2款就不足以具有产生该种义务的效果。[159] 该协定第32条提到在协商失败之后诉诸国际法院的权利为国际法院的管辖权提供了第二项基础，而不是对第一项基础的限制。[160] 换句话说，该协定第31条中所包含的义务足以使国际法院获得管辖权。[161]

当生效的条约规定把某个事项提交常设国际法院或提交国际联盟设立的法庭时，《规约》第37条宣布，如果争端的当事方是《规约》的当事国，这种事项应当提交给国际
1081 法院。这基本上是一个起到桥梁作用的连接条款，使旧的常设国际法院与新的国际法院具有某种程度的连续性。[162] 根据《规约》第36条第6款的规定，法院有权在某个争端中对自己的管辖权作出判断。[163]

---

[158] ICJ Reports, 1988, pp. 78—90. 法院具有管辖权和案件具有可受理性的裁定是一致通过的。

[159] 同上，pp. 85—8.

[160] 同上，pp. 88—90.

[161] 根据该协定第6条的规定，第31条不适用于那些已经通过当事国的安排、仲裁裁决或国际性的法院的判决解决的事项，也不适用于受到签订该协定时已经生效的协议或条约调整的事项。参见：*Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2007, paras. 53 ff. and 120。在该案件中，法院驳回了哥伦比亚基于第31条对法院管辖权提出的反对意见。

[162] 例如参见：*Ambatielos* case（初步反对），ICJ Reports, 1952, p. 28; 19 ILR, p. 416 以及 *Barcelona Traction* case（初步反对），ICJ Reports, 1964, p. 6; 46 ILR, p. 18. 比较：*Aerial Incident* case, ICJ Reports, 1959, p. 127; 27 ILR, p. 557.

[163] 参见：I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, The Hague, 1965. 这是司法职能一般具有的特点，例如参见：*Effect of Awards* case, ICJ Reports, 1954, pp. 47, 51—2; 21 ILR, pp. 310, 312, 以及 *Nottebohm* case, ICJ Reports, 1953, pp. 111, 119; 20 ILR, pp. 567, 572. 也可以参见前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭审理的"塔迪奇"案：*Tadić* case, IT-94-1-AR72, pp. 7—9.

第 36 条第 2 款[164]

这个条款对于扩大国际法院的管辖权具有非常重要的作用。第 36 条第 2 款是所谓的“任择条款”,规定:

> 本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端,对于接受同样义务之任何其他国家,承认法院之管辖为当然而具有强制性,不需另订特别协定:
>
> (子) 条约之解释。
>
> (丑) 国际法之任何问题。
>
> (寅) 任何事实之存在,如经确定即属违反国际义务者。
>
> (卯) 因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。

这个条款的目的是为了让越来越多的国家通过不断接受该条款来逐渐扩大其管辖权。到 1984 年年底,已经生效的声明有 47 份,交存于联合国秘书长,不到《国际法院规约》当事国的三分之一。到 2008 年 5 月 15 日,数量已经上升到 65 份。[165] 1082

在“喀麦隆诉尼日利亚(初步反对)”案(*Cameroon* v. *Nigeria* (*Preliminary Objections*) case)中,法院讨论了这种声明的性质。法院陈述到,

> 任何根据第 36 条第 2 款接受法院管辖权的《规约》当事国,在其与以前同样接受该条款的国家的关系上表示接受法院的管辖。同时,它也是向其他尚未交存接受管辖的声明书的《规约》其他当事国发出的一项长期要约。万一某一天这种国家以交存表示接受管辖的声明书的方式接受了这种要约,就表明两国之间存在同意,没有必要再符合其他条件。[166]

根据第 36 条第 2 款作出的声明大多数都是有条件的,而且,值得注意的是,都是以互惠为基础的。这意味着,只有当两个争端当事国的声明涉及相同一个问题或几个问题

---

[164] 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, chapter 12. 也可以参见:J. G. Merrills, “The Optional Clause Today”, 50 BYIL, 1979, p. 87, 以及 Merrills, “The Optional Clause Revisited”, 64 BYIL, 1993, p. 197; L. Gross, “Compulsory Jurisdiction under the Optional Protocol: History and Practice” in Damrosch, *International Court of Justice at a Crossroads*, p. 19; E. Gordon, “‘Legal Disputes’ Under Article 36(2) of the Statute”, *ibid.*, p. 183; M. Vogiatzi, “The Historical Evolution of the Optional Clause”, 2 *Non-State Actors and International Law*, 2002, p. 41, 以及 M. Fitzmaurice, “The Optional Clause System and the Law of Treaties”, 20 *Australian YIL*, 2000, p. 127.

[165] 参见:http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasictext/ibasicdeclarations.htm.

[166] ICJ Reports, 1998, pp. 275, 291.

时,法院才能根据第 36 条第 2 款获得管辖权。这种最小公分母理论在根据这个任择条款接受法院管辖权的国家与接受同样义务的任何其他国家之间就会发挥作用。当事方之间没有必要作出同样内容的声明,但是,双方的声明必须都同意把有关争端提交国际法院管辖。

在实践中,这就可能会出现一方援引对方在其声明中提出的条件或保留的情形。在法国和挪威之间的"挪威贷款"案(*Norwegian Loans* case)[167]中就出现了这种情形。法院指出,

> 既然涉及两份单方面声明,法院只有在赋予法院管辖权的两份声明一致的范围内获得对案件的管辖权。在对两国的声明进行比较后,法院发现,法国的声明是在比挪威声明更小的范围之内接受法院的管辖权;因此,作为法院管辖权基础的当事
> 1083 方的共同意志只能存在于法国的保留所作出的更小范围之内。[168]

因此,挪威有权援引法国的保留,拒绝接受法院的管辖权。但是,更多情况下是取决于声明的确切内容。根据《常设国际法院规约》的任择条款作出的、并且仍然有效的声明继续适用于国际法院[169],但是,在以色列和保加利亚之间的"空中事件"案(*Aerial Incident* case)[170]中,法院宣布,这实际上只能适用于在 1945 年签署《国际法院规约》的国家,因此与保加利亚这样的国家是无关的,因为它们在许多年之后加入联合国时才成为《国际法院规约》的当事国。

在"尼加拉瓜"案的管辖权阶段,也产生了这个问题。[171] 尼加拉瓜宣称,它已经在 1929 年接受了常设国际法院的强制管辖权,但没有批准。美国则辩称,这样的话,尼加拉瓜就从来没有成为《常设国际法院规约》的当事国,因此就不能援引第 36 条第 5 款。在一个非常有趣的判决中,法院注意到,尼加拉瓜的声明是无条件的,并且不受时间限制的,具有"某种潜在效力",而第 36 条第 5 款中使用的"仍然有效的"这个措辞可以被解释为包含那些只是具有潜在效力、而不具有拘束效力的声明。法院认为,尼加拉瓜在

---

[167] ICJ Reports, 1957, p. 9; 24 ILR, p. 782.

[168] ICJ Reports, 1957, p. 23; 24 ILR, p. 786. 但是,注意劳特派特法官的个别意见,参见:ICJ Reports, 1957, p. 34; 24 ILR, p. 793. 也可以参见:the *Right of Passage* case, ICJ Reports, 1957, pp. 125, 145; 24 ILR, pp. 840, 845 以及 the *Interhandel* case, ICI Reports, 1959, pp. 6, 23; 27 ILR, pp. 475,487.

[169] 《规约》第 36 条第 5 款。

[170] ICJ Reports, 1959, p. 127; 27 ILR, p. 557.

[171] ICJ Reports, 1984, pp. 392,403—12; 76 ILR, pp. 104, 114.

1945年批准《国际法院规约》具有把这种潜在效力转化成拘束效力的效果。[172] 因为正是这样，尼加拉瓜就可以援引美国在1946年作出的接受法院强制性管辖权的声明作为必需的互惠条件。[173]

不同的国家根据任择条款在声明中作出的限制国际法院管辖权的保留存在很大差别。通常，保留的目的是试图阻止法院介入那些其认为涉及关键利益的争端。许多国家，特别是美国，设定的条件是，那个国家"认为"属于国内管辖的事项属于自动排除在 1084
法院审查范围内的事项。[174] 这种类型的保留（以美国对相关立法的提出者康纳利的名字而著称的《康纳利修正案》（Connally Amendment））的有效性问题受到广泛质疑[175]，尤其是因为其看来与法院根据第36条第6款具有决定自己管辖权的权限发生冲突，而且实际上，它等于不承认根据声明本身作出的接受法院管辖的事实。确实，国内管辖的界定属于国际法上的问题，而不是国内法上的问题，这是一项确定的国际法原则。[176]

许多保留涉及时间要求（属时管辖权）。[177] 根据这种要求，经过一段期限后或终止管辖的通知交存给联合国秘书长后的特定时间内，接受管辖权的声明将到期。一些国家把它们作出声明前或声明后某个特定日期产生的争端排除国际法院的管辖[178]，也可能作出属人管辖权方面的保留，例如英国就对英联邦成员国之间的争端作有这种保留[179]，

---

[172] 法院还指出，由于法院的出版物上将尼加拉瓜列为根据第36条第5款的规定接受国际法院强制性管辖的国家，而且没有国家提出反对，因此可以断定上述解释是成立的，同上。法院还把当事国的行为看作是第36条第5款产生争议时对尼加拉瓜提出的反对意见的默认，参见：ICJ Reports, 1984, pp. 411—15; 76 ILR, p. 122.

[173] 但是，参见莫斯勒（Mosler）法官的个别意见，ICJ Reports, 1984, pp. 461—3；小田滋（Oda）法官的个别意见，同上，pp. 473—89；阿戈（Ago）法官的个别意见，同上，pp. 517—27；以及詹宁斯（Jennings）法官的个别意见，同上，pp. 533—45，以及施韦布（Schwebel）法官的反对意见，*ibid.*, pp. 562—600; 76 ILR, pp. 172, 184, 228, 244 and 273.

[174] 参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 748 ff.

[175] 例如参见：L. Henkin, "The Connally Reservation Revisited and, Hopefully, Contained", 65 AJIL, 1971, p. 374，以及 Preuss, "The International Court of Justice, the Senate and Matters of Domestic Jurisdiction", 40 AJIL, 1946, p. 720. 也可以参见：劳特派特法官在下面这些案件中的意见，：*Norwegian Loans* case, ICJ Reports, 1957, pp. 9, 43—66; 24 ILR, pp. 782, 800; *Interhandel* case, ICJ Reports, 1959, pp. 6, 77—8 and 93; 27 ILR, pp. 475, 524, 534，以及 A. D'Amato, "Modifying US Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the World Court", 79 AJIL, 1985, p. 385.

[176] 参见：上文，第12章，第647页。

[177] 参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 751 ff.，以及 Merrills, "Revisited", pp. 213 ff.

[178] Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, p. 753 ff. 例如，英国就在1963年作出的声明中把1939年9月3日至1945年9月2日发生的事实而引起的争端排除在外，Cmnd 2248. 在1969年的声明中，英国改变了上述声明，明确宣布只适用于1945年10月24日以后产生的争端，Cmnd 3872.

[179] 参见：Merrills, "Revisited", pp. 219 ff.

还可能作出属事管辖权方面的保留，把已经同意采取其他争端解决方式的争端予以排
1085 除[180]，甚至还设定有其他严格的条件。[181] 但是，一旦法院已经在审理某个争端，任何一方的声明到期或终止都不能改变对该案件的管辖权。[182]

国家可能会撤回或修改其作出的声明。[183] 美国 1946 年的声明规定，在作出通知的六个月后，声明就终止。法院在"尼加拉瓜"案的管辖权阶段[184]需要裁定的是，明确想要得到立即适用的一项修改通知[185]能否对原先的声明产生效力。它裁定，六个月通知的条款仍然是有效的，尼加拉瓜可以针对美国援引该条款，因为它是包含该条款的文件整体部分的其中一项义务。

根据第 36 条第 2 款发表的声明构成单方面行为，法院将对它们进行解释，以便确定是否已经就管辖权互相表示了同意，并且根据"一种自然而合理的方式，并在充分考虑有关国家接受法院强制管辖权时的意图"的情况下进行解释。[186]

法院强调指出，"在法院对某个争端是否存在管辖权与成为争端对象的某个行为是否符合国际法之间存在根本区别"。[187] 即使是关于那些具有对一切性质的权利和义务或一般国际法强制规范（强行法）时，也是如此。如果某项原则在国际法体系中具有这种 更高的效力，仅仅这一事实本身并不足以产生管辖权，因为管辖权仍然取决于各国的

---

[180] 同上，pp. 224 ff. 参见：*Nauru* case, ICJ Reports, 1992, pp. 240, 245—7; 97 ILR, pp. 1, 12—14. 法院强调指出，根据第 36 条第 2 款作出的声明只能针对国家之间的争端，因此不能适用于管理当局与土著居民之间签订的托管协议而引起的争端，同上。也可以参见：*Guinea-Bissau/Senegal* case, ICJ Reports, 1990, p. 64 以及同上, 1991, p. 54; 92 ILR, pp. 1 and 30.

[181] 例如关于领土事项的保留，参见：Merrills, "Revisited", pp. 234 ff.

[182] 例如参见：*Nottebohm* case, ICJ Reports, 1953, p. 111; 20 ILR, p. 567. 也可以参见：沙哈布丁（Shahabuddeen）法官在下面这个案件中发表的个别意见：*Request for an Examination of the Situation in the Nuclear Tests Case* case, ICJ Reports, 1995, pp. 288, 315.

[183] 例如参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 783 ff. 一国可以放弃对管辖权提出的保留，但必须是毫不含糊地作出，参见：*Application for Revision and Interpretation of the Judgment in the Tunisia/Libya Case*, ICJ Reports, 1985, pp. 192, 216; 81 ILR, pp. 419, 449, 以及 *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 33; 76 ILR, pp. 349, 367.

[184] ICJ Reports, 1984, pp. 392, 415—21; 76 ILR, p. 126.

[185] 排除了两年内与中美洲国家有关的争端，例如参见：A. Chayes, "Nicaragua, the United States and the World Court", 85 *Columbia Law Review*, 1985, p. 1445; K. Highet, "Litigation Implications of the US Withdrawal from the Nicaragua case", 79 AJIL, 1985, p. 992, 以及美国国务院关于从尼加拉瓜向国际法院提起的诉讼中撤回诉讼所发表的声明，22 *ILM*, 1985, p. 246.

[186] *Spain* v. *Canada*, ICJ Reports, 1998, pp. 432, 454; 123 ILR, pp. 189, 214.

[187] *Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1351.

同意。[188] 然而,法院还强调指出,无论它发现对于某个特定的争端是否具有管辖权,各 1086
国"仍然在一切情形下需要对那些可归因于它们的侵犯其他国家权利的行为负责"。[189]

一旦法院确立起了管辖权,它必须根据已经发现存在管辖权的表述来审理争端的内容,因为原则上,就有关争端来说,法院不能审理它断定的双方一致同意的范围以外的事项。[190] 然而,法院有权决定自己的管辖权的含义,并可以基于案情在自己认为适当的时候,对有关协议、条约或声明的内容进行解释。[191] 例如,在"石油平台"案(伊朗诉美国)(*Oil Platforms* (*Iran* v. *USA*))中,关于对 1955 年的《美国—伊朗友好、经济关系和领事权利条约》的解释或适用引起的争端,法院根据该《条约》第 21 条第 2 款确定自己具有管辖权。该《条约》第 20 条第 1 款第 4 项规定,该条约"不得排除缔约一方为履行维护或恢复国际和平与安全的义务而采取的必要的,或为保护自己基本安全利益而必要的……措施。"法院以一种看来有点扩大的做法指出,"对该条款的解释和适用肯定需要对国际法中行使合法自卫权的条件进行分析",它还进一步认为,适用该条款的问题将"涉及国际法中禁止使用武力原则,以及行使自卫权对这一原则构成的限制"。[192]

法律渊源、案件适当性以及法律利益

在审理时,法院将适用第 38 条规定的国际法规则(条约、习惯、一般法律原则)。[193] 1087
但是,法院也可以根据"公允及善良"原则裁判案件,即:经当事国同意,不受技术性的法律规则的限制自由地依据正义和公平。[194] 这还没有发生过。不过,不应当把它与国际法院以国际法框架为依据在案件中适用某些公平考虑因素的能力相混淆。[195] 在关于"威胁或使用核武器的合法性"案的咨询意见中,产生了对于有关案件找不到国际法的

---

[188] *Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda*, ICJ Reports, 2006, pp. 6, 32 and 52. 关于对一切的义务和强行法,参见:上文,第 3 章,第 123 页。

[189] *Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, pp. 1307, 1351.

[190] 例如参见:*Oil Platforms* (*Iran* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2003, pp. 161, 183; 130 ILR, pp. 323, 342.

[191] 参见:《规约》第 36 条第 6 款;以及 Rosenne, *Law and Practice*, vol. II, pp. 812 ff.

[192] ICJ Reports, 2003, pp. 161, 182—3. 注意:在对管辖权提出初步反对阶段,法院认为,"如出现情况,该条款只限于赋予当事国对案件实体问题可能提出的一项抗辩理由",ICJ Reports, 1996, pp. 803, 811.

[193] 进一步参见:上文,第 3 章。注意:当事方可能特别要求法院考虑某种特别因素。在"利比亚/突尼斯案"中,特别协议特别要求法院将"得到第三次海洋法会议承认的最近出现的趋势"考虑进去,参见:Tunisia/Libya case, ICJ Reports, 1982, pp. 18, 21; 67 ILR, pp. 3, 14.

[194] 《规约》第 38 条第 2 款。还可以参见:A. Pellet, "Article 38" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 677 以及参见:上文,第 3 章,第 105 页。

[195] 例如参见:上文,第 11 章,第 590 页。

问题。[196] 尽管该案件因不是一个诉讼案件而并不具有拘束力，但是，法院不能对一个国际法中关键的问题给出意见的事实可能会有很多细节。法院采取的观点是，在危及国家生存的极端的自卫情形中，法院不能"确切地断定，威胁或使用核武器是合法的还是非法的"。[197] 这种无法可依的现象，很大程度上涉及原则问题，与有关法律原则的内容无关。[198]

在审理案件实体问题之前，法院可能需要审理关于管辖权或案件可受理性的初步反对意见。[199] 初步反对意见必须在申请国提交诉状后三个月内提出。[200] 法院强调指出，对管辖权提出的异议应当在诉讼的初步阶段作出裁定。[201] 对管辖权的初步反对作出的
1088 裁定并不能判决实体问题，即使审理的初步反对意见与实体问题有关联。提到实体问题只能是临时性质的。[202] 当法院裁定自己具有管辖权时，可能会以案件不适当为由拒绝行使权利。在"北喀麦隆案"(*Northern Cameroons* case)[203] 中，法院宣布，

> 它只可以对宣判时在当事方之间存在法律利益冲突的实际争议的具体案件作出宣判。从能够影响当事方已有的法律权利或义务并因此而消除它们之间法律关系的不稳定性来说，法院的判决必须具有某种实际效果。

而且，案件立案之后发生的事件可能使案件变得没有裁判的对象，因此就不需要法院作

---

[196] ICJ Reports, 1966, p. 226; 110 ILR, 163.

[197] ICJ Reports, pp. 226, 263 and 266. 这是一个遭到希金斯法官在反对意见中猛烈批评的问题，参见：同上，pp. 583, 584 ff.

[198] 参见：上文，第 3 章，第 98 页。

[199] "或其他反对"，这些反对是对实体问题进行审查前需要作出决定的，参见 1978 年《国际法院规则》第 79 条，以及本章前面的内容。

[200] 在 2000 年 12 月对第 79 条进行修改之前，可以在法院指定的提交辩状的期限内提出这种反对意见（通常是六个月或九个月时间），例如参见：*Cameroon* v. *Nigeria*（初步反对），ICJ Reports, 1998, p. 275. 也可以参见：S. Rosenne, "The International Court of Justice: Revision of Articles 79 and 80 of the Rules of Court", 14 *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 77.

[201] The *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 3, 30—1; 76 ILR, pp. 349, 364—5.

[202] 参见：*South-West Africa* cases, ICJ Reports, 1966, pp. 3, 37; 37 ILR, pp. 243, 270. 应当指出的是，案件的可受理性问题可以在审判实体问题阶段进行讨论，例如参见：*East Timor* case, ICJ Reports, 1995, p. 90; 105 ILR, p. 226. 也可以参见：C. M. Chinkin, "East Timor Moves into the World Court", 4 EJIL, 1993, p. 206.

[203] ICJ Reports, 1963, pp. 15, 33—4; 35 ILR, pp. 353, 369.

出裁判。[204]

另外,在 1966 年的"西南非洲"案(第二阶段)(*South West Africa* cases (Second Phase))[205]之后,法院也许有必要确定申请国对争端的实质问题具有法律利益。申请的动机可能出于政治因素的考虑,但那是无关紧要的,只要法律争端是明显的就可以。同样,某个具体的争端存在其他重要的内容本身也不致于使申请不可受理。[206]

证据

与国内法院不同,国际法院对于出示证据具有很大的灵活性。[207] 各国内法体系中共同具有的严格的采信规则在这里是不存在的。[208] 除其他外,法院有权判断是否存在 1089
如得到证实可能构成违反国际法义务的任何事实。[209] 它可以对证据的收集作出全面的安排,[210]可以要求代理人提供任何文件或作出任何可能必要的解释[211],或者在任何时间建立起调查机制或获取专家意见。[212] 确实,法院可以进行现场勘查。[213] 但是,它一般没有权力强行要求提供证据,也没有权力传唤证人,也不存在任何与藐视法庭类似的

---

[204] 例如参见:*Armed Actions* (*Nicaragua* v. *Honduras*) case, ICJ Reports, 1988, pp. 69, 95; 84 ILR, p. 218; *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 272; 57 ILR, p. 348; *Lockerbie* (初步反对) case, ICJ Reports, 1998, pp. 9, 26; 117 ILR, pp. 1, 24; 以及 *Democratic Republic of the Congo* v. *Belgium*, ICJ Reports, 2002, pp. 3, 14—15; 128 ILR, pp. 60, 69—70.

[205] ICJ Reports, 1966, p. 6; 37 ILR, p. 243.

[206] 参见:上文,第 1065 页。

[207] 例如参见:K. Highet, "Evidence and Proof of Facts" in Damrosch, *International Court of Justice at a Crossroads*, pp. 355, 357; 以及 C. F. Amerasinghe, "Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation", 3 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, p. 394. 也可以参见:D. V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, Charlottesville, 1975; S. Schwebel, *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, p. 125; K. Highet, "Evidence, the Court and the Nicaragua Case", 81 AJIL, 1987, p. 1; M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, The Hague, 1996, 以及 T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, pp. 335 ff.

[208] 1997 年 10 月 27 日,施韦布院长在向联合国大会致词时指出,法院"对证据的态度显然是非常灵活的",参见:http://www, icj-cij. org/icjwww/ipresscom/SPEECHES/Ga1997e. htm. 例如参见:在"科孚海峡案"中对非法获得的证据的介绍:ICJ Reports, 1949, pp. 4, 32—6; 16 AD, p. 155.

[209] 《规约》第 36 条。

[210] 《规约》第 48 条。

[211] 《规约》第 49 条。

[212] 《规约》第 50 条。根据第 43 条第 5 款的规定,法院可以审讯证人、鉴定人、代理人、律师及辅佐人。

[213] 《规约》第 44 条第 2 款以及《规则》第 66 条。

诉讼。[214] 诉诸专家是相对少的[215],诉诸证人也比较少。[216] 它几乎很少要求代理人提供文件或作出解释。迄今为止,只发生过两次现场勘查。[217] 这表明,法院基本上是在对提供的文件证据进行评估的基础上审理案件的。它也会使用一些法律技巧,例如对利益进行推断和采纳。[218]

法院将对事实作出自己的判断,然后把相关的国际法规则适用到它已经判定存在的
1090 事实,而且这些事实对回应包括被告和反诉在内的陈述是必需的。对事实的这些判定要求对证据进行评估,这些证据对于法院判定手头的哪些材料是有关的以及对据称的事实具有证明价值来说都是必需的。在这样做时,法院将对当事国提交的证据的分量、可靠性和价值作出自己的评估。[219] 法院还指出,它会谨慎对待那些专门为有关案件准备的证据材料[220]和那些单一来源的材料,但尤其会关注那些能证明对从事该行为的人员所代表的国家不利的事实或行为的可靠证据。[221] 法院还重视不偏不倚的人员对证据内容的正确性没有提出质疑的证据,还会特别关注通过对直接涉案的人员进行熟练的司法询问和交叉询问而获得的证据。[222] 然而,法院在对待国家的政府和军事人物的牵涉正在

---

[214] 参见:K. Highet, "Evidence, the Court and the Nicaragua Case", p. 10.

[215] 但是参见:*Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, p. 4; 16 AD, p. 155.

[216] 但是参见,*ibid.*, 以及 *Tunisia/Libya* case, ICJ Reports, 1989, p. 18; 67 ILR, p. 4; the *Libya/Malta* case, ICJ Reports, 1985, p. 13; 81 ILR, p. 238, 以及 the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, p. 14; 76 ILR, p. 349.

[217] 第一次是在下面这个案件中:*Diversion of the River Meuse* case, PCIJ, Series A/B, No. 70; 第二次是在下面这个案件中:*Gabčtkovo-Nagymaros Project* case, ICJ Communiqué No. 97/3, 1997 年 2 月 17 日,以及参见:ICJ Reports, 1997, pp. 7, 14; 1 16 ILR, p. 1.

[218] 例如参见:*Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, pp. 3, 9; 61 ILR, pp. 530, 535. 也可以参见:F. A. Mann, "Foreign Investment in the International Court of Justice: The ELSI Case", 86 AJIL, 1992, pp. 92, 94—5, 以及 *El Salvador/Honduras* case, ICJ Reports, 1992, pp. 351,574; 97 ILR, pp. 112,490. 特别需要指出的是"尼加拉瓜案"。在该案件中,由于在对案件实体问题进行审理时被告国没有出庭,因此对事实进行证明变得更加困难,参见:ICJ Reports, 1986, p. 14; 76 ILR, p. 349.

[219] *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 200.

[220] 然而,法院指出:如果为诉讼目的准备的宣誓书能证明某个特定的个人对事实的了解,那么也是可以接受的。参见:*Nicaragua* v. *Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 244.

[221] *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 200 and 206. 还可以参见:*Nicaragua* v. *USA*, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 41; 76 ILR, p. 349.

[222] *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 201. 还可以参见:*Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, para. 213, 在该案中,法院认为,原则上,法院将把前南斯拉夫问题国际刑事法庭在审判分庭阶段认定的事实看作是具有相当说服力的相关判决,除非这种判决在该法庭的上诉分庭被否定。另外,该法庭基于事实作出的任何评估都有权得到法院的高度重视。然而,不应当重视作出判决之前那些不涉及确定裁决的程序阶段,同上,216 ff.

审理的诉讼的证据时，会持“重大保留”的态度。[223] 法院还指出，应当谨慎对待以宣誓书形式体现出来的证人证言，在评估此种宣誓书时，必须考虑许多因素，包括是国家官员还是对诉讼结果不关心的私人作出的此种宣誓书，以及某份宣誓书是否证明存在某些事实还是仅仅代表的是关于某些事件的一种看法。然而，与有关时期同时代的证据具有特殊价值。而且，有权的政府官员就边界线发表的声明比私人发誓的声明很有可能具有更重的分量。[224] 1091

法院还可以从法律上关注那些基本上通过媒体的报道而成为众所周知的事实，只要报道已经显示出谨慎，并且不是产生于单一来源。[225] 在“刚果民主共和国诉乌干达”案（*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*）中，法院指出，在评估媒体提供的情报时，情报的一贯性和一致性尤为重要。[226]

举证责任需要由主张某个或某些事实的当事国承担。[227] 不过，法院还指出，在管辖权问题上无需承担举证责任。[228] 另一方面，对于愿意参加诉讼的国家来说，它必须承担举证责任，而且其责任相对要重。这种国家“必须能够令人信服地说明它所主张的内容，因此……就需要承担举证责任”，不过，它只需要表明它的利益可能受到影响，而不是将会或必然会受到影响。它必须查明有关具有法律性质的利益，并且说明它的利益如何可

---

[223] *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 203.

[224] *Nicaragua* v. *Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 244.

[225] 参见：*Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 41; 76 ILR, p. 349.

[226] ICJ Reports, 2005, pp. 168, 204. 关于地图作为证据的价值，参见：同上，p. 206 以及上文，第 10 章，第 519 页。

[227] 例如参见：*Nicaragua* (*Jurisdiction and Admissibility*) case, ICJ Reports, 1984, pp. 392, 437; 76 ILR, p. 1; *Fisheries Jurisdiction* (*Spain* v. *Canada*) case, ICJ Reports, 1998, pp. 432, 450; *Avena* (*Mexico* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2004, pp. 12, 41; 134 ILR, pp. 120, 144, 以及 *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, para. 204. 还应当注意关于布尔奇科（Brcko）地区实体间边界争端的仲裁庭在 1997 年 2 月 14 日的裁决中采取的观点。该命令的附件规定了对证据可采性适用的原则，并尤其指出：每一方对自己的说法承担举证责任，尤其是它声称的事实。负有举证责任的一方不仅为了支持自己的主张需要拿出证据，而且还必须使仲裁庭确信它的主张是正确的。仲裁庭没有义务遵守有关证据的严格的司法规则，证据所具有的证明力是由仲裁庭来决定的。当对事实的证据极其困难时，即使不是那么决定性的证据也可以说服仲裁庭，即那些从表面上看是决定性的证据即可，参见：36 ILM, 1997, pp. 396, 402—3.

[228] 参见：*Fisheries Jurisdiction* (Spain v. Canada) case, ICJ Reports, 1998, pp. 432, 450.

能受到影响。[229] 根据某个特定事实的不同性质，实际需要的证明标准也是不同的。[230] 在“《灭种罪公约》”案（波斯尼亚诉塞尔维亚）中，法院强调指出，它一直都认为，“如果
1092 提出的请求是针对一国极其严重的指控，那么必须用完全决定性的证据来加以证明”。需要让法院“完全相信在诉讼中所指称的，即已经实施了[《灭种罪公约》]第3条所列举的种族灭绝罪和其他行为，已经得到了清楚地证明”，而且，它还指出，关于这种行为的可归因性方面的证据，也必须适用相同的证明标准。[231]

非法或不当取得的证据也可以被考虑。不过，毫无疑问，当这种情形发生时，这种证据的证明能力将受到相应调整。[232] 例如，在“适用《灭种罪公约》（波斯尼亚诉南斯拉夫）”案请求发布第二项临时措施命令中，法院采纳了一系列文件，即使这些文件是在口头审理的前一天晚上以及口头审理阶段提交的，尽管“很难与法院正在有序进行的诉讼协调，也很难与当事方平等原则进行协调”。[233] 在审理证据问题时，法院将把其决定建立在案件的实质问题进行口头审理结束时确认的事实基础之上。[234]

就法院判决的范围而言，在“尼加拉瓜”案中，法院指出，法院“有义务将其判决限制在对于解决提交的争端非常重要的那些法律问题上”。[235] 这样，法院将寻求查明“争端

---

[229] *El Salvador/Honduras*（参加诉讼），ICJ Reports, 1990, pp. 92, 117—18; 97 ILR, pp. 112, 238—9 以及 *Indonesia/Malaysia*（参加诉讼），ICJ Reports, 2001, para. 29. 关于第三方参加诉讼，参见：后面，第1097页。

[230] 希金斯法官在下面这个案件中的个别意见：*Oil Platforms*（*Iran* v. *USA*）case, ICJ Reports, 2003, pp. 161, 233; 130 ILR, pp. 323, 392。她指出：“法院的首要目标看来是维持其在评估证据方面的自由裁量权，取决于每个案件的事实和案情”。还可以参见沙哈布丁法官在下面这个案件中的反对意见：*Qatar* v. *Bahrain* case, ICJ Reports, 1995, pp. 6, 63; 102 ILR, pp. 1, 104.

[231] ICJ Reports, 2007, para. 209. 还可以参见：*Corfu Channel*（*United Kingdom* v. *Albania*），ICJ Reports, 1949, p. 17. 希金斯法官在下面这个案件中的个别意见：*Oil Platforms*（*Iran* v. *USA*）case, ICJ Reports, 2003, pp. 161, 234。她指出：“提出的指控越严重，就越必须要求对提交的证据更确信。”

[232] 例如参见：*Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 32—6; 16 AD, p. 155. 也可以参见：H. Thirlway, “Dilemma or Chimera? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication”, 78 AJIL, 1984, p. 622, 以及 G Marston, “Falsification of Documentary Evidence Before International Tribunals: An Aspect of the Behring Sea Arbitration, 1892—3”, 71 BYIL, 2000, p. 357. 也可以参见：国际法院在下面这个案件中遇到的困难：*Qatar v. Bahrain* case, 1999年2月17日的命令。

[233] ICJ Reports, 1993, pp. 325, 336—7.《国际法院规则》第56条规定，结束书面程序之后，任何一方都不可以向法院提交任何其他文件，除非得到对方同意，或者在没有对方同意的情形下，法院在对当事方审理之后授权其认为有必要提交进一步文件的一方提交文件。

[234] *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 3, 39; 76 ILR, pp. 349, 373. 尽管需要指出的是，在“洛克比案”中，法院详细地提到了在结束口头审理程序之后三天内安理会通过的第748号决议（1992年），参见：*Lockerbie* case, ICJ Reports, 1992, pp. 3, 13; 94 ILR, pp. 478, 496.

[235] ICJ Reports, 1986, pp. 3, 110; 76 ILR, pp. 349, 444.

的真正问题",考虑提交的各种陈述书、申请书、口头辩论以及提交的其他所有文件。[236] 1093

临时措施[237]

根据《规约》第41条的规定,法院如果认为情形需要,有权指示当事国应行遵守以保全彼此权利的临时(或暂时)措施。在对临时措施的请求进行审查时,法院没有必要最终彻底弄清楚对案件的实体问题是否具有管辖权。不过,法院认为它不应指示这种措施,除非申请国援引的条款从表面上看来为确立法院的管辖权提供了可能的基础[238],无论指示临时措施的请求在关于实体问题的诉讼中是由申请国还是被申请国提出的。[239] 在确定法院从表面上看来是否具有审理案件实体问题的管辖权时,请求指示临时措施寻 1094
求保护的权利具有何种性质和范围是无关的;一旦法院已经确定从表面上看具有对案件

---

[236] *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 466—7.

[237] 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, chapter 24, 以及 Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, 2005; K. Oellers-Frahm, "Article 41" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 923; S. Oda, "Provisional Measures" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 541; B. Oxman, "Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures" in Damrosch, *International Court of Justice at a Crossroads*, p. 323; C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1987, pp. 69—74; Elias, *International Court*, chapter 3; J. G. Merrills, "Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court", 36 *Cambridge Law Journal*, 1977, p. 86, 以及 Merrills, "Reflections on the Incidental Jurisdiction of the International Court of Justice" in *Remedies in International Law* (eds. M. Evans and S. V. Konstanidis), Oxford, 1998, p. 51; L. Gross, "The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures", 74 AJIL, 1980, p. 395, 以及 M. Mendelson, "Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction", 46 BYIL, 1972—3, p. 259. 还可以参见1978年《法院规则》第73—78条。

[238] 例如参见:*Avena* (*Mexico* v. *USA*) case, ICJReports, 2003, pp. 77, 87; 134 ILR, pp. 104, 113; *Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda*, ICJ Reports, 2002, p. 241 以及 the two *Pulp Mills* (*Argentina* v. *Uruguay*),申请临时措施,ICJ Reports, 2006, pp. 113, 128—9 以及 ICJ Reports, 2007, para. 24. 还可以参见在下列案件中请求指示临时措施:*Legality of Use of Force* (*Yugoslavia* v. *Belgium*) case, ICJ Reports, 1999, pp. 124, 132 以及 *Arbitral Award of 31 July 1989* (Guinea-Bissau v. Senegal) case, ICJ Reports, 1990, pp. 64, 68; *Great Belt* case, ICJ Reports, 1991, pp. 12, 15; 94 ILR, pp. 446, 453, 在该案中管辖权问题并不是讨论的问题;以及 *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 1996, pp. 13, 21, 在该案件中,管辖权是讨论的问题。在下面这个案件中,法院宣布管辖权既包括属人管辖方面,也包括属事管辖方面:*Application of the Genocide Convention* (Bosnia v. Yugoslavia), ICJ Reports, 1993, pp. 3, 12; 95 ILR, pp. 1, 27. 注意,国际法院前院长西蒙尼斯·德·阿雷查嘉(Jiménez de Aréchega)法官曾经写到,"只有当大多数法官当时相信法院对案件实体问题具有管辖权时才可能指示临时措施",参见:"International Law in the Past Third of a Century", 159 HR, 1978 I, pp. 1, 161.

[239] *Pulp Mills* (*Argentina* v. *Uruguay*) case, 临时措施,2007年1月23日命令,ICJ Reports, 2007, para. 24.

实体问题的管辖权，它就已经处理了这个问题。[240]

当审查指示临时措施的请求时，法院"必须注意保护在以后可能会被法院判决属于申请国或被申请国一方具有的权利"[241]；不过，法院在诉讼的那个阶段没有义务对那些权利作出裁决。[242] 因此，行使这种权力的目的是为了保护"司法诉讼中作为争端主体的权利"。[243] 因此，采取的措施必须是那种一旦法院对实体问题的判决解决了关于那些权利的争端后就不再需要采取的措施。[244] 作出这种裁定的目的是为了协助法院确保诉讼的完整性。在"渔业管辖权"案[245]中，法院就指示了这种临时措施，保护英国在冰岛主张的水域渔业权。在"核试验"案[246]中，也指示了临时措施。在"渔业管辖权"案中，法院强调指出，第41条要求"对司法诉讼中作为争端内容的权利不应当造成不可弥补的损害"。[247] 但是，在"洛克比"案[248]中，法院指出，利比亚请求的措施"很有可能损害英国根
1095 据安理会第748号决议(1992年)看来明显享有的权利"。法院还说，只有当存在"防止

---

[240] 同上，para. 25.

[241] *Cameroon v. Nigeria*，临时措施，1996年3月15日命令，ICJ Reports, 1996 (I), p. 22, para. 35.

[242] *Avena* (*Mexico* v. *USA*) case，临时措施，2003年2月5日命令，ICJ Reports, 2003, pp. 77, 89; 134 ILR, pp. 104, 115.

[243] *Aegean Sea Continental Shelf* case, ICJ Reports, 1976, pp. 3, 9; 60 ILR, pp. 524, 530 以及 *Iran Hostages* case, ICJ Reports, 1979, pp. 7, 19; 61 ILR, pp. 513, 525. 也可以参见：*Arbitral Award of 31 July 1989* case, ICJ Reports, 1990, pp. 64, 69; 92 ILR, pp. 9, 14.

[244] *Arbitral Award of 31 July 1989* case, ICJ Reports, 1990, p. 69; 92 ILR, pp. 9, 14.

[245] ICJ Reports, 1972, p. 12; 55 ILR, p. 160. 也可以参见：*Anglo-Iranian Oil Co.* case, ICJ Reports, 1951, p. 89; 19 ILR, p. 501.

[246] ICJ Reports, 1973, p. 99; 57 ILR, p. 360. 在"伊朗人质"案中也指示了临时措施，参见：*Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1979, pp. 7, 19; 61 ILR, pp. 513, 525 以及"尼加拉瓜"案中，参见：*Nicaragua* case, ICJ Reports, 1980, p. 169; 76 ILR, p. 35. 也可以参见：*Great Belt* case, ICJ Reports, 1991, p. 12; 94 ILR, p. 446, *Application of the Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Yugoslavia*), ICJ Reports, 1993, pp. 3 and 325; 95 ILR, p. 1, 以及 *Cameroon* v. *Nigeria* case, ICJ Reports, 1996, p. 13. 也可以参见：*LaGrand* case, ICJ Reports, 1999, p. 9; 118 ILR, p. 37.

[247] ICJ Reports, 1972, pp. 12, 16, 30, 34; 55 ILR, pp. 160, 164; 56 ILR, pp. 76, 80. 也可以参见：*Iran Hostages* case, ICJ Reports, 1979, pp. 7, 19; 61 ILR, p. 525, *Application of the Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Yugoslavia*), ICJ Reports, 1993, pp. 3, 19; 95 ILR, pp. 1, 34 以及 *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 1996, pp. 13, 21—2.

[248] ICJ Reports, 1992, pp. 3, 15; 95 ILR, pp. 478, 498.

对这种权利造成不可弥补的损害的紧急必要性，并且在法院作出最终判决之前”[249]，才可以行使指示临时措施的权力，而且，“鉴于合理执法的要求，必须及时依据《规则》第73条的规定提出指示临时措施的请求”。[250]

为了防止“争端的恶化或扩大，当法院认为案情需要时”，法院也可以指示或发出关于有关国际义务的临时措施、建议或声明，不论当事国是否提出此种请求。[251] 在“喀麦隆诉尼日利亚”案中，法院不仅明确提到各方的权利，还敦促各方遵守达成的停火协议，在有争议区域采取一切必要措施保存相关证据，并与提议中的联合国真相调查小组保持合作。[252] 法院审慎地将各方受到保护的权利与在有争议区域对人员的危险联系起来。[253]

法院在“拉格兰德”案中首次对指示临时措施命令的法律效力问题进行了讨论和判断。法院是从《规约》使法院能够履行职责的角度，特别是从作出有拘束力的决定这样的目的和宗旨的角度出发[254]审理这个问题的。法院宣布：

> 必须对第41条按整个《规约》的上下文进行考察，这样做的目的是为了防止因为向法院提交争端的当事各方的权利没有得到保护而使得法院履行职责的权力受到妨碍。从《规约》的目的和宗旨来看，以及按上下文解释第41条的措辞来看，指 1096
> 示临时措施的权力必然要求这些措施具有拘束力，因为这种权力在情形需要的时候是建立在下述必要性基础之上的，即保障以及避免损害法院最终判决确定的当事方的权利。那种认为根据第41条作出的临时措施可能不具有拘束力的观点是与该条

---

[249] 例如参见：*Great Belt* (*Finland* v. *Denmark*) case，临时措施，1991年7月29日命令，ICJ Reports 1991，pp. 12，17；*Republic of the Congo* v. *France*，临时措施，2003年6月17日命令，ICJ Reports 2003，p. 107，para. 22以及 *Pulp Mills* (*Argentina* v. *Uruguay*) case，临时措施，2007年1月23日命令，ICJ Reports，2007，para. 32. 还可以参见：*Cameroon* v. *Nigeria*，ICJ Reports，1996，pp. 13，22以及 *Avena* (*Mexico* v. *USA*) case，ICJ Reports，2003，pp. 77，90；134 ILR，pp. 104，116.

[250] *LaGrand* (*Germany* v. *USA*) case，临时措施，1999年3月3日命令，ICJ Reports，1999 (I)，p. 14，para. 19；118 ILR，p. 44.

[251] *Cameroon* v. *Nigeria*，ICJ Reports，1996，pp. 13，23. 也可以参见 *Burkina Faso/Mali* case，ICJ Reports，1986，pp. 3，9；80 ILR，pp. 440，456以及 *Pulp Mills* (*Argentina* v. *Uruguay*) case，临时措施，2007年1月23日命令，ICJ Reports，2007，paras. 49 and 53.

[252] 参见：判决主文，ICJ Reports，1996，pp. 13，24—5.

[253] 同上，p. 23. 还可以参见：J. D'Aspremont，“The Recommendations Made by the International Court of Justice”，56 ICLQ，2007，p. 185. 注意：即使法院拒绝就临时措施发布命令，它也可以提出此种建议。

[254] 提到了1969年《维也纳条约法公约》第33条第4款，法院认定该条款是习惯国际法的反映，参见：ICJ Reports，2001，pp. 466，506.

款的目的和宗旨相悖的。[255]

直到关于实体问题的判决作出之前临时措施命令都具有拘束力。这个明确而一致的裁定可能产生很大影响。[256]

反诉[257]

《规则》第 80 条规定,只有当反诉属于法院的管辖权范围,并且"与对方提出的诉讼请求的标的存在直接联系时",法院才可以审理反诉。[258] 反诉属于一种单独的诉讼,或"自治的法律行为",但必须与本诉存在联系。[259] 它是超越仅对本诉的实体问题提出抗辩的诉讼,但不能把它作为一种手段从而向法院提交超出当事方承认的法院管辖权范围
1097 的诉讼。[260] 《规则》并没有对直接联系的含义作出界定,这是法院可以自由裁量的问题。法院已经指出,"各诉之间的联系程度必须根据事实和法律来进行评估"。[261] 法院认为,各种事实之间的直接联系是指"同一个复杂事实中那些……具有相同性质的事实部分"

---

[255] 同上, pp. 502—3. 法院还提到了其他一个相关原因,即:案件当事方必须避免采取可能对执行作出的决定带来负面影响的措施,并且,不允许采取可能加剧或扩大争端的行动这项原则,它援引了下面这个案件:*Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, PCIJ, Series A/B, No. 79, p. 199, 同上, p. 503. 法院还指出,第 41 条得以通过的准备工作并不排除根据该条款作出的命令具有拘束力的可能,参见:同上, pp. 503 ff.

[256] 参见:*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 258 以及 *Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, paras. 452 and 468.

[257] 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, p. 1232, 以及 Rosenne, "Counter-Claims in the International Court of Justice Revisited" in *Liber Amicorum Judge Ruda* (eds. C. A. Armas et al.), The Hague, 2000, p. 457.

[258] 经过 2000 年修改。它与以前版本第 80 条的主要区别是,强调了法院的作用。参见:Rosenne, "Revision", p. 83. 该项规则还规定,"反诉必须在辩状中提出,并且应当作为辩状中提出的诉讼请求的一部分内容。应当保留对方以书面形式在另外诉讼请求中的反诉中提出观点的权利,无论法院根据这些规则第 45 条第 2 款就登记其他的书面请求作出何种决定。"

[259] *Application of the Genocide Convention* (反诉), ICJ Reports, 1997, pp. 243, 256.

[260] 同上, p. 257.

[261] 同上, p. 258. 也可以参见:*Oil Platforms* (*Iran* v. *USA*) (反诉), case, ICJ Reports, 1998, pp. 190, 204—5. 法院还指出:反诉不必为了符合第 80 条规定的"联系"标准而依赖相同的文件,参见:*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 275.

之间的联系。[262] 在"适用《灭种罪公约》"案中,出现了法律的直接联系,因为双方都追求同样的法律目的,都要求确立违反《灭种罪公约》的法律责任。[263] 在"石油平台"案(伊朗诉美国)中,法院认为,在诉讼的实体阶段,一般说来,当事国仍然可以质疑反诉的可受理性,即使此前已经判决反诉具有可受理性。那是因为,早期的诉讼只审查了是否满足《规则》第 80 条规定的条件,即反诉和主诉的主题是否直接相关。因此,虽然不符合第 80 条,但在对实体问题的审理阶段仍然可以提出更一般的质疑。[264]

第三方参加[265]

并不存在第三方参加法院审理案件的一般权利,法院自己也没有任何让新的当事方合并参加诉讼的程序,而且,法院也没有任何可以指示第三国必须参加诉讼的权力。[266] 1098
但是,根据《规约》第 62 条的规定,某一国家如认为对某案件的判决可能影响属于该国具有法律性质的利益时,可以申请参加。[267] 根据第 63 条的规定,如果公约发生解释问题,而诉讼当事国以外尚有其他国家为该公约的签字国[268],应立即由书记官长通知各该

---

[262] 参见:*Application of the Genocide Convention* (反诉), ICJ Reports, 1997, pp. 243, 258 以及 *Cameroon* v. *Nigeria*, 国际法院,1999 年 6 月 30 日命令。还可以参见:*Oil Platforms* (*Iran* v. *USA*) (反诉) case, ICJ Reports, 1998, pp. 190, 205; *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda* (反诉), 2001 年 11 月 29 日命令, ICJ Reports, 2001, p. 664 以及 *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 259 ff.

[263] *Application of the Genocide Convention* (反诉), ICJ Reports, 1997, pp. 243, 258. 在"喀麦隆诉尼日利亚案"中,"同一个法律目的"是确立对边界事件的法律责任,国际法院,1999 年 6 月 30 日的命令。

[264] ICJ Reports, 2003, pp. 161, 210. 还可以参见:*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 261.

[265] 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, chapter 26,以及 Rosenne, *Intervention in the International Court of Justice*, Dordrecht, 1993; J. M. Ruda, "Intervention Before the International Court of Justice" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 487; C. M. Chinkin, "Third Party Intervention Before the International Court of Justice", 80 AJIL, 1986, p. 495; Elias, *International Court*, chapter 4, 以及 P. Jessup, "Intervention in the International Court", 75 AJIL, 1981, p. 903. 也可以参见:1978 年《国际法院规则》第 81—86 条。

[266] 参见:*Libya/Malta* case, ICJ Reports, 1984, p. 25; 70 ILR, p. 527, 以及 *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1984, p. 431; 76 ILR, p. 104.

[267] 也可以参见:《国际法院规则》第 81 条。是否接受请求批准参加诉讼的申请是由法院自己来决定的,参见:*Tunisia/Libya* (参加诉讼) case, ICJ Reports, 1981, pp. 3, 12; 62 ILR, p. 608.

[268] 这里可以参见:*SS Wimbledon* case, PCIJ, Series A, No. 1 (1923); 2 AD, p. 4; *Haya de la Torre* case, ICJ Reports, 1951, pp. 71, 76—7; 18 ILR, pp. 349, 356—7, 以及 *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1984, pp. 215—16; 76 ILR, pp. 74—5. 还可以参见:C. Chinkin, "Article 63" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 1369.

国家。每一个接到这种通知的国家有权参加诉讼。[269]

重要的是,即使受到本案当事一方或双方的反对,法院仍可以允许第三方参加诉讼。这种参加诉讼的目的必须根据具体情况谨慎加以限制,并且必须出于保护一国可能受到本案判决影响的具有法律性质的利益,因此,参加诉讼不能成为建立在同意基础之上的诉讼的替代手段。参加国本身并不是案件的当事方。[270]

法院似乎已经设定了允许参加诉讼相当高的标准。在"核试验"案[271]中,斐济请求参加作为一方的法国与作为另一方的新西兰和澳大利亚之间的诉讼,但法院推迟了对该申请的审查。等到法院裁定该诉讼已经变得没有实际意义了,就完全没有必要再对斐济的申请进行审查了。在"突尼斯—利比亚大陆架"案(*Tunisia-Libya Continental Shelf* case)[272]中,马耳他以它与利比亚存在大陆架划界争端为由要求参加诉讼,以便把自己
1099 的观点提交法院。法院认为,马耳他参加诉讼的真正目的是不清楚的,并且与本诉讼中的突尼斯和利比亚之间的争端或它自己与上述任何一方之间的争端并不存在任何直接的法律利益。[273] 尽管马耳他的确像本案有关地区的其他国家一样具有利益,法院说[274],想要根据第62条参加诉讼,它必须具有可能受到法院对本案的判决影响的具有法律性质的利益。

但是,在"陆地、岛屿和海域边界争端(萨尔瓦多/洪都拉斯)"案中,国际法院,包括它的前身,史上第一次允许一个第三国(即尼加拉瓜)根据《规约》第62条参加诉讼。法院一致裁定,尼加拉瓜已经证明,它具有可能受到分庭对实体问题的部分[275]判决影响的具有法律性质的利益。[276] 参加国无需说明管辖权基础,因为法院在这里的权限不是建

---

[269] 参见:*Wimbledon* case, PCIJ, Series A, No. 1 (1923), pp. 9—13,以及 *Haya de la Torre* case, ICJ Reports, 1951, p. 71; 18 ILR, p. 349.

[270] *El Salvador/Honduras* (参加诉讼), ICJ Reports, 1990, pp. 92, 134—5; 97 ILR, p. 112. 也可以参见:E. Lauterpacht, *Aspects*, pp. 26 ff.

[271] ICJ Reports, 1974, p. 253; 57 ILR, p. 398.

[272] ICJ Reports, 1982, p. 18; 67 ILR, p. 4.

[273] ICJ Reports, 1981, pp. 3, 12; 62 ILR, pp. 612, 621.

[274] ICJ Reports, 1981, p. 19; 62 ILR, p. 628. 法院也拒绝了意大利根据第62条提出的要求参加"利比亚—马耳他案"之间诉讼的请求,参见:ICJ Reports, 1984, p. 3; 70 ILR, p. 527. 法院还拒绝了萨尔瓦多提出的因为它与该诉讼的现阶段有关而要求根据第63条参加"尼加拉瓜"案诉讼的请求,参见:ICJ Reports, 1984, p. 215; 76 ILR, p. 74. 法院在这里甚至拒绝对该问题举行听审,这更加引起了争议,*ibid.*。但是,参见:五位法官发表的个别意见,ICJ Reports, 1984, p. 219; 76 ILR, p. 78.

[275] 也就是仅仅关于丰塞卡(Fonseca)湾内的水域的法律制度问题,而不包括其他有争议的问题,例如萨尔瓦多和洪都拉斯之间的海域划界以及陆地边界划界等。

[276] ICJ Reports, 1990, p. 92; 97 ILR, p. 112.

立在各方的同意基础之上的，而是来自于各方在成为《规约》当事国时同意根据《规约》赋予法院实施这种权力的基础之上。[277] 它强调指出，参加诉讼的目的是为了保护一国"具有法律性质的利益"以免可能受到其他国家（即本案当事国之间）现有案件判决的影响，而不是使第三国能够"提交一个新的案件"。[278] 1100

在"喀麦隆诉尼日利亚"案中，法院重申了"萨尔瓦多/洪都拉斯"案中采取的做法[279]，认为，从参加诉讼的司法性质和目的来看，计划参加诉讼的一方与案件当事方之间是否存在有效的管辖权联系并非是接受申请的一个前提条件。确实，"参加诉讼的程序是为了确保能够允许一个利益可能受到影响的国家参加诉讼，即使该国因为不存在管辖权的联系而不能成为当事方。"[280] 因此，只有当计划参加诉讼的一方实际上想要成为本案的当事方时，才要求计划参加诉讼的一方与案件的当事方之间存在管辖权的联系。[281]

在"印度尼西亚/马来西亚（菲律宾申请参加）"案（*Indonesia/Malaysia* (*Philippines Intervening*)）中，法院对"具有法律性质的利益"进行了解释。它断定，它不仅是指判决主文或有效的段落，还包括构成各种必要步骤的原因。[282] 在判决是否允许参加诉讼时，法院必须考察整个案件的所有情形，无论计划参加诉讼的国家所提出的法律请求是否的确会受到当事方案件判决的影响。申请参加诉讼的国家必须"令人信服地说明它所主张的内容"[283]，以及当这个国家所依赖的是案件本身的诉讼标的之外的具有法律性质的利益时，它"有必要承担责任，用特别清楚的措辞说明存在它所主张的具有法律性质的

---

[277] ICJ Reports, 1990, p. 133; 97 ILR, p. 254. 法院指出："参加诉讼程序的目的是为了确保利益可能受影响的国家可以被允许参加诉讼，即使不存在管辖权联系因此也就不可能成为案件一方的那种情形。" ICJ Reports, 1990, p. 135, 97 ILR, p. 256. 在更早的一些案件中，法院觉得有必要对这个问题进行裁决，例如参见 *Tunisia/Libya* case, ICJ Reports, 1981, pp. 3, 20; 62 ILR, pp. 612, 629, 以及 *Libya/Malta* case, ICJ Reports, 1984, pp. 3, 28; 70 ILR, pp. 527, 557.

[278] ICJ Reports, 1990, pp. 133—4.

[279] 同上, p. 135.

[280] ICJ Reports, 1999, pp. 1034—5.

[281] *El Salvador/Honduras*（参加诉讼）, ICJ Reports, 1990, pp. 92, 135; 97 ILR, p. 1 12.

[282] ICJ Reports, 2001, pp. 575, 596.

[283] *El Salvador/Honduras*（参加诉讼）, ICJ Reports, 1990, pp. 92, 117—18; 97 ILR, p. 112. 关于文件证据的基础，可以参见：*Indonesia/Malaysia*（菲律宾申请参加诉讼）, ICJ Reports, 2001, para. 81. 关于一般的举证责任和证明范围，参见：上文，第 1088 页。

利益。"[284]

在"萨尔瓦多/洪都拉斯"案的实体部分阶段[285],法院指出,由于作为参加诉讼一方
1101 的尼加拉瓜未能成为案件当事方,因此断定该国不受判决的拘束。[286] 获得法院允许参加诉讼的国家同时也获得了听审的权利,但没有接受判决拘束的义务。[287] 由于没有一方同意尼加拉瓜具有任何能够援引判决的权力[288],因此法院的判决对尼加拉瓜不具有法律拘束力。对尼加拉瓜来说,该判决不具有既判力。[289]

申请参加诉讼必须"尽快"予以立案,"不得迟于结束书面程序之时"。[290]

救济[291]

关于法院全面救济权力方面的分析相对要少得多。[292] 基本上,申请国寻求的都是要求宣布被申请国违反国际法的判决。要求作出的宣布也可能包括规定将来的行为以及确定过去行为的性质。请求作出某种宣布的判决也可能附带要求对某种因为非法行为或各种类型的损害所造成的损失(包括非物质损害)进行赔偿。[293] 请求损害赔偿可能

---

[284] *Indonesia/Malaysia*(菲律宾申请参加诉讼), ICJ Reports, 2001, para. 59. 法院断定:菲律宾在文件中已经表明,"法院对该案件进行推理或解释时,它的法律利益不可能受到影响,要么是因为它提出的观点并非印度尼西亚和马来西亚争议的观点,要么是因为它提出的观点与菲律宾声称的对北婆罗洲苏禄苏丹领地的主权问题无关",同上, pp. 603—4.

[285] ICJ Reports, 1992, pp. 351,609; 97 ILR, pp. 266, 525.

[286] 其中一个原因是因为《国际法院规约》第 59 条规定,它的判决只对当事方有拘束力,ICJ Reports, 1992, p. 609; 97 ILR, p. 525.

[287] ICJ Reports, 1992, p. 610; 97 ILR, p. 526.

[288] 因为申请参加诉讼的一方想要成为案件的当事方必须征得案件当事方的同意,同上。

[289] 同上。

[290] 《规则》第 81 条第 1 款。也可以参见:Indonesia/Malaysia(菲律宾申请参见诉讼), ICJ Reports, 2001, pp. 575, 584 ff.

[291] 还可以参见:上文,第 14 章,第 800 页。

[292] 但是参见:Gray, *Judicial Remedies*, 以及 I. Brownlie, "Remedies in the International Court of Justice" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 557. 注意:法院已经指出,当对某个特定的事项存在管辖权时,为了审查当事国一方要求对违反义务提供救济的请求,法院是不需要再对这种请求具有单独的管辖权的,参见:*LaGrand* (*Germany* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2001, pp. 466, 485; 134 ILR, pp. 1, 24, 以及 *Avena* (*Mexico* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2004, pp. 12, 33; 134 ILR, pp. 120, 136—7.

[293] 例如参见:*I'm Alone* case, 3 RIAA, 1935, p. 1609 以及 *Rainbow Warrior* case, 74 ILR, pp. 241,274 以及 82 ILR, pp. 499, 575. 还可以参见:*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 279.

不仅包括对有关国家直接造成的损害，还包括对其公民或财产造成的损害。[294] 法院也可能对相关的国际法律规定进行解释，以便个人和国家的权利在特定的案件中均得到承 1102
认。当存在对这种权利的违反时，就打开了国家替个人要求对损害进行赔偿的大门。[295] 赔偿可能包括对所有损失的弥补，或者说恢复原状（*restitutio in intergrum*）。[296] 在"大贝尔特桥"案（*Great Belt* case）中，法院认为可以发布一项要求修改或拆除该项有争议的工程的命令。[297] 在"刚果诉比利时"案中，也产生了恢复原状问题。在该案件中，法院断定，比利时有义务撤销有关的逮捕令，以便恢复原状。[298]

在"加布奇科沃—大毛罗斯项目"案中，也引起了赔偿问题。[299] 在该案件中，法院断定双方都从事了国际不法行为，因此双方都有权获得并有义务支付赔偿金。在这种"交叉犯错"的情形下，法院宣布，赔偿问题可以在一项总体解决框架内根据相互放弃或撤销所有金钱方面的诉讼请求或反诉请求而得到满意解决。[300] 当事方也可能要求法院就当事方之间尚未决定的事项进行协助。这样，在"加布奇科沃—大毛罗斯项目"案中，法院在对当事方过去的行为作出判决之后，在其判决中继续行使其权力，即"对当事方将来应当从事的行为进行判决"。[301] 1103

法院也可能提到当事一方作出的声明，并将该声明并入判决书之中，并且实际上视其为具有拘束力的单方面声明。在"拉格兰德"案中，法院注意到美国宣称的"实质行为"。美国称，它作出那些行为是为了遵守有关公约。法院断定，这种行为"表明有在这个方面全力遵守的承诺"，因此，必须把它看作符合了德国提出的要求不再重犯的一般保

---

[294] 注意，在"适用《灭种罪公约》（波斯尼亚诉南斯拉夫）案"中，波斯尼亚向法院提交的诉讼请求中包括"作为一项自身的权利及其公民的政府监护人（*parens patriae*），向波斯尼亚和黑塞哥维那赔偿上述违反国际法的行为而对人身、财产以及波斯尼亚的经济和环境造成的损害，具体数额由法院判决。"参见：ICJ Reports, 1993, pp. 3, 7; 95 ILR, p. 1.

[295] 参见：*La Grand* case, ICJ Reports, 2001, pp. 466, 514 ff.; 134 ILR, pp. 1, 53, 判决书第 128 段中的判决主文的第 3 段和第 4 段。

[296] 参见：*Chorzów Factory* case, PCIJ, Series A, No. 13, 以及 *Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, p. 4; 61 ILR, p. 502, 针对可能授予此项权力。也可以参见：Gray, *Remedies*, pp. 95—6.

[297] ICJ Reports, 1991, pp. 12, 19; 94 ILR, p. 446.

[298] ICJ Reports, 2002, para. 76. 但是参见：希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合个别意见。他们发表的观点是，"一旦他不再担任外交部长的职位，该逮捕令的非法后果也就停止了"，pp. 89—90. 也可以参见范·登·温盖特（Van den Wyngaert）法官发表的反对意见，同上，p. 183.

[299] ICJ Reports, 1997, pp. 7, 81 ff.; 116 ILR, p. 1.

[300] 同上，pp. 7, 80—1.

[301] 同上，pp. 75—6. 法院断定，"应当由当事方自己找到一条解决问题的方法，其中必须考虑该条约的目的，必须从共同而整体的角度寻找目的，以及国际环境法的规范和国际水道法的原则。"同上，p. 78.

证的请求。[302] 在"喀麦隆诉尼日利亚"案中,法院在其判决文本以及判决主文中都提到了喀麦隆的代理人就生活在该国领土上的尼日利亚人待遇的陈述,并指出,它非常满意地注意到"其作出的这种承诺"。[303]

在"拉格兰德"案中,法院采取了进一步行动,它提到了美国对外国国民进行的定罪与宣判死刑进行"复查……的义务",因为美国没有根据《维也纳领事关系公约》尊重他们的权利。[304] 在判决主文有效的第(七)段中,法院以 14 票对 1 票判决:在这种情况下,"美国应当通过它自己选择的方式允许复查,并且在考虑到其侵犯了该公约规定权利的基础上对定罪和量刑进行重新考虑"。[305]

当法院把赔偿问题留给诉讼的以后阶段解决时,当事国任何一方都不可以对法院在早先判决中作出的判决提出质疑,因为它们具有既判力,也不可以对这些判决重新提起
1104 诉讼。在当事国寻求通过直接谈判达成一项解决方案时,法院强调指出,此种谈判必须善意进行,而且必须是为了在法院作出的有关判决的基础之上找到一个令各方满意的解决方案。[306]

执行

根据第 60 条的规定,法院的判决一旦作出系属终局,不得上诉。尽管根据第 59 条的规定,法院之裁判除对于当事国及本案外,无拘束力,但是,法院的判决在发展新的国际法规则方面通常总是具有非常大的影响。[307] 法院本身不关心遵守问题,它所采取的观点是,"只要法院发现一个国家就其将来的行为作出了承诺就可以了,至于预料其将来

---

[302] ICJ Reports, 2001, pp. 466, 512—13 and 513—14; 134 ILR, pp. 1, 50—1 and 51—2. 还可以参见:*Avena* (*Mexico* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2004, pp. 12, 69; 134 ILR, pp. 120, 172.

[303] ICJ Reports, 2002, para. 317 以及判决主文第 5 段第 3 项。

[304] ICJ Reports, 2001, para. 126. 也可以参见:上文,第 13 章,第 773 页。

[305] ICJ Reports, 2001, pp. 466, 514 ff.; 134 ILR, pp. 1, 51 ff. 但是参见:R. Y. Jennings, "The LaGrand Case", 1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, pp. 1, 40. 还可以参见:*Avena* (*Mexico* v. *USA*) case, ICJ Reports, 2004, pp. 12, 69—70, 在该案中,法院认为,下面这一点是"非常重要的一点",即:它一直都在处理涉及《维也纳领事关系公约》原则的问题;而且,本案申请书中的事项,即它对墨西哥国民的评价并不意味着那些原则不能以相同的立场适用于在美国的所有外国人。法院还断定,美国必须根据判决书提供的标准对有关个人提供具有复查和重审性质的适当救济,同上, p. 70. 关于美国的反应以及美国相关的判例法,参见:上文,第 4 章, p. 164, n. 178. 还可以参见:*Request for the Interpretation of the Avena judgment*, 临时措施,ICJ Reports, 2008 年 7 月 16 日命令。

[306] *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 257.

[307] 一般参见:Shahabuddeen, *Precedent*.

可能会不遵守这种承诺，这并非法院的职权"。[308]

根据《联合国宪章》第 94 条的规定，联合国每一会员国作为任何案件的当事国，承诺遵守国际法院的判决。遇有一方不履行依法院判决应负的义务时，他方得向安全理事会申诉，后者可以提出建议或通过有拘束力的决定。没有遵守判决的例子包括"科孚海峡"案中的阿尔巴尼亚[309]、"渔业管辖权"案中的冰岛[310]以及"伊朗人质"案中的伊朗。[311] 然而，自从 20 世纪 90 年代以来，执行判决的记录是良好的。例如，尽管刚开始时有所保留，但利比亚[312]和尼日利亚[313]都在有关诉讼中接受了法院作出的有利于对方国家的判决。对于那些潜在的顽抗国家来说，必须考虑因不执行判决而产生的政治成本。[314] 1105

申请对判决的解释[315]

根据《规约》第 60 条的规定，"法院之判决系属确定，不得上诉。判词之意义或范围发生争端时，经任何当事国之请求后，法院应予解释。"《规则》第 80 条第 1 款规定，在判词之意义或范围发生争端时，任何当事国可以请求法院作出解释。请求的目的只能是要求澄清判决的含义以及法院所判决中具有拘束力的内容的范围，而不是获得对未决问题

---

[308] The *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, p. 477.

[309] ICJ Reports, 1949, p. 4; 16 AD, p. 155.

[310] ICJ Reports, 1974, p. 3; 55 ILR, p. 238.

[311] ICJ Reports, 1980, p. 3; 61 ILR, p. 530. 在 20 世纪 70 年代以及 80 年代上半期，一些被告国拒绝在法院中出庭，例如参见：*Fisheries Jurisdiction* case, ICJ Reports, 1974, p. 3; 55 ILR, p. 238; *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, p. 253; 57 ILR, p. 350; *Iranian Hostages* case, ICJ Reports, 1980, p. 3; 61 ILR, p. 530 以及 *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, p. 14. 还可以参见《规约》第 53 条，以及 H. Thirlway, *Non-Appearance before the International Court of Justice*, Cambridge, 1985; G. G. Fitzmaurice, "The Problem of the 'Non-appearing' Defendant Government", 51 BYIL, 1980, p. 89, 以及 J. Elkind, *Non-Appearance before the ICJ, Functional and Comparative Analysis*, Dordrecht, 1984.

[312] 参见：*Libya/Chad* case, ICJ Reports, 1994, p. 40. 还可以参见：上文，第 18 章，第 1011 页。

[313] *Cameroon* v. *Nigeria*, ICJ Reports, 2002, p. 303.

[314] 例如参见：C. Paulson, "Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987", 98 AJIL, 2004, p. 434, 以及 A. P. Llamzon, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", 18 EJIL, 2007, p. 815.

[315] 例如参见：Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, pp. 1616 ff. 以及 Rosenne, *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*, Leiden, 2007, 以及 K. H. Kaikobad, *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge, 2007, part III. 还可以参见：A. Zimmermann and T. Thienel, "Article 60" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 1275.

的答案。[316] 因此,请求解释必须与判决的主文有关,而不是与作出判决的推理有关,除非它们与主文不可分割。[317] 为了避免损及判决的终局性以及推迟对判决的执行,受理这种请求必须存在"特别的可注意之处"。[318]

另外,对于判词之意义或范围来说,也必须要求存在争端。关于这一点,可以参见"请求解释'阿韦纳'案判词"案(*Request for the Interpretation of the Avena judgment*)(临时措施,2008 年 7 月 16 日,第 44 段及其以下)。

复核判决的声请[319]

第 61 条的规定,声请法院复核判决的根据是发现了具有决定性的事实,而此项事实
1106 在判决宣告时为法院及声请复核的当事国所不知,但以非因过失而不知者为限。复核的申请至迟应于新事实发现后六个月内及自判决日起十年内提出。在"申请对 1982 年 2 月 24 日关于大陆架案(突尼斯/利比亚)的复核和解释"案(*Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libya)*)[320] 中,法院判定,有关的"新事实",即利比亚部长委员会于 1968 年 3 月 28 日通过的在划界第一区域划定利比亚石油特许权西部边界的决议文本,属于通过通常的谨慎本来就可以发现的事实。如果突尼斯没有注意到这个事实,那只能是因为其自己的过失所致。[321] 另外,不能说据称的新事实具有第 61 条所要求的具有决定性的事实。[322] 在"申请对 1996 年 7 月 11 日关于适用《灭种罪公约》案(初步反对)的裁定的复核"案(*Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 Concerning Application of the Genocide Convention (Preliminary Objections)*)中,法院指出,本程序的第一个阶段是审查

---

[316] 参见:*Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum* case, ICJ Reports, 1950, p. 402; 17 ILR, p. 339 以及 *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, ICJ Reports, 1985, pp. 191, 214—20; 81 ILR, pp. 420, 447.

[317] 参见:*Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 (Cameroon v. Nigeria)*, ICJ Reports, 1999, pp. 31, 35.

[318] 同上, p. 36. 法院指出:"《国际法院规约》第 60 条的语言和结构就首先反映出了既判力原则。这项原则必须得到尊重。"同上。关于既判力,参见:上文,第 101 页。

[319] 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, pp. 1623 ff. 以及 Rosenne, *Interpretation*, chapter 6, 以及 Kaikobad, *Interpretation and Revision*, part IV. 还可以参见:A. Zimmermann and R. Geiss, "Article 61" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 1299.

[320] ICJ Reports, 1985, pp. 191, 198—214; 81 ILR, p. 431.

[321] ICJ Reports, 1985, pp. 206—7; 81 ILR, p. 439.

[322] ICJ Reports, 1985, pp. 213—14; 81 ILR, p. 446.

申请的可受理性问题。[323] 法院强调指出，第 61 条要求声请复核必须以发现某些作出判决时未知的事实为基础。因此，这个事实必须在作出判决的日期已经存在，并且是在之后被发现的。作出判决后几天发生的事实并不属于"新"的事实。[324] 从判决之后的事实得出法律后果或根据事后事实重新解释法律并不属于第 61 条所规定的范围。在"声请复核 1992 年 9 月 11 日关于萨尔瓦多/洪都拉斯（尼加拉瓜参加）的判决案"（*Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 Concerning the El Salvador/Honduras (Nicaragua Intervening) Case*）[325] 中，萨尔瓦多要求复核法院在早先的判决中已经对该国和洪都拉斯之间的一段陆地边界线。法院对第 61 条规定的要件进行了详细分析[326]，然后认 1107
为，必须符合该条款中规定的每一个要件，否则必须驳回声请。[327]

对判决之后的情形的审查

如果判决的内容有规定，法院有权对以前的判决所审查的情形进行重新审查。这个可能性是非常小的，因为这将允许当事国仅仅由于某些情况已经改变而重新对已经判决的问题提起诉讼，是一种冒险举动。在"根据第 63 条对法院于 1974 年 12 月 20 日在'核试验（新西兰诉法国）'案中作出的裁定的情形申请审查"案（*Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case* case）[328] 中，要求法院对法国在南太平洋可能采取的核试验活动根据 1974 年的裁定第 63 段采取行动。第 63 段指出，"如果本裁定的基础受到影响，申请国可以根据《规约》的条款对该情形进行审查"。[329] 1974 年的裁定已经断定，没有必要对新西兰针对法国的核试验活动提出的请求作出判决，因为法国已经承诺不再进行进一步的大气层核试验。

---

[323] ICJ Reports, 2003, pp. 7, 30. 还可以参见：*Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 Concerning the El Salvador/Honduras (Nicaragua Intervening) Case*, ICJ Reports, 2003, pp. 392, 398. 后面这个案件是法庭根据第 61 条作出判决的第一个案件。例如参见：M. N. Shaw, "Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992", 54 ICLQ, 2005, p. 999.

[324] ICJ Reports, 2003, pp. 7, 30.

[325] ICJ Reports, 2003, pp. 392, 398—9.

[326] 声请应当建立在对"事实"的"发现"基础之上；发现所依赖的事实必须"具有决定性"；事实对于法院和声请复核的当事国来说应当是在判决作出时本来就"不知道的"；对这种事实的忽视不能是"因为过失"引起的；声请复核必须"从发现新事实开始六个月内"提出；而且，从判决书作出之日起十年后不得再提出声请。

[327] ICJ Reports, 2003, pp. 392, 399 and 404.

[328] ICJ Reports, 1995, p. 288; 106 ILR, p. 1.

[329] ICJ Reports, 1974, p. 477.

法院暗示:如果原先判决中的内容并非属于第60条所指的对判决的解释,也不属于第61条所指的对判决的复核的情形,则可以根据变化了的情况从对情形进行重新审查的意义上建立"一种特殊的程序"。[330] 这样的一种程序的实际目的是为了寻求改变原先的判决,而不是为了在面对日后当事国一方对其提出的挑战时保持其完整性。就像韦拉曼特利法官(Weeramantry)指出的那样,"法院行使了其毫无疑问的调整其程序的权力来设定自成一类的新程序"。[331] 但是,在该案中,法院发现,1974年裁定的基础是法国承
1108 诺不再进行任何进一步的大气层核试验,因此影响该判决基础的只能是在大气层中进行的核试验,而这种核试验尚未发生。[332] 因此,驳回了新西兰提出的审查情形的请求。

法院的咨询管辖权[333]

除了有权对国家之间的争端进行裁决外,法院还可以发表咨询意见。《规约》第65条宣称,"法院对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求时,得发表咨询意见",而《宪章》第96条指出,除大会或安全理事会外,联合国其他机关及各种专门机关,对于其工作范围内的任何法律问题,得随时经大会授权,请求国际法院发表咨询意见。[334]

与诉讼案件不同,法院的咨询管辖权的目的至少不是直接解决国家之间的争端,而

---

[330] 同上, pp. 303—4. 韦拉曼特利法官指出:请求对情形进行审查"对于法院来说可能是毫无先例的,而且并不符合《国际法院规则》所承认的对判决进行复核或解释的适用标准",同上, p. 320.

[331] 同上, p. 320.

[332] 同上, pp. 305—6. 法国曾经计划进行一系列地下核试验,最终它的确进行了地下核试验。

[333] 例如参见:Rosenne, *Law and Practice*, vol. III, chapter 30; D. Negulesco, "L'Evolution de la Procedure des Avis Consultatif de la Cour Permanente de Justice Internationale", 57 HR, 1936, p. 1; K. Keith, *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leiden, 1971; M. Pomerance, *The Advisory Jurisdiction of the International Court in the League and UN Eras*, Baltimore, 1973; D. Pratap, *The Advisory Jurisdiction of the International Court*, Oxford, 1972; D. Greig, "The Advisory Jurisdiction of the International Court and the Settlement of Disputes Between States", 15 ICLQ, 1966, p. 325; R. Higgins, "A Comment on the Current Health of Advisory Opinions" in Lowe and Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, p. 567; G. Abi-Saab, "On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice" in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (eds. L. Boisson de Chazournes and P. Sands), Cambridge, 1999, p. 36, 以及 Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 907.

[334] 参见:J. Frowein and K. Oellers-Frahm, "Article 65" in Zimmermann *et al.*, *Statute of the International Court*, p. 1401, 以及 K. Oellers-Frahm, "Article 96 UN Charter", 同上, p. 181. 关于那些应当被承认具有拘束力的咨询意见,进一步参见:下文,第23章,第1304页。

是“为请求作出意见的机构和机关提供法律咨询意见”。[335] 因此，即使提交给法院的某个问题与某个具体的争端无关，也不会影响法院的管辖权，还有，即使提交的问题在性质 1109
上属于一个抽象的问题，也是没有关系的。[336] 同样，某个法律问题即使具有政治方面的内容，也不可以剥夺法院的咨询管辖权或这种职能，因为这种职能就是评价国家某个可能的行为是否符合国际法对其规定的义务。[337] 在对联合国的某个政治机关提交给法院的问题进行审查时，法院不一定要提及该请求的来源或政治历史，也不一定要提及有关决议的投票状况。法院在决定对请求的问题发表某种适当的咨询意见时，其给出的任何答案是否可能成为向其他法庭提交的请求主题的相关因素，也是无关紧要的。[338] 而且，即使某个问题在起草时并不清楚，也不可以剥夺法院的这种管辖权。法院可以把这种不确定性当作一个解释问题加以解决。的确，法院可以“拓展、解释、甚至重新表述提交的问题”，它把自己的任务基本上看作是查明有关的原则和规则，并对它们进行解释和适用，“因此是对基于法律而提出的问题作出的答复”。[339]

最初，法院以宏观的立场认为，在当事国之一拒绝参与咨询程序时，它对它们之间的关键问题不会行使咨询管辖权。[340] 确认这项原则旨在体现国家主权和独立。然而，在法院后来审理的许多案件中，这项原则的范围已经被缩小了，因此现在的推定是，除了管辖权问题以外，法院将对发表咨询意见的请求作出回答。例如，“对和平条约解释”案[341] 涉及对 1947 年与保加利亚、匈牙利和罗马尼亚缔结的和平条约的解释。在该案件中，法 1110
院强调指出，尽管法院在诉讼案件中的管辖权是基于争端当事方的同意，但这对咨询管

---

[335] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 236; 110 ILR, p. 163. 在下面这个案件中，法院指出：“发表咨询意见的目的是向请求发表意见的机构提供它们在行动中必需的法律知识”。那个时候，请求发表咨询意见的机构就可以从法院发表的意见中得出结论。参见：*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 162—3; 129 ILR, pp. 37, 80.

[336] *Legality of the Threat or Use of NuclearWeapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 236; 110 ILR, p. 163. 还可以参见：*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 154; 129 ILR, p. 37.

[337] *Legality of the Threat or Use of NuclearWeapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 234 以及 *Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 155 and 159—60.

[338] *Legality of the Threat or Use of NuclearWeapons* case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 236.

[339] *Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 153—4 and 160. 还可以参见：*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 234.

[340] 参见：*Eastern Carelia* case, PCIJ, Series B, No. 5, 1923; 2 AD, p. 394. 注意：法院认为，有利害关系的当事国是否同意不涉及法院是否管辖权，而只是涉及从法律上讲法院是否适合发表咨询意见，参见：*Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, p. 25 以及 *Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 157—8.

[341] ICJ Reports, 1950, pp. 65, 71; 17 ILR, pp. 331, 335.

辖权不适用。咨询意见对任何方都没有拘束力。它并不是发表给一个特定国家的,而是发表给请求咨询意见的机关的。法院宣称,"由于法院自己本身就是'联合国的一个机关',法院的答复表示它参与这个组织的活动,它的答复原则上是不应当拒绝的"。同样,在"对《灭种罪公约》的保留"案(*Reservations to the Genocide Convention* case)中,法院强调指出,咨询意见的目的是为了"指导联合国的自身行为"。因此,当咨询意见将为一个国际机构关于适用某个国际条约方面提供指导时,法院将倾向于行使管辖权,尽管可能会遭到有关一方的反对。实际上,法院认为,只有存在"令人信服的理由"时,法院才可以根据不具有管辖权的理由以外的合理性理由为依据拒绝发表咨询意见。[342]

在"西撒哈拉"案[343]中,尽管受到作为管理当局的西班牙的反对,法院对该领土的性质和在被殖民时与摩洛哥以及毛里塔尼亚之间的法律联系发表了咨询意见。法院根据多种理由认为该案件与"东卡雷利亚"案是不同的。其中,最重要的一个理由是,"西撒哈拉"案的争端是在联合国大会非殖民化进程的框架内产生的,而(大会)请求发表咨询意见的目的是为了从法院获得一个在对领土的非殖民化方面能够对大会有所帮助的意见。[344] 因此,该问题属于"对和平条约解释"案和"对《灭种罪公约》保留"案中提到的指导联合国的那类意见。[345] 法院指出,迫使常设国际法院拒绝对"东卡雷利亚"案(*Eastern*
1111 *Carelia* case)发表意见的原因是不存在发表咨询意见必需的充分资料,而不是因为受到参加程序的其中一个当事方的反对。在"西撒哈拉"案中,对于法院来说,存在非常丰富的文件资料。[346] 因此,显然,"东卡雷利亚"案中所表述的一般规则已经受到了相当大的

---

[342] 例如参见:Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons case, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 235 以及 Construction of a Wall case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 156 and 164.

[343] ICJ Reports, 1975, p. 12; 59 ILR, p. 14.

[344] ICJ Reports, 1975, pp. 24—5; 59 ILR, p. 42. 法院还指出,在"东卡雷利亚"案中,俄罗斯反对常设国际法院的管辖权,它既不是(那个时候的)国际联盟的成员国,也不是《常设国际法院规约》的当事国;在"西撒哈拉"案中,西班牙是联合国的成员国,因此也就是《国际法院规约》的当事国。因此,它已经一般性地同意了法院行使咨询管辖权的权力。而且,西班牙提出的反对是要求限制法院提及撒哈拉问题的历史起源,同上。

[345] 法院强调指出,问题的核心不是西班牙和摩洛哥之间的争端,而是摩洛哥(和毛利塔尼亚)在殖民时期具有的权利的性质,参见:ICJ Reports, 1975, p. 27; 59 ILR, p. 44.

[346] ICJ Reports, 1975, pp. 28—9; 59 ILR, p. 45. 还可以参见:*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 161—2, 在该案中,法院提到了它可以从联合国和其他渠道得到的详细情报。

减损。[347] 然而,如果说这项规则已经被完全废除了,那也是不正确的。的确,可能存在的情形是,如果有利害关系的一国没有表示同意,那么就可能导致发表咨询意见会与法院的司法特性不符。[348] 而且,仍然需要具有"充分的情报和证据"以便使法院可以作出司法结论。[349] 然而,一个首要的标准看来应当是,请求发表咨询意见的机构是否为了在其适当行使职能中获得协助才提出请求的。这就引起了什么才是适当行使职能的问题。[350]

在审查请求发表咨询意见的机构提出的问题时,对于证据的性质、举证责任和证明标准问题[351],法院将在考虑诉讼程序和咨询程序不同目的的基础上像审理诉讼案件那样处理。另外,与诉讼程序不同,在咨询程序中,法院具有某种行动的自由,因为它本身不是在判决案件当事国的权利和义务,而是向提出请求的机构就咨询的问题中包含的法律问题提供意见。看来,这要求承担提供"权衡意见"的责任,要考虑相关的背景,尤其 1112
是当国家之间的争端明显涉及所有相关法律问题时更是如此。[352]

《宪章》第 96 条第 2 款规定:除安全理事会和大会以外,

> 联合国其他机关及各种专门机关,对于其工作范围内之任何法律问题,得随时以大会之授权,请求国际法院发表咨询意见。

在世界卫生组织提交的请求法院对"国家在武装冲突中使用核武器的合法性"问题发表咨询意见案(*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*)[353]中,法院发现,为了使法院在这种情形下具有管辖权,必须符合三个条件:第一,有关专门机构必须已经得到大会请求法院发表咨询意见的适当授权;第二,被请求的意见必须针

---

[347] 也可以参见:*Difference Relating to Immunity from Legal Process* case, ICJ Reports, 1999, pp. 62, 78—9; 121 ILR, p. 405; 以及 *Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 156—7, 在该案中,法院断定,它有义务每次都必须相信,它是基于行使司法职能的适当性并根据"令人信服的理由"标准而被请求发表咨询意见的,同上, p. 157.

[348] 参见:*Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 25. 例如,还可以参见:希金斯法官在下面这个案件中发表的个别意见,*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 209—10.

[349] 参见:*Western Sahara* case, ICJ Reports, 1975, pp. 12, 28—9.

[350] 同上, p. 210.

[351] 参见:前面,第 1088 页。注意:在下面这个案件的个别意见中,希金斯特别声明,她发现法院面临的阿拉伯和以色列之间争端的历史"既没有被权衡,也不令人满意",*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 211, 213 and 214, 还可以参见:科艾曼斯法官的个别意见,同上, p. 220.

[352] ICJ Reports, 2004, p. 136. 还可以参见:科艾曼斯法官的个别意见,同上, p. 223 以及小和田恒(Owada)法官的个别意见,同上, pp. 267 ff. 一般参见:*Agora*, 99 AJIL, 2005, p. 1.

[353] ICJ Reports, 1996, p. 66.

对的是一个法律问题;第三,这个问题必须是提出请求的专门机构的活动范围内引起的问题。[354] 法院根据《世界卫生组织宪章》[355]以及随后的实践对该组织的职能进行了审查后断定,该组织有权处理的是使用核武器以及其他有害行为对健康造成的影响,以及为了在使用这种武器或从事这种行为时保护公众的健康而采取预防措施。但是,法院强调指出,提交给法院的问题并不涉及使用核武器对健康造成的影响,而是从它们对健康和环境造成的影响角度对使用核武器的合法性问题发表咨询意见。因此,法院认为,请
1113 求发表咨询意见中所提出的问题并非属于该组织宪章中界定的活动范围。[356]

"关于免于法律诉讼的不同意见"案(*Difference Relating to Immunity from Legal Process* case)是法院第一次根据1946年的《联合国特权与豁免(一般)公约》第8条第30款收到的发表咨询意见的请求。该条款规定,当联合国与某个会员国之间产生不同意见时,可以请求法院发表咨询意见。该条款中非常有意思的一点是,它规定法院发表的咨询意见"对于当事方来说应当被接受为是决定性的意见"。因此,不应低估法院发表的咨询意见的重要性。[357]

法院的角色

法院现在还面临其他各种问题。例如,就法院的利用问题来说,有人建议,应当赋予联合国秘书长[358]、各国以及国内法院[359]请求发表咨询意见的权利;也有人建议,应当允

---

[354] 同上, pp. 71—2. 也可以参见:*Application for Review of Judgment No. 273* (Mortished) case, ICJ Reports, 1982, pp. 325, 333—4; 69 ILR, pp. 330, 344—5.

[355] 参见:1946年7月22日通过,并经1960年、1975年、1977年、1984年以及1994年修改的《世界卫生组织宪章》第2条第(a)至第(v)款。

[356] ICJ Reports, 1996, pp. 66, 75 ff.; 110 ILR, p. 1.

[357] 法院已经发表的其他有影响的咨询意见有:*Reparations* case, ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318; *Admissions* case, ICJ Reports, 1948, p. 57; 15 AD, p. 333, 以及 *Certain Expenses* case, ICJ Reports, 1962, p. 151; 34 ILR, p. 281. 也可以参见:*WHO-Egypt* case, ICJ Reports, 1980, p. 73; 62 ILR, p. 451; *Administrative Tribunal* cases, ICJ Reports, 1973, p. 166; 54 ILR, p. 381; ICJ Reports, 1982, p. 325; 69 ILR, p. 330; ICJ Reports, 1987, p. 18; 83 ILR, p. 296; 以及 *Applicability of the Obligation to Arbitrate* case, ICJ Reports, 1988, p. 12; 82 ILR, p. 225.

[358] 例如参见:Higgins, "Current Health", p. 569, 以及 S. Schwebel, "Authorising the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions", 78 AJIL, 1984, p. 4. 也可以参见:UN Secretary-General, *Agenda for Peace*, New York, 1992, A/47/277, para. 38.

[359] 例如参见:S. Schwebel, "Preliminary Rulings by the International Court of Justice at the Instance of National Courts", 28 Va. JIL, 1988, p. 495, 以及 S. Rosenne, "Preliminary Rulings by the International Court of Justice at the Instance of National Courts: A Reply", 29 Va. JIL, 1989, p. 40.

许国际组织成为诉讼管辖的当事方。[360] 也许，更为重大的问题是，法院与联合国的政治机关，特别是安理会之间的关系被再次提及，因为近年来，后者再次变得非常活跃，其行为也越来越多。[361] 尽管法院是该组织的主要司法机关并且已经在许多场合以该资格处理了有关联合国及其机关决议的含义问题，但是它对联合国的行为没有明确的司法审查权。[362] 在"洛克比"案[363]中，法院面临着一个新的问题，即对相关的条约义务以及安理 1114
会通过的有拘束力的决议进行审查。在对临时措施作出的裁定中，法院同意，根据《联合国宪章》第 103 条的规定，《宪章》下的义务（包括安理会通过的实施制裁的决议）优于其他国际协议中所规定的义务。[364]

在国际法的发展中，国际法院（以及其前身常设国际法院）作出的判决和咨询意见发挥了非常重要作用。[365] 而且，近年来越来越多的申请案件表明，法院在国际法体系中正在扮演可能比二十年之前越来越中心的角色。[366] 当然，由于很大程度上国家不愿意把它们的关键利益交付一个可以作出有拘束力决定的第三方审理，许多严重的国际冲突

---

[360] 例如参见：D. Bowett et al., *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedures*, London, 1997.

[361] 例如参见：M. Bedjaoui, *The New World Order and the Security Council*, Dordrecht, 1994. 也可以参见：后面，第 22 章，第 1268 页。

[362] 例如参见：*Reparations* case, ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318, 关于联合国的法律人格，可以参见：*Certain Expenses* case, ICJ Reports, 1962, p. 151; 34 ILR, p. 281, 据此，联合国能够在安理会框架外采取不属于执行行动的行动，因此能够开始维和使命，以及 *Namibia case*, ICJ Reports, 1971, p. 56; 94 ILR, p. 2, 该案承认联合国对于托管领地对国际联盟具有延续性，从而在国际法中引入了自决原则。也可以参见：*East Timor* case, ICJ Reports, 1995, pp. 90, 103—4; 105 ILR, p. 226.

[363] ICJ Reports, 1992, p. 3; 94 ILR, p. 478.

[364] ICJ Reports, 1992, p. 15; 94 ILR, p. 498.

[365] 确实，双方观点的陈述在国际法的发展中具有重要作用，例如参见：P. Sands, "Pleadings and the Pursuit of International Law" in *Legal Visions of the 21st Century* (eds. A. Anghie and G. Sturges), The Hague, 1998, 反对意见也是很重要的，例如参见弗兰克法官在"印度尼西亚/马来西亚"案中的反对意见：ICJ Reports, 2002, p. 3. 关于国际律师，也可以参见：Shaw, "A Practical Look at the International Court of Justice" in Evans, *Remedies*, pp. 11, 12 ff.; A. Watts, "Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement", 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 21, 24 ff. 以及科特（Cot）专案法官在"大王子号"案（*the Grand Prince* case）中所发表的声明，国际海洋法法庭，2001 年，第 3 页；125 ILR, p. 272.

[366] 例如参见：K. Highet, "The Peace Palace Hots Up: The World Court in Business Again?", 85 AJIL, 1991, p. 646. 例如，还可以参见：A. Pellet, "Strengthening the Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations", 3 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, p. 159; P. Kooijmans, "The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy", 56 ICLQ, 2007, p. 741, 以及 R. Higgins, "A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench", 55 *ICLQ*, 2006, p. 791.

可能永远不会通过法院来解决，而且，也不应当忽视其他越来越多的各种地区和全球的
1115 争端解决方式。

法院和法庭的剧增

最近十年来，国际和地区层面的司法机构的剧增是一个明显的特征。[367] 一方面，这反映了国际法调整范围的逐渐扩大以及对国际法的利用逐渐增多，另一方面，也反应了通过不偏不倚的第三方机制来解决争端的价值越来越大。现在，完全可以说存在着一种得到广泛接受的国际实践，即转向此种机制，用这种方式来合理有效地解决分歧以体现法治和国际合作。这种实践对于国际法的发展来说是非常重要的，这是不言自明的，因为法律规则的发展和法律机构的创设是与强制司法携手并进的。

欧洲法院、欧洲人权法院、新的非洲人权法院和美洲人权法院，以及两个审理发生在波斯尼亚和卢旺达的战争罪的法庭和一个全新的国际刑事法院都已经建立。[368] 另外，国际海洋法法庭也在运作[369]，并且，各种其他相关的机制也已经产生，从世界贸易组织的争端解决条款创立的上诉机构[370]到行政庭和各种经济法院[371]。再有，各种仲裁庭的工作，无论是用来审理一个案件还是一系列案件，都是直接相关的。

从长远的角度看，这是否会影响国际法院的工作还不清楚。一些人认为，法院和法
1116 庭的剧增会导致不一致性和混乱，而其他人则认为，这说明国际法在全球化的时代非常

---

[367] 例如参见：S. Rosenne, "The Perplexities of Modern International Law", 291 HR, 2002, pp. 13, 125; J. I. Charney, "The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea", 90 AJIL, 1996, p. 69, 以及 Charney, "The Multiplicity of International Tribunals and Universality of International Law", 271 HR, 1998, p. 101; Oda, "The International Court of Justice from the Bench", 244 HR, 1993 VII, pp. 9, 139 ff.

[368] 进一步参见：上文，第 6、7、8 章。关于国际法的不成体系的一般问题，参见：上文，第 2 章，第 65 页。

[369] 参见：上文，第 11 章，第 638 页。

[370] 参见：上文，第 18 章，第 1036 页。

[371] 例如，欧洲共同体法院、独立国家联合体经济法院、东南非洲共同市场法院、以及非洲联盟法院，参见：Y. Shany, The *Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2003, p. 5. 关于各种经济法院和法庭，还可以参见：前面，第 18 章，第 1034 页；关于环境法领域处理不遵约机制，参见：上文，第 15 章。

具有活力和关联性。[372] 迄今为止的证据支持的是后者而不是前者。争端的内容或有关法院的不同职能可能产生不一致性，但这对于国际法的发展来说，并一定就是致命的。在这个方面尤其明显的，而且也可以说是有点特殊的是，国际法院与前南斯拉夫问题国际刑事法庭和欧洲人权法院在下述问题上发表的不同意见：一国对其发挥影响的非国家机构的行为承担责任以什么标准来检验其对该组织的控制。[373] 现在，各个法院和法庭都会经常提到彼此作出的判决[374]，而且，诸如条约解释原则这样的一些国际法问题也在许多法院和法庭经常讨论。[375] 确实，在两个或两个以上的争端解决机制中，也可能出现相同的情形。[376]

1117

当然，许多其他法庭涉及的是个人和国家之间的争端，而不是国家之间的争端，而且是具体领域的争端，例如人权、投资问题或雇佣问题。国际海洋法法庭开始审理国际法院审理的一些问题，例如管辖权、国籍以及临时措施问题，但它还涉及具体而有限的事项，特别是被扣押的外国船只的立即释放问题，而且非国家的主体也可以成为它所审理

---

[372] 例如参见：G. Guillaume, "The Future of International Judicial Institutions", 44 ICLQ, 1995, p. 848; S. Rosenne, "Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea", 89 AJIL, 1995, p. 806; T. Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?", 14 *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 267, 以及 R. Higgins, "The ICJ, ECJ, and the Integrity of International Law", 52 ICLQ, 2003, pp. 1, 12 ff.; 以及 Higgins, "A Babel of Judicial Voices?"; Shany, *Competing Jurisdictions*; F. K. Tiba, "What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals?", 10 *Gonzaga Journal of International Law*, 2006, p. 202; B. Kingsbury, "Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?", 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 679; P. M. Dupuy, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the ICJ", 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 791, 以及 J. Charney, "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?", 271 HR, 1998, p. 101. 也可以参见：国际法院施韦布院长就法院剧增问题发表的演讲（1999 年），可访问：www. icj-cij. org/court/index. php? pr = 87&pt = 3&p1 = 1&p2 = 3&p3 = 1；纪尧姆院长发表的演讲（2001 年），可访问：www. icj-cij. org/court/index. php? pr = 82&pt = 3&p1 = 1&p2 = 3&p3 = 1；希金斯院长发表的演讲（2007 年），可访问：www. icj-cij. org/presscom/files/7/14097pdf.

[373] 参见：上文，第 14 章，第 789 页。

[374] 例如参见：在下面这个案件中，国际刑事法院提到了国际法院在"刚果民主共和国诉乌干达"案中作出的判决：*Thomas Lubanga Dyilo* case, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, paras. 212 ff.；在下面这个案件中，国际法院提到了中美洲法院作出的一个判决：*Nicaragua* v. *Honduras*, ICJ Reports, 2007, paras. 68 及其以下。还可以参见：国际法院在下面这个案件中对前南斯拉夫问题国际刑事法庭的判决进行的讨论：*Genocide Convention* (*Bosnia* v. *Serbia*) case, ICJ Reports, 2007, e. g. at paras. 195 及其以下。欧洲人权法院和美洲人权法院早就互相提到对方的判决，一般参见：上文，第 7 章。

[375] 一般参见：上文，第 16 章。

[376] 例如：*Mox* case；参见：Shany, *Competing Jurisdictions*, p. 9, 以及参见：上文，第 11 章，第 643 页。

的案件的当事方。[377] 不过，所有这些法院、法庭以及其他机构都以某种方式涉及国际法，这样可以促进国际法的发展，扩大其范围。随着越来越多的机构的建立，必定会对这些法院和法庭的工作有越来越多的兴趣和了解。作为联合国的主要司法机关以及杰出的国家间法庭，国际法院的这种特殊地位使得一些人建议其应当增强咨询的作用，使其能够对其他法院和法庭提供咨询。虽然很难把这看作是一个现实或实际的工程，但在国际法院和其他司法机构之间正在加强合作，而且，所有相关的法院和法庭都对彼此的工作非常了解。[378]

进一步阅读推荐书目

D. Bowett et al., *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedures*, London, 1997

R. Y. Jennings, "The Role of the International Court of Justice" 68 BYIL, 1997, p. 1

J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edn, Cambridge, 2005

S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920—2005*, 4th edn, Leiden, 4 vols., 2006

---

[377] 一般参见：上文，第 11 章。

[378] 参见：希金斯院长在 2007 年 10 月 29 日向英国外交部的法律顾问们发表的演讲，www.icj-cij.org/presss-com/files/7/14097.pdf.

20
国际法与国家使用武力

调整诉诸武力的规则是国际法的核心内容。这些规则与诸如国家领土主权、独立和 1118
平等原则一起构成国际秩序的框架。[1] 虽然各种国内体系总体上已经能够控制政府机构对武力的使用，加强了权威和控制的等级机构，但国际法的情况则不同。国际法必须将国家使用武力降到最低，并且要规范国家诉诸武力的行为。然而，国际法却不能执行其自身的意志。必须依靠同意、协商一致、对等和善意。当然，除了当前法律的状态外，国际社会中武力的作用和体现还依赖于政治和其他非法律因素。不过，法律必须尽力提 1119
供制止和惩罚诉诸暴力的机制。

---

〔1〕 例如，参见：Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4th edn, Cambridge, 2005; C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2nd edn, Oxford, 2004; S. Neff, *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge, 2005; O. Corten, *Le Droit Contre La Guerre*, Paris, 2008; M. Byers, *War Law*, London, 2005; D. Kennedy, *Of Law and War*, Princeton, 2006; T. M. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, 2002; D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963; J. Stone, *Aggression and World Order*, Berkeley, 1958; J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 2nd edn, Berkeley, 1959, and Stone, *Conflict Through Consensus*, Berkeley, 1977; M. S. McDougal and F. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, New Haven, 1961, and McDougal and Feliciano, *The International Law of War*, New Haven, 1994; H. Waldock, "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law", 81 HR, 1982, p. 415; J. Murphy, *The United Nations and the Control of International Violence*, Totowa, 1982; R. A. Falk, *Legal Order in a Violent World*, Princeton, 1968; A. Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, Cambridge, 1988; *Law and Force in the New International Order* (eds. L. Damrosch and D. J. Scheffer), Boulder, 1991, 以及 Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 933.

法律与武力:从"正义战争"到联合国[2]

正义战争说是罗马帝国的基督化和基督徒追求放弃和平主义的结果。只要符合神的意志,就可以使用武力。正义战争的概念体现了希腊和罗马哲学的内容,武力被用作维护一个有秩序的社会的根本制裁措施。圣奥古斯丁(St Augustine, 公元354—430)[3]把正义战争界定为在错误的一方拒绝补偿时对伤害的报复。为了惩罚错误而发动战争以便恢复和平现状,但仅此而已。侵略是非正义的,必须严格控制诉诸暴力。圣托马斯·阿奎拉(St Thomas Aquinas)[4]在13世纪为正义战争所下的定义更进了一步。他宣布,必须惩罚的是不当行为者的主观罪恶,而不是客观上的不当行为。他写道,如果战争是由主权当局发动的、具有正当的理由(也就是惩罚犯错者)以及得到交战方正当意图的支持,那就是正义的战争。

欧洲民族国家产生后,正义战争说开始发生变化。[5] 该学说与国家的主权联系在一起,遭遇基督教国家之间的战争悖论,它们各自都坚信其战争的理由是正当的。这种情形倾向于修正正义战争学说。在转而使用武力之前有必要认真尝试和平解决争端这种要求开始有所显现。这反映了国际事务的新动态,因为当时已经有一些独立国家,它
1120 们在处于原始状态的欧洲势力均衡的体系中艰难地共存。对其他国家使用武力是向欧洲的秩序提出的严峻挑战,并将威胁动摇该秩序,而根本不是巩固欧洲秩序。因此,法律学说的关注重点从用武力制止不当行为者转变为用和平的方法维护秩序(不过有时谈不上明显关注)。16世纪伟大的西班牙学者维多利亚[6]强调说,"不是任何程度的任何错

---

〔2〕 例如,参见: L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edn, Manchester, 2000; G. Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994; S. Bailey, *Prohibitions and Restraints in War*, Oxford, 1972; M. Walzer, *Just and Unjust Wars*, 2nd edn, New York, 1977, and T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, chapter 8. 另参见: Brownlie, *Use of Force*, pp. 5 及其以下; Dinstein, *War*, chapter 3, and C. Greenwood, "The Concept of War in Modern International Law", 36 ICLQ, 1987, p. 283.

〔3〕 参见: I. Eppstein, *The Catholic Tradition of the Law of Nations*, 1935, pp. 65 及其以下; Bailey, *Prohibitions*, pp. 6—9, and Brownlie, *Use of Force*, p. 5.

〔4〕 *Summa Theologica*, II, ii, 40. 参见: Bailey, *Prohibitions*, p. 9. 另参见: Von Elbe, "The Evolution of the Concept of the Just War in International Law", 33 AJIL, 1939, p. 669, and C. Parry, "The Function of Law in the International Community" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sorensen), London, 1968, pp. 1, 27.

〔5〕 Brownlie, *Use of Force*, pp. 7 及其以下.

〔6〕 *De Indis et de Jure Belli Relectiones*, ss. 14, 20—3, 29 and 60, cited in Bailey, *Prohibitions*, p. 11.

误都足以成为发动战争的理由”。苏亚利兹(Suarez)[7]指出,国家有义务提醒对方注意是否存在正义的理由,并在采取行动前要求赔偿。正义战争还暗含着无辜者免受直接攻击以及使用武力的程度要与战胜对方的目标成比例的意思。[8]

人们开始逐渐接受这样的观点,即双方可能都存在一定程度的权利,尽管在涉及主观正义和客观正义时情形有些混乱。最后,诉诸战争的合法性取决于正式的法律程序。这种学说预示着实证主义的产生。实证主义关注的是主权国家,只有经过它们的同意才能对其有约束力。由于17世纪的宗教冲突带来了严重破坏,格老秀斯[9]试图以其系统的论述方式把意识形态的考虑排除于正义战争的理由之外。他努力用自卫、保护财产以及惩罚使特定国家的公民遭受损害的不当行为重新界定正义战争。

1648年威斯特伐利亚和会之后,随着实证主义和欧洲势力均衡体系的最终确立,这种意义的正义战争概念在国际法上消失了。[10] 国家是主权的和平等的,因此任何国家都无权判定另一国的理由是否正当。国家应遵守协议,并尊重其他国家的独立和完整,并且必须尝试着用和平的方法解决它们之间的分歧。

但是,一旦发生战争,就会引起一系列法律后果。在双方和第三国之间中立法和战争法开始适用,并立即会出现各种法律情势。根据道德标准可能被认为是非正义的战争 1121
无论如何不影响武力作为主权国家工具的合法性,也丝毫不会改变战争开始后自动适用的战争和中立规则。

对于国际社会来说,理由是否正义成为法律上无关紧要的事(不过在政治上当然很重要),基本问题是,事实上是否存在战争状态。[11] 正义战争说产生于基督教的权力上升时期,衰落于基督教之间宗教战争的爆发以及世俗主权国家秩序的建立。虽然战争成为一种法律状态,在这种状态下允许使用武力,一系列调整战争的条件被接受,但是还存在使用武力的各种其他方法,因构不成战争,不产生与中立和战争需要采取的行为相关的任何后果。例如,报复与平时封锁[12]就是使用武力、但却属于“构不成战争的敌对措施”。

---

〔7〕 参见:同上,pp. 11—12. 苏亚利兹认为唯一的正义理由是用任何其他方法均无法报仇和修复的非正义,同上。

〔8〕 同上,pp. 12—15.

〔9〕 同上,chapter 2, and Brownlie, *Use of Force*, p. 13. 参见:*De lure Belli ac Pacis*, 1625.

〔10〕 例如,参见:Brownlie, *Use of Force*, pp. 14 及其以下;另参见:L. Gross, “The Peace of Westphalia, 1648—1948” 42 AJIL, 1948, p. 20.

〔11〕 Brownlie, *Use of Force*, pp. 26—8.

〔12〕 同上。

采取这种行动是为了主张或行使权利或惩罚不当行为者。特别是19世纪,有许多以这种方式对拉丁美洲和亚洲弱小国家使用武力的实例。[13] 对于诉诸这种措施的权利,那时的国际法的确存在着限制。但是,把这些限制放在国际关系的势力均衡机制的背景下可能最好理解。这种势力均衡机制在很大程度上有助于在19世纪将对武力的依赖减少到最低限度,至少对使用武力是一种限制。

第一次世界大战标志着势力均衡体系的结束,并从而再次提出了正义战争问题,还促使人们努力在普遍国际组织的基础上重建国际事务。这种国际组织可以监视国际社会的行为,以保障不再发生侵略。国际联盟的建立反映了国际秩序中对待武力问题的完全不同的态度。[14]

《国际联盟盟约》宣布成员国应将可能导致敌对的争端提交仲裁、司法解决或由国际联盟行政院进行调查。在仲裁裁决、司法判决或行政院的报告作出后三个月之内,会
1122 员国在任何情况下不得诉诸战争。这项规定意在为平息情绪提供一个冷却期,它反映了这样的观点,即延缓可以很好地打破无法挽回的悲剧链条,正是这种链条促使奥地利大公在萨拉热窝的被刺杀导致欧洲大战的爆发。国际联盟的会员国同意不对遵守仲裁裁决、司法判决或行政院一致通过的报告的会员国发动战争。[15]

应该指出,国际联盟体系尽管并不禁止战争或使用武力,但的确建立了一种程序,以便将其限制在可容忍的程度。《国联盟约》在努力达到在国际法上彻底禁止战争方面存在着差距,缩小这种差距在这次战争与下一次战争之间的年代里是一种长期不断的挑战,最终导致了在1928年签订《巴黎非战公约》(白里安—凯洛格公约)。[16] 该公约的缔约国谴责诉诸战争,并同意在它们的相互关系中废弃战争作为推行国家政策的工具。[17]

由于事实上这个公约从未被终止,并得到广泛接受[18],禁止诉诸战争现已明显成为国际法的有效原则。在国际社会不再可能建立合法的战争关系。因此,例如,不必宣战

---

〔13〕 同上, p.28 及其以下。

〔14〕 同上,第3章。但注意1907年海牙第二公约的规定:缔约各方不能为了自己国家的国民讨还合同债务而由一国政府主张对另一国政府诉诸武力。

〔15〕 Brownlie, *Use of Force*, chapter 4. 参见:特别是《盟约》第10—16条。

〔16〕 例如,参见: Dinstein, *War*, chapter 4; A. K. Skubiszewski, "The Use of Force by States" in Sorensen, *Manual of Public International Law*, pp. 739, 742—4, and Brownlie, *Use of Force*, pp. 74—92.

〔17〕 Article I.

〔18〕 1929年7月24日生效并现在仍然有效。许多两次世界大战期间的条约确认了该公约施加的义务,例如,参见: Brownlie, *Use of Force*, pp. 75—6.

就能正当地进行武装冲突。[19]

但是，禁止诉诸战争并不意味着在任何情况下使用武力都是非法的。一些国家对该条约提出的保留说明因自卫而使用武力的权利仍然是公认的国际法原则。[20] 像报复之类的构不成战争的措施是否也被禁止，或者该非战条约是否没有触及这个问题，这些并不是很清楚，只能任凭相互冲突的解释。[21] 1123

《联合国宪章》[22]

《联合国宪章》第2条第4款宣布：

> 各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宪章宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

这项规定现被视为习惯国际法上的一项原则，并因此对国际社会的所有国家都有拘束力。[23] 用“武力”而非战争这个措辞，有利于包含达不到战争状态技术要求而使用暴力的情形。

第2条第4款在1970年《国际法原则宣言》中被提升为一项国际法原则，并对其作出系统的分析。第一，侵略战争构成破坏和平罪，在国际法上须负责任。第二，国家不得使用威胁或武力以侵犯现有的疆界（包括界线或停火线）或使用威胁或武力以解决国际争端。第三，国家有义务避免使用武力的报复行为。第四，国家不得使用武力以剥夺人民的自决权和独立权。第五，国家须避免在他国发动、煽动协助或参加内战或恐怖活动，不得鼓励组织非正规军侵入他国领土。这些规定的措辞许多都是至关重要的，但是也都是模糊的。虽然《宣言》本身不是有拘束力的法律文件，但作为对《联合国宪章》相关规

---

[19] 参见，例如：*Yossi Beilin* v. *The Prime Minister of Israel* HCJ 6204/06, 2006. 另参见：C. Greenwood, “Scope of Application of Humanitarian Law” in *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (ed. D. Fleck), Oxford, 1999, p. 43, and I. Detter, *The Law of War*, 2nd edn, Cambridge, 2004, pp. 9 及其以下。

[20] 例如，参见：Cmd 3153, p. 10.

[21] 参见：Brownlie, *Use of Force*, p. 87. 比较：. Bowett, *Self-Defence*, p. 136.

[22] 参见：*La Charte des Nations Unies* (eds. I. P. Cot and A. Pellet), 2nd edn, Paris, 1991, and *The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma), 2nd edn, Oxford, 2002.

[23] 例如，参见：Skubiszewski, “Use of Force”, p. 745, and L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law Cases and Materials*, 3rd edn, St Paul, 1993, p. 893. 另参见：the *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, p. 27; Cot and Pellet, *Charte*, p. 115, and Simma, *Charter*, p. 112.

1124 定的解释是非常重要的。[24] 在联合国采取的集体措施[25]和自卫权[26]方面，第2条第4款存在重要例外。人道主义干涉是否也是例外的问题存有一些争议。[27]

《宪章》第2条第6款规定，联合国"在维持国际和平及安全之必要范围内，保证非联合国会员国遵行上述原则"。事实上，联合国通过的许多决议都是直接针对"所有国家"的。例如，特别是根据《联合国宪章》第7章通过的安理会第757号(1992)决议，这个对所有会员国都有拘束力的决议对南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)施加全面制裁。但是，该决议中所称的是"所有国家"，而不是"会员国"。

"武力"

过去考虑[28]、而且现在正在重新考虑的一点是第2条第4款中的"武力"是仅仅指军事武力[29]，还是也包括诸如经济胁迫等形式的胁迫。[30] 对特定国家或国家集团施加的联合抵制或禁运是否也属于第2条第4款所规定的范围，从而成为非法行为呢？[31] 虽然该条规定没有做任何修订，但是《宪章》的序言中的确提到，非为公共利益，不得使用"武力"，同时《宪章》关于自卫权的第51条特别提及武力，不过从这种规定本身并不能得出允许其他形式的胁迫的结论。

1970年《国际法原则宣言》回顾"国家有义务……避免对任何国家的政治独立或领
1125 土完整进行军事、政治、经济或任何形式的胁迫"。1966年通过的国际人权公约强调所有人民自由谋求其经济、社会和文化发展的权利。这种观点在1974年联合国大会通过的《各国经济权利和义务宪章》中也得到强调。该宪章特别指出"任何国家不得使用或

---

[24] 例如，参见：G. Arangio-Ruiz, The *UN Declaration on Friendly Relations and the System of Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn, 1979, and R. Rosenstock, "The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations", 65 AJIL, 1971, p. 713. 另参见 the Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining fromthe Threat orUse of Force in International Relations, 1987.

[25] 参见下文，第22章，第1235页。

[26] 参见下文，第1131页。

[27] 参见下文，第1155页。

[28] 巴西关于第2条第4款本身禁止"经济措施"的企图被拒绝，6 UNCIO, Documents, p. 335. 另参见：L. M. Goodrich, E. Hambro and A. P. Simons, *Charter of the United Nations*, 3rd edn, New York, 1969, p. 49.

[29] 例如，参见美国在尼加拉瓜港口布雷，the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 128; 76 ILR, p. 349.

[30] 参见：Simma, *Charter*, p. 118.

[31] 例如，参见：*Economic Coercion and the New International Economic Order* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1976, and *The Arab Oil Weapon* (eds. I. Paust and A. Blaustein), Dobbs Ferry, 1977.

鼓励使用经济、政治或任何其他措施，来强迫另一国家，使其在主权权利的行使方面屈从”。由于阿拉伯国家于 1973 年至 1974 年间对被认为支持以色列的国家使用石油武器[32]，人们又对为促使国家改变政策公开使用经济压力的合法性问题产生了研究的兴趣。看来似乎有人至少假设了一个情形，以便支持这样的观点，即就像许多决议和宣言中所解释的那样，这种行为违反《联合国宪章》。但是，这种行为是否违反第 2 条第 4 款是有疑问的。[33]

应该指出，第 2 条第 4 款包括使用武力和武力威胁。[34] 国际法院在为联合国大会提供的“威胁或使用核武器的合法性”咨询意见中强调了这个问题。法院指出，“如果发生某些事件告知使用武力的意图”可能构成第 2 条第 4 款中的威胁，根据该条款，威胁使用武力本身就是非法的。给出的例子包括威胁从另一国获取领土或者威胁另一国“遵照或不遵照某些政治或经济路线”。[35] 看来法院接受这样一种观点，即仅仅拥有核武器本身并不构成威胁。但是，法院注意到，由于在某些特定的情形中可能诉诸这些武器具有可信性，核威慑政策正在发挥作用，而这是否就等于威胁，则取决于所设想的具体的武力使用是否直接破坏一国的领土完整或政治独立或违反联合国的目的。如果计划使用的 1126
武器是作为自卫手段，而且结果违反了必要性和相称性原则，这就意味着存在违反第 2 条第 4 款的威胁。[36] 这里的一个关键问题是相称性的定义。特别是与什么相称的问题，与可能造成的损害还是与提出自卫所针对的威胁规模相称？如果是后者，而且逻辑上也是这样的，那么为了应付先前使用核武器、或者可能是化学或生物武器而进行的威胁使用核武器就不那么成问题了。[37]

调整在国际上诉诸武力的规定不影响国家在其管辖范围内采取措施以维护秩序的

---

[32] Paust and Blaustein, *Arab Oil Weapon*.

[33] 例如，参见：Dinstein, *War*, p. 86.

[34] Brownlie, Use of Force, p. 364，注意：武力威胁包括“某政府通过明示或默示承诺在不接受该政府的某些要求的条件下诉诸武力”。另参见：N. Stürchler, *TheThreat of Force in International Law*, Cambridge, 2007; M. Roscini, “Threats of Armed Force and Contemporary International Law”, 54 NILR, 2007, p. 229; R. Sadurska, “Threats of Force”, 82 AJIL, 1988, p. 239, and N. White and R. Cryer, “Unilateral Enforcement of Resolution 687: A Threat Too Far?”, 29 *California Western International Law Journal*, 1999, p. 243.

[35] 经仲裁庭同意在下列案件中援引，*Guyana* v. *Suriname*, award of 17 September 2007, paras. 439 and 445，苏里南海军舰艇命令一个石油井架于 12 小时之内离开，否则承担一切后果，裁决认为该命令构成威胁。

[36] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 246—7; 110 ILR, p. 163.

[37] 注意：《武装冲突对条约的影响条款草案》第 2 条第 2 款将“武装冲突”定义为，“涉及武装行动的战争或冲突状态，由于其性质或程度可能影响武装冲突的缔约国之间或者武装冲突的缔约国与第三国之间条约的运作，无论武装冲突任何方或所有方是否正式宣战或其他宣布”，参见：I. Brownlie's Third Report on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, A/CN.4/578, 2007, p. 5.

权利。因此,国家可以用武力镇压暴乱、平叛起义、并惩罚叛逆者,这不违反第 2 条第 4 款。如果对外国人或其财产造成损害,可能要求国家对外国人的所属国予以赔偿。[38] 但除此以外,国际法上对武力的禁止一般在国内管辖范围不适用。[39] 因此,国际法是一般禁止武力的。如果要使武力成为合法,必须属于其中的一种例外。这些例外基本上是自卫[40]和联合国安全理事会授权的执行行动。[41] 至于在人道需要的极端情况下是否也可以使用武力的问题将在下面讨论。[42]

"侵害任何国家的领土完整和政治独立"

1127 第 2 条第 4 款禁止使用武力"或以与《联合国宪章》宗旨不符之任何其他方法,侵害任何国家之领土完整或政治独立"。[43] 人们争辩这些措辞是否应该严格加以解释[44],要么允许没有违反此条款的武力,要么加强基本限制。[45] 但是,多数意见支持后一种观点。1965 年《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》[46]强调指出:

> 任何国家,不论为任何理由均无权直接或间接干涉任何其他国家之内政、外交。故武装干涉及其他任何方式之干预或对于一国人格或政治、经济及文化事宜之威胁企图,均在谴责之列。

1970 年《国际法原则宣言》[47]再次确认了这一点,该宣言规定,这些行为不仅是受谴责的,而且被认为违反国际法。在"科孚海峡"案[48]中,英国主张,为司法程序寻求证据而在海峡扫雷的行为符合干预的权利。作为回应,国际法院特别宣布:

> 所指称的干预权是武力政策的体现,这种权利在过去的滥用是最严重的,该权

---

[38] 参见上文,第 14 章,第 823 页。

[39] 但参见下文,关于自决,第 1148 页,关于内战,第 1148 页,关于非国际性武装冲突,下文第 21 章,p. 1194.

[40] 参见下文,第 1131 页。

[41] 参见下文,第 22 章,第 1251 页。

[42] 见下文,第 1155 页。

[43] 国际法院将禁止使用武力描述为"《联合国宪章》的基石", *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 223.

[44] 例如,参见: Bowett, *Self-Defence*, p. 152.

[45] 参见: Brownlie, *Use of Force*, p. 268. 另参见: Skubiszewski, "Use of Force", pp. 745—6.

[46] General Assembly resolution 2131 (XX).

[47] General Assembly resolution 2625 (XXV).

[48] ICJ Reports, 1949, pp. 4, 35; 16 AD, pp. 155, 167. 另参见: Brownlie, *Use of Force*, pp. 283—9, and H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, p. 90.

利在国际法上是不存在的。

法院指出,在本案中,允许这种权利减损阿尔巴尼亚的领土主权是更不能接受的:

> 因为从事务的本性看,它将被最强大的国家所享有,可能容易导致与国际司法管理本身相悖。 1128

国际法院在结论中说,国际关系的根本是独立国家相互尊重领土主权。[49] 此外,厄立特里亚和埃塞俄比亚求偿委员会的立场是,即使诉诸武力的国家对于相关领土有某些合法权利主张,诉诸武力也是违反国际法的。该委员会指出,国家间边境争端太频繁了,因此,为了指称被非法占领的领土而使用武力或武力威胁的任何例外都会造成国际法基本规则的巨大而危险的漏洞。[50]

武力的种类

历史上使用各种自助措施,从经济报复到依据自卫权使用暴力。自从建立了《宪章》的体制,国际法上基本有三种可供国家使用的强制。它们是反报、报复和自卫。[51]

反报[52]

反报是指作为针对另一国造成伤害的合法行为的报复方法,针对的是一国采取的不友好并有害、但却合法的行为。例如断绝外交关系、驱逐或对外国人加以严格控制,还有各种经济和旅行的限制。反报是表示不悦的正当方法,以便刺痛他国,但又保持在合法的范围内。美国对《外国援助法》(American Foreign Assistance Act)通过的《西肯卢珀修正案》(Hickenlooper Amendments)常常被引作反报的例子。该修正案要求美国总统停止 1129
援助任何将美国财产国有化并不予以补偿的国家。这一程序仅仅适用了一次,即 1963

---

[49] 参见: the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 109—10; 76 ILR, pp. 349,443—4, 以及参见下文,第 1131 页。

[50] Partial Award, *Jus Ad Bellum*, Ethiopia's Claims 1—8, 2005, para. 10: 参见: 45 ILM, 2006, pp. 430, 433. 该陈述在下列案件中得到仲裁庭的援引,*Guyana* v. *Suriname*, award of 17 September 2007, para. 423. 另参见:C. Gray, "The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries: A Partial Award?", 17 EJIL, 2006, p. 699.

[51] 关于联合国的使用武力,参见下文,第 22 章,第 1251 页。

[52] 例如,参见: Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 957; Skubiszewski, "Use of Force", p. 753, and G. von Glahn, *Law Among Nations*, 7th edn, Boston, 1996, pp. 533 及其以下。

年对锡兰(现在的斯里兰卡),事实上现已被 1973 年的美国《外国援助法》废除。[53] 反报似乎还包括针对先前不合法的行为进行报复的合法行为。[54]

报复[55]

报复是指一国针对另一国先前的非法行为采取其本身也是非法的行为。因此,报复与反报不同,后者本身是合法的。处理关于报复的法律的典型案例是 1928 年葡萄牙和德国之间的"奴里拉"争端(the *Naulilaa* dispute)。[56] 在该争端中,三位合法位于葡萄牙殖民地领土安哥拉的德国人被误杀。为了报复,德国在安哥拉采取了军事行动,并且破坏了一些财产。

仲裁庭在讨论葡萄牙赔偿要求时强调指出,在采取报复之前必须要有先前的违反国际法的行为作为足够的合法理由。如果理由成立,采取报复还必须在赔偿要求没有得到满足之后进行,而且还要有相称性的意识,即报复与违法行为相称。事实上,基于这三个理由,仲裁庭驳回了德国关于它的行为是合法的主张。这些一般规则现在还是可以适用的,只是要依据《联合国宪章》第 2 条第 4 款规定的禁止使用武力加以解释。因此,非武
1130 力的报复[57]可以合法采用,使用武力的报复只要依据自卫权而采取就是合法的。[58] 平

---

〔53〕 例如,参见:R. B. Lillich, "Requiem for Hickenlooper", 69 AJIL, 1975, p. 97, and C. F. Amerasinghe, "The Ceylon Oil Expropriations", 58 AJIL, 1964, p. 445.

〔54〕 关于反措施,另参见:上文,第 14 章,第 794 页。

〔55〕 例如,参见:Skubiszewski, "Use of Force", pp. 753—5; Brownlie, *Use of Force*, pp. 219—23 and 281—2; D. W. Bowett, "Reprisals Including Recourse to Armed Force", 66 AJIL, 1972, p. 1, and R. W. Tucker, "Reprisals and Self-Defence: The Customary Law", 66 AJIL, 1972, p. 581.

〔56〕 2 RIAA, p. 1011 (1928); 4 AD, p. 526. 另参见:G. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, 1943, vol. VI, p. 154.

〔57〕 进一步参见上文,第 14 章,第 794 页。

〔58〕 参见:Dinstein, *War*, p. 222. But 参见:Bowett, "Reprisals". 另参见:SCOR, 19th Year, 111 th meeting, 8 April 1964, 其中,安全理事会谴责违反《联合国宪章》的报复并谴责英国轰炸 Fort Harib 并参见 R. B. Lillich, "Forcible Self-Help under International Law", 62 *US Naval War College International Law Studies*, 1980, p. 129. 注意美国国务院曾宣布,"很清楚,美国的明确立场是,涉及武力使用的报复根据国际法是非法的", "Memorandum on US Practice with Respect to Reprisals", 73 AJIL, 1979, p. 489. 关于似乎界于自卫与报复之间的情景,例如,参见 R. A. Falk, "The Beirut Raid and the International Law of Retaliation", 63 AJIL, 1969, p. 415, and Y. Blum, "The Beirut Raid and the International Double Standard", 64 AJIL, 1970, p. 73.

时采取武力的报复除非在自卫原则的框架内，否则是非法的。[59] 有时，平时封锁[60]被认为属于报复的一个方面。它是19世纪发展起来的、并作为对弱国的强大压力得到广泛运用。在没有战争或武装冲突的情况下，第三国的船舶可能免受此类封锁，但一些作者对此有争议。

自从《联合国宪章》生效以来，平时封锁可以由联合国安全理事会采取[61]，国家不能进行。1962年10月，美国为了防止某些武器运到古巴而对该岛采取所谓"封锁"，它的合法性显然是有问题的，不能认为这是一种对平时封锁理论的扩大。[62] 1131

自卫权[63]

习惯国际法对自卫权的传统定义是在"卡罗林"案(the *Caronline* case)中产生的。[64] 争端与1837年发生的英国臣民在美国港口扣押并摧毁一艘船舶的事件有关。事件发生的原因是，"卡罗林号"船正在运送一批又一批的美国公民对加拿大领土发动突然袭击。

---

[59] 国际法院在"威胁或使用核武器的合法性"咨询意见中宣布，"平时的武力报复被认为非法，(交战团体)的报复权利，与自卫一样也受比例原则的拘束"，ICJ Reports, 1996, pp. 226, 246; 110 ILR, p. 163. 注意：武装冲突中对于交战对方先前违反武装冲突法的行为作出反应而采取的报复(交战报复)是允许的，参见：Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2004, pp. 220及其以下。C. Greenwood, "The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals", 20 Netherlands YIL, 1989, pp. 35, 38.

[60] 例如，参见：Skubiszewski, "Use of Force", pp. 755—7, and Brownlie, *Use of Force*, pp. 223—4.

[61] 参见下文，第22章，第1241页。

[62] 例如，参见：Q. Wright, "The Cuban Quarantine", 57 AJIL, 1963, p. 546, and M. S. McDougal, "The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence", 同上, p. 597. 另参见：A. Chayes, The Cuban Missile Crisis, Oxford, 1974. 但应注意英国在福克兰群岛(阿根廷称"马尔维纳斯群岛"——译者注)冲突中作出不同的"完全排他区域"的宣告，上文，第11章，第583页，注139。

[63] 参见：Bowett, Self-Defence, and Brownlie, Use of Force, chapter 13. 另参见：I. Brownlie, "The Use of Force in Self-Defence", 37 BYIL, 1961, p. 183; Dinstein, *War*, chapters 7 and 8; Gray, *Use of Force*, chapter 4; Franck, Recourse, chapters 3—7; S. Alexandrov, *Self-defence against the Use of Force in International Law*, The Hague, 1996; J. Delivanis, *La Légitime Défense en Droit International*, Paris, 1971; S. Schwebel, "Aggression, Intervention and Self-Defense in Modern International Law", 136 HR, 1972, p. 411; O. Schachter, "The Right of States to Use Armed Force", 82 *Michigan Law Review*, 1984, p. 1620, Schachter, "Self-Defence and the Rule of Law", 83 AJIL, 1989, p. 259, and Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, chapter 8; N. Ochoa-Ruiz and E. Salamanca-Aguado, "Exploring the Limits of International Law relating to the Use of Force in Self-defence", 16 EJIL, 2005, p. 499; Cot *et al.*, *Charte*, p. 506 (A. Cassese); Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 941, and Simma, Charter, p. 788.

[64] 29 BFSP, p. 1137 and 30 BFSP, p. 195. 另参见：R. Y. Jennings, "The Caroline and McLeod Cases", 32 AJIL, 1938, p. 82.

事件发生后，美国国务卿在给英国当局的信中提出了行使自卫权的基本要求，即必须存在“自卫的必要性、刻不容缓、压倒一切、没有选择方法的余地、没有时间熟思”。不仅这些条件满足了自卫才是合法的，而且行使自卫权的行为必须不是没有理由的或过分的，“因为以自卫必要性证明合法的行为还必须受到必要性的限制，并且必须清晰地维持在这个范围内”。这些条件得到当时英国政府的接受，现在也被接受为习惯国际法的一部分。[65]

《联合国宪章》第51条规定：

> 联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行
> 1132 使此项自卫权而采取之办法，应立向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。

依据第51条，关于自卫权的确切内容存在广泛争议。[66] 一些作者认为，第51条与第2条第4款联系起来看是穷尽的[67]；另有些人则认为，第51条特别指出的“本宪章不得认为禁止行使……自卫之自然权利”的措辞是开放性的，这意味着在第51条具体规定之外还存在着习惯国际法中的自卫权，第51条仅仅提到武装冲突发生后的情形。[68]

但是，国际法院在“尼加拉瓜”案[69]中清晰地确定：作为一种固有权利的自卫权既存在于习惯国际法，也存在于《联合国宪章》。法院强调说：

> 存在“自然”或“固有”的自卫权，只有在此基础上《宪章》第51条才是有意义的。如果没有习惯的性质，很难理解这种规定，即便其现在的内容得到《宪章》的肯

---

[65] 例如，参见，美国国务院法律顾问指出，“固有自卫权的行使取决于在先的不法行为，对国家的实际并基本的权利带来即刻的、巨大危险的非法行为。在这些条件满足时，所采取的措施必须与威胁或危险相称”，DUSPIL, 1975, p. 17.

[66] 请注意国际法委员会2001年《国家责任条款草案》第21条规定，“一国的行为如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施，则该行为的不法性即告解除”。

[67] 例如，参见：Brownlie, *Use of Force*, pp. 112—3 and 264 及其以下，and E. Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of the Century”, 159 HR, 1978, pp. 1, 87—98. 另参见：Skubiszewski, “Use of Force”, pp. 765—8, and H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, p. 914.

[68] 例如，参见：Bowett, *Self Defence*, pp. 185—6; Stone, *Aggression and World Order*, pp. 43, 95—6. 另参见：H. Waldock, “*General Course on Public International Law*”, 166 HR, 1980, pp. 6, 231—7; Simma, *Charter*, pp. 790 ff.; Gray, *Use of Force*, pp. 98 ff.; I. Briefly, *The Law of Nations*, 6th edn, Oxford, 1963, pp. 417—18, and D. P. O'Connell, *International Law*, 2nd edn, London, 1970, vol. I, p. 317. 另见，例如，6 UNCIO, Documents, 该文件指出，“在合理的自卫中使用武力仍然是被允许的和未被削弱的”。

[69] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 94; 76 ILR, pp. 349, 428.

定和影响。因此,不能认为第 51 条的规定"包含并替代"了习惯国际法。

因此,在这个领域,习惯法与条约的法(即《联合国宪章》)继续并存。两者没有完全重叠,规则的内容不一样。法院还讨论了"武力攻击"的概念。法院指出,武力攻击不仅包括正规部队跨越国际边界的行为,还包括国家或代表国家派遣非正规部队或团体从事 1133
的实际武力攻击,其严重程度相当于正规部队进行的或有其实际参与的攻击。[70] 在这种情况下,考虑的重点转到相关国家的参与上,以便使其负责、并使针对这种行为的自卫行动正当化。[71]

要援引自卫,一国必须能够证明其已经是武装攻击的受害者,还要承担举证义务。[72] 法院指出,一艘军舰被水雷炸毁就足以成为受害者[73],但是,一国对他国所有、但不悬挂他国国旗的船只的攻击不等于是对他国的武装攻击。[74] 不过,想要在自卫中使用武力的国家有必要证明自己受到了故意的攻击。在"石油井架"案中讨论的一系列事件中,法院发现,没有一个是专门并故意针对美国的。[75] 为了确定多么严重的攻击才能使作出的自卫反应合法,法院在"尼加拉瓜"案[76]中区分"最严重的使用武力的形式(那些构成武力攻击的)和其他不太严重的形式",该区分在"石油井架"案[77]中得到确认。但是,再进一步加以界定就极为困难了。

但是,在许多情况下,为了符合第 51 条和在自卫中使用武力的要求,要确定攻击从何时开始都是很困难的。例如,曾有人争论,关于对航空器采取的行为,在雷达已经"锁 1134
定"防空导弹时,武力攻击就开始了。[78] 此外,关于以色列 1967 年 6 月第一次打击事件,有人提出的一种争论是,当时的情况可以认为,针对以色列的攻击已经开始了。[79]

---

〔70〕 法院指出,该项规定,即作为 1974 年联合国大会第 3314 (XXIX)决议附件的《侵略定义》第 3(g)条中包括的规定,反映了习惯国际法, ICJ Reports, 1986, p. 103; 76 ILR, p. 437.

〔71〕 例如,参见: Gray, *Use of Force*, pp. 108 及其以下。

〔72〕 The *Oil Platforms* (*Iran* v. *US*) case, ICJ Reports, 2003, pp. 161, 189 and 190; 130 ILR, pp. 323, 348—50.

〔73〕 同上,p. 195.

〔74〕 同上, p. 191.

〔75〕 同上。这些事件包括从远距离进行的导弹攻击,这意味着不可能是针对特定船舶的(美国 *Sea Isle City*)而与"科威特水域的某目标"有什么不同;对没有悬挂美国旗帜 船舶的攻击;被指称的伊朗炮舰对美国直升飞机开火,法院认为没有证据;不能证明是针对美国的布雷,同上, pp. 191—2. 但是,针对目标国的攻击不能仅仅是不加区别的,而必须是蓄意的这种要求是有争议的,值得商榷。

〔76〕 ICJ Reports, 1986, pp. 14, 101.

〔77〕 ICJ Reports, 2003, pp. 161, 187; 130 ILR, pp. 323, 346.

〔78〕 参见: Gray, *Use of Force*, p. 96, footnote 48.

〔79〕 见下文,第 1138 页。

什么构成使用武力这个问题的另一个方面是，为此目的对某种具体的使用武力进行分类存在困难。例如，对大使馆或驻外外交官的攻击是否构成武力攻击从而使自卫行为合法呢？1998 年 8 月 7 日，美国驻肯尼亚和坦桑尼亚的大使馆被炸，造成 250 多人丧生和大量财产损害。8 月 20 日，美国对被认为应当对此次袭击负责的与本·拉登组织有关位于阿富汗和苏丹的基地发射了一系列巡航导弹。美国宣布，其行为是自己依据《宪章》第 51 条采取的行为，是行使自卫权。[80]

自卫权适用于他国武装攻击，这是很清楚的。但是，又提出了这样一个问题，即：对来自非国家实体的攻击是否适用自卫权？[81] 如果是国家自己派遣的武装小队从事武力行为、而且其严重程度相当于由正规部队进行的武装攻击，在自卫中使用武力就可能是正当的。在更加模糊不清的情况下就会产生一些困难。在“尼加拉瓜”案中，法院不接受下述观点，即自卫权可以延伸适用于第三国以提供武器或后勤支持的形式予以援助的情况，尽管那种援助形式可能构成威胁或使用武力，或相当于对国家内部或外部事务的干涉。[82] 这里引出的一个问题是，在一国遭到另一国家支持下的团伙发起的攻击的特定情况下，如果该另一国给予的支持没有达到规定的程度，可能不能在该定义下作出武力反应。詹宁斯法官在其反对意见中提到了这个问题，他指出，“为合法的自卫规定不必
1135 要的严格条件以便为禁止两种对武力作出的武力反应留下很大的空间似乎是很危险的，因为联合国旨在填补这个漏洞而使用武力的机制是不存在的。”[83]

来自第三国对武装团伙（无论以恐怖分子还是叛乱者或自由斗士为特征）的援助可能产生针对该第三国进行正当的武力自卫，在这种援助与低于这种程度的援助之间划分一个界限在实践中是很难的。国际法院在其关于“隔离墙的咨询意见”案[84]中乍看上去似乎采取了非常严格的做法。法院指出，第 51 条承认“在一国对另一国进行武装攻击的情况下存在着自然的自卫权”。法院还宣布，第 51 条的规定对于以色列的行为不适用，因为这些行为是针对源自被占领土内的威胁，并且不能归因于另一国国家。但是，这不能解释为对于非国家实体从目标国控制范围之外的领土上发起的攻击不存在自卫。此

---

〔80〕 参见：“Contemporary Practice of the United States”, 93 AJIL, 1999, p. 161. 美国指出，导弹袭击“作为对美国人员和设施袭击的反应，是必要的和相称的”，同上，p. 162 and S/1998/780.

〔81〕 例如，参见，Dinstein, *War*, pp. 204 及其以下。

〔82〕 ICJ Reports, 1986, pp. 103—4; 76 ILR, pp. 437—8.

〔83〕 ICJ Reports, 1986, pp. 543—4; 76 ILR, p. 877. 弗兰克认为安全理事会在世贸中心被攻击后的实践遵循了詹宁斯法官的观点。见 *Recourse*, p. 63, 以及下面, p. 1159.

〔84〕 ICJ Reports, 2004, pp. 136, 194. 比较希金斯法官的个别意见，同上，p. 215 以及 Judge Kooijmans 的个别意见，and, 同上，p. 230.

外,以色列在被占领土上的行为,无论是否使建筑隔离墙或全部或部分的安全栅栏正当化,似乎属于武装冲突法(国际人道法)问题,是占领国采取行动维持公共秩序和保护其自身力量的权限。[85]

在"刚果民主共和国诉乌干达"[86]案中,法院没有抓住机会重新考虑"尼加拉瓜"案判决的模糊之处。在该案子里,法院发现,没有充分证据证明刚果政府卷入了对乌干达的攻击,而且攻击也不是来自刚果派遣或代表刚果的武装团伙或非正规军。因此,有证据证明这种攻击是不能归因于刚果的。由于法院的结论是乌干达对刚果行使自卫权的法律和实际情形都是不存在的,"因此"没有必要讨论当代国际法是否规定以及规定在什么条件下针对大规模非正规部队行使自卫权的问题。[87] 由于法院仅仅讨论了乌干达 1136
是否可能针对刚果采取行动的问题,因此,是否可以针对非国家实体、而不是另一国家进行的攻击采取自卫行动,法院对这个日益重要的问题反倒没有处理。[88]

考虑到越来越多的与国际恐怖主义有关的国家实践,特别是考虑到恐怖行为是否构成《宪章》意义上的或习惯法上的"武力攻击"的问题,法院的做法可能令人感到惊奇。[89] 2001 年 9 月 11 日对纽约世界贸易中心袭击一天之后,安全理事会通过了第 1368 号决议。该决议特别提到"依宪章的单独或集体的自然的自卫权"。1373 号(2001)决议再次确认了这一点,并依据第 7 章通过了一系列有拘束力的决定,包括规定所有国家必须"采取一切必要措施防止恐怖主义行为发生"。考虑到这种宣布国际恐怖主义威胁国际和平与安全的有拘束力的决议可以使自卫权得到有效行使,从这些决议可以得出下述结论:非国家实体进行的大规模攻击也许相当于第 51 条意义上的"武力攻击",无需将其归于另一国家,因此被攻击的国家使用武力自卫就是合法的。[90]

在安全理事会第 1701(2006)号决议中可以找到对非国家实体进行的特定敌对行动可能构成"攻击"的进一步承认。该决议对控制黎巴嫩部分领土的武装游击队真主党针对以色列的攻击(促使以色列在 2006 年夏发动武力打击)和以色列的"进攻性军事行

---

〔85〕 参见 1907 年海牙规则第 43 条。另参见下文,第 21 章,第 1181 页。

〔86〕 ICJ Reports, 2005, p. 168.

〔87〕 同上, pp. 222—3.

〔88〕 参见 Kooijmans 法官的个别意见,同上, p. 314 和 Simma 法官的个别意见,同上, pp. 336 及其以下。

〔89〕 例如,参见,Dinstein, *War*, pp. 201 及后面.; Franck, *Recourse*, 第四章,和 Gray, *Use of Force*, pp. 165 ff. 另参见,M. Byers, "Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September", 51 ICLQ, 2002, p. 401, and L. Condorelli, "Les Attentats du 11 Septembre et Leur Suite", 105 RGDIP, 2001, p. 829. 关于恐怖主义,参见下文,第 1159 页。

〔90〕 参见 Kooijmans 法官和 Simma 法官在"民主刚果共和国诉乌干达"案中的个别意见, ICJ Reports, 2005, 第 168、314 和 337 页。

动”都进行了谴责。

1137 2001 年 10 月 7 日，美国通知安全理事会说，它在阿富汗针对认为应对“9.11”攻击负责的“基地组织”和被控为该组织提供基地的该国塔利班政权采取的行动是行使自卫权。[91] 北约成员国援引了《北大西洋公约》第 5 条[92]，1947 年《美洲国家间互助条约》的缔约国援引了类似的规定。[93] 这两项规定都特别提到“武力攻击”和《宪章》第 51 条。因此，这两个组织的成员都认为，9 月 11 日发生的事件构成《宪章》第 51 条意义上的“武力攻击”。事实上，并没有适用任何条约，因为美国与特定的盟国（主要是英国）以行使自卫为由自己发起了攻击，并得到了国际社会的支持或默许。[94]

还有一个问题，即是否存在预防性或先发制人的自卫权？如果坚持认为自卫严格局
1138 限在对实际武力攻击的反应，那就是不可能的。预防性自卫的概念与现代武器有着特别的关系，这种武器以极快的速度发动攻击，在成功结束攻击之前不给目标国对武力侵犯作出反应的时间，特别是当目标国在地理上是个小国时就更是如此。[95] 一些国家曾进

---

[91] 参见：S/2001/946. 另参见：“Contemporary Practice of the United States”, 96 AJIL, 2002, p. 237.

[92] 参见：http://www, nato. int/terrorism/factsheet. htm. 第 5 条规定，“缔约各方同意对欧洲或北美一个或多个成员的攻击将被视为对其所有成员的攻击，因此他们同意如果发生这种攻击，为了行使《联合国宪章》第 51 条承认的单独或集体自卫权，每个成员将单独或与其他成员一起采取其认为必要的行动援助受到此种攻击的一个或多个成员，以便恢复并维护北大西洋区域的安全”。

[93] 第 3(1)条规定，“缔约各方同意任何针对美洲国家的武装攻击均被视为对所有美洲国家的攻击。因此，上述所有缔约国承诺协助应付此攻击，从而行使《联合国宪章》第 51 条承认的单独或集体的天然自卫权”。

[94] 例如，参见，Byers, “Terrorism”, pp. 409—10; E. Cannizzaro, “Entites Non-etatique et Regime Internationale de l'Emploi de la Force- une Étude sur le Cas de la Réaction Israélienneau Liban”, 111 *Revue Générale de Droit International Public*, 2007, p. 333, and K. N. Trapp, “Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors”, *56 ICLQ*, 2007, p. 141. 2007 年 10 月 27 日国际法研究院通过的决议在第 10 段指出，“在非国家行为体针对国家进行攻击的事件中，由习惯国际法辅助的《宪章》第 51 条原则上是适用的”。注意：the Chatham House Principles on International Law on theUse of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, pp. 963, 969, 规定：如果攻击是大规模的，对非国家行为体的攻击可以行使自卫权；如果在另一国的领土上行使自卫权，该另一国不能或不愿意自己与非国家行为体打交道，在得不到该国同意的情况下有必要从该国之外使用武力；武力自卫只能针对在其领土内发现攻击者的国家政府，而且只有在需要防止或制止攻击时行使。

[95] 对照参见：Bowett, *Use of Force*, pp. 118—92, 他强调，“在当前的武器状态下，不能期待任何国家无奈地等待可能摧毁其进一步反抗能力并因此危及其生存的首次攻击”，并参见 Franck, *Fairness*, p. 267, 他指出，在这种情况下，“预防性自卫的概念既合理又有诱惑力”, with Brownlie, *Use of Force*, p. 275, and L. Henkin, *How Nations Behave*, 2nd edn, New York, 1979, pp. 141—5. 另参见：R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, pp. 216—21; Franck, *Recourse*, 第 7 章，和 I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th edn, Oxford, 2003, pp. 701 及以下。

行过先发制人的自卫攻击。1967 年,就在南部港口埃拉特(Eilat)被封锁以及约旦与埃及签订军事协定之后,以色列对其阿拉伯邻国发动了进攻。此次进攻结束了埃及调动其部队到以色列边界以及埃及总统下令驱逐该地区的联合国维持和平部队的连串事件。[96] 当然还可以争论说,埃及(对以色列)的封锁行为本身就构成了使用武力,特别是将其与其他事件一起考虑,不需要"预防性"自卫的概念就可以使以色列的行为合法化。[97] 值得注意的是,1967 年夏联合国辩论时并没有谴责该战斗的爆发,也没有谴责以色列行使自卫的行为。

国际法院在"尼加拉瓜"案[98]中对于迫在眉睫的武力威胁作出反应的合法性问题没有发表任何意见,因为从案子的事实来看,没有提出这个问题。当然,预防性自卫概念的麻烦在于,它涉及另一方对于各种行动的精细计算。先发制人的自卫开始得太早就构成侵略。划分这个界线是很困难的。问题是,国际法体系的特性就在于把这样的事情交给国家自己决定,没有可以接受的作出这种决定的机构。很难预见这种情况会改变。但 1139
是,国家对于预防性自卫的概念一般都感到不安。[99] 不过,有一种可能就是集中关注"武力攻击"的概念,以便以相对灵活的方式加以解释。[100] 有人提议,将预防性自卫(可以预见的武力攻击)与截击式的自卫(即刻的和不可避免的武力攻击)加以区分,以便避免提供证据的问题,并摆脱预防性自卫概念的诱惑,而无需迫使受威胁的国家在违反国际法与遭受实际攻击之间作出选择。[101] 根据这种学说,如果武力攻击是即刻的,无论根

---

[96] 参见: *The Arab-Israeli Conflict* (ed. I. N. Moore), Princeton, 3 vols., 1974.

[97] 注意:格雷写道,以色列并未争辩说其行为是预防性自卫,而是在冲突后进行的自卫, *Use of Force*, pp. 130—1. 另参见 Dinstein, *War*, p. 192.

[98] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 103; 76 ILR, p. 437. 另参见: *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 222.

[99] 例如,参见 the Security Council debate on Israel's bombing of the Iraqi nuclear reactor in 1981, 20 ILM, 1981, pp. 965—7. 另参见: A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, pp. 230 及其以下,他的结论是,正在产生这种一致看法,即预防性自卫是可以允许的,但是必须有严格的条件,即证明武装攻击严重到毁灭目标国的生存以及没有防止攻击的和平方法,同上,第 233 页。但是, *International Law*, 2nd edn, Oxford, 2005, p. 362, 卡塞斯(Cassese)指出,"较明智的做法是将这种行为(预防性自卫)视为法律上禁止的,不过承认知道有些情况下对这种禁止的违反基于道德上和政治理由是正当的,因此(国际)社会最终将宽恕它们或加以不严苛的谴责"(楷体着重符由原著者所加)。

[100] 例如,参见 Schwebel 法官的反对意见, *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 347—8; 76 ILR, pp. 349, 681. 但是,参见 Dinstein, *War*, pp. 187 及其以下。另注意关于对计算机网络的袭击可能在造成致命后果(例如控制水工程和大坝的计算机系统瘫痪)时,属于武装攻击的定义范围内的建议,参见 Y. Dinstein, "Computer Network Attacks and Self-Defence", 76 *International Law Studies*, *US Naval War College*, 2001, p. 99.

[101] 参见: Dinstein, *War*, pp. 191—2.

据习惯法还是《宪章》第 51 条自卫都是正当的。是否能够根据在相关时刻可以得到的信息对局势作出准确判断,关键是证据问题。这比模糊的预防性自卫概念更容易证明,其优点是符合这样的观点,即存在"卡罗林"案[102]中详细说明的习惯法上的自卫权。任何情况下,大多取决于威胁的特点以及对威胁作出反应的性质,因为它们必须是相称
1140 的。[103] 但是,作出下述结论是保险的,即自卫的概念可以扩展到包括对合理、并有证据认为属于即刻的攻击所作出的反应,无论从语言上如何表达。"卡罗林"标准仍然非常重要。[104]

但是,有人建议说,预防性自卫的概念虽然有争议,但可以扩展成为"先发制人的自卫"(有时称为"预防性自卫"),可以超出"卡罗林"标准的限制,以便能够通过使用武力防止或预防可能的攻击。2001 年 10 月 7 日美国关于在阿富汗采取的行动给联合国的照会包括这样的话:"我们可以认为,我们的自卫需要关系到其他组织和其他国家的进一步的行动。"[105]这种观点已经在 2002 年《美国国家安全战略》中作出规定,[106]并在 2006 年《美国国家安全战略》得到确认,后者强调在国家安全战略中先发制人的作用。[107] 只要先发制人学说超出"卡罗林"标准的范围,它就是目前的国际法不能接受的。[108]

---

[102] 参见上面,第 1131 页。

[103] 但是,请注意 the Report of the UN High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, 2004, 在第 188 段宣布"依据久已建立的国际法,只要攻击的威胁是即刻的,没有其他替代手段而且所采取的行动是相称的,被威胁的国家就可以采取军事行动。"(着重号由原著者所加)联合国秘书长在《大自由》(A/59/2005)中作出了反应,他也指出,自卫权的适用范围包括即刻的威胁。国际法研究院 2007 年 10 月 27 日通过的决议第 3 段指出,"在实际的攻击或者明显的即刻武力威胁的情况下可以行使自卫权"。"只有在没有任何实际合法的防止、阻止或击退武力攻击的替代方法时"才可以行使武力自卫权。

[104] 另参见,the Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, pp. 963, 964—5.

[105] S/2001/946. 另参见: Byers, "Terrorism", p. 411.

[106] 41 ILM, 2002, p. 1478. 另参见: M. E. O'Connell. "The Myth of Preemptive Self-Defence", ASIL, Task Force on Terrorism, 2002, http://www. asil. org/t askforce/oconnell. pdf; M. Bothe, "Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force", 14 EJIL, 2003, p. 227, and W. M. Reisman and A. Armstrong, "Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense", 100 AJIL, 2006, p. 525.

[107] 参见, C. Gray, "The Bush Doctrine Revisited: The 2006 National Security Strategy of the USA", 5 *Chinese Journal of International Law*, 2006, p. 555.

[108] 例如,参见, the Report of the UN High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, 2004,第 189 段以及后面和联合国秘书长的报告, *In Larger Freedom*, A/59/2005, 第 125 段, 他们基本上都谈到,如果威胁不够即刻,应该诉诸联合国安全理事会。国际法研究院 2007 年 10 月 27 日通过的决议第 6 段指出,"如果没有实际的或明显的即刻武力攻击,'预防性'自卫学说就没有国际法的基础。"另参见,the Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, pp. 963, 968.

必要性和相称性的概念是国际法上自卫的核心问题。[109] 法院在"尼加拉瓜"案中指出,"具体的规则是,自卫仅保障与武力攻击相称的和有必要作出反应的措施。这是习惯 1141
国际法上牢固确立的规则。"[110] 在为联合国大会作出的"威胁或使用核武器的合法性"咨询意见中,法院强调,"行使自卫权要服从必要性和相称性条件是习惯国际法规则。"[111] 然而,什么是必要的[112] 和相称的[113],要视具体情况而定。[114] 必要性标准引起重要的证据问题和实质问题。要想以当时合理知晓的事实为基础作出合理的结论,重要的是证明武力攻击已经发生或合理地认为是即刻的,需要作出所提议的反应。国际法院在"石油井架"案[115] 中认为,美国为了对攻击"海岛城号"军舰(*Sea Isle City*)和"塞缪尔·罗伯茨号"军舰(USS *Samuel B Roberts*)的布雷行为作出反应而攻击相关石油井架,没有满足上述要求。法院特别指出,没有证据证明美国曾经对伊朗与石油井架相关的军事行动有过抱怨(这与其针对例如布雷和对中立运输船舶的攻击等事件采取的行为正好相反)。此外,美国承认,对石油井架的一次攻击属于"对意外目标的攻击"。曾有人争论说,"必要性是最低标准,即刻标准可以视为必要性标准的一个方面,因为必要性标准要求没有时间采取非武力手段和合理机会防止或阻止攻击"。[116] 1142

究竟作出什么反应会被视为相称的反应,有时很难量化。这引发下述问题,即反应究竟与什么相称。是与实际的攻击或威胁相称还是与类似的进一步攻击相称?如果相关攻击属于一系列类似持续攻击的一部分,然而尚未听到对此次攻击所作出的反应或没有作出反应,那该怎么办呢?在"石油井架"案中,国际法院认为,有必要考虑美国所作

---

[109] 例如,参见:Brownlie, *Use of Force*, p. 279, footnote 2; Gray, *Use of Force*, pp. 120 及后面, 和 Dinstein, *War*, pp. 237 及以下。

[110] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 94 and 103; 76 ILR, pp. 349, 428 and 437.

[111] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 245; 110 ILR, p. 163. 法院确认这个"双重条件"同样适用于第 51 条,无论使用什么武力手段,同上。

[112] 参见阿戈法官(Judge Ago)向国际法委员会提交的第 8 次关于国家责任的报告,在报告中指出,必要性概念的核心是其他停止攻击的方法的可利用性,因此"被攻击的国家……在特定情况下必须没有采取诉诸武力以外的停止攻击的任何方法", *Yearbook of the ILC*, 1980, vol. II, part 1, p. 69.

[113] 阿戈法官指出,正确的相称性关系不是构成武装攻击的行为与对抗该攻击的行为之间的关系,而是自卫所采取的行动与停止和击退武装攻击的目标之间的关系,因此"停止和击退攻击所需要的行动可以适当地假定与所受攻击的行动相称的范围",同上,第 69 页。另参见:J. G. Gardam, "Proportionality and Force in International Law", 87 AJIL, 1993, p. 391.

[114] 注意:英国宣布,土耳其 1998 年在伊拉克北部的行动"必须与威胁相称", UKMIL, 69 BYIL, 1998, p. 586.

[115] ICJ Reports, 2003, pp. 161, 198.

[116] The Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, pp. 963, 967.

出的所有反应的程度,包括(除其他外)破坏两艘伊朗战舰和其他海军船舶和飞机,不明身份的机构的一艘军舰的布雷(没有造成人员伤亡)。[117] 国际法院在"刚果民主共和国诉乌干达"案[118]中认为,当时的情况不存在行使自卫权的先提条件。法院指出,"(乌干达军队)夺取飞机和占领距离乌干达边境上千里之外的城镇与所主张的为行使自卫权而进行的跨越边界的一系列攻击是不相称的,也没有自卫的必要"。

作为自卫的标准,相称性也要求考虑所用武器的种类。要进行调查需要分析国际人道法的原则。国际法院在"威胁或使用核武器的合法性"咨询意见中的观点是,相称性原则"本身可能不会在任何情况下排除在自卫中使用核武器,"但是,"根据自卫法相称的使用武力,要想合法还必须符合适用于武装冲突的法律要求。"特别是那些"相信他们会根据相称性要求在自卫中使用核武器"的国家应对这种武器的性质及其带有的巨大风险作出相关考虑。[119] 一个相关的特别困难是,在衡量反应的程度时是否应考虑一系列活动,而不是仅仅考虑在作出自卫行为之前受到的攻击。比较可能的回答是,当这些活动清楚地形成一个序列或一连串事件的一部分时,解释检验相称性的标准将把这部分一并加以考虑。下面的情况显然也是不可避免的,即策划作出这种行为的国家也是首先必
1143 须作出此种决定的国家[120],尽管这将屈从于整个国际社会的考虑,特别是安全理事会根据第 51 条规定的考虑。[121]

第 51 条要求国家"立即"将其行使自卫权采取的办法向安全理事会报告,此项办法"于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责,以维持或恢复[122]国际和平及安全"。

---

[117] ICJ Reports, 2003, pp. 161, 198; 130 ILR, pp. 323, 357—8.

[118] ICJ Reports, 2005, pp. 168, 223.

[119] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 245; 110 ILR, p. 163. 进一步参见下文, p. 1187.

[120] 例如,参见: H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, London, 1933, p. 179.

[121] 例如,参见: D. Grieg, "Self-Defence and the Security Council: What Does Article 51 Require?", 40 ICLQ, 1991, p. 366.

[122] 注意:法院在下列案件中指出,乌干达没有将其认为自卫所要求采取行动的相关事件向安全理事会报告,*Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 222。参见:Dinstein, *War*, p. 218, 他争辩道,未能报告行使自卫权采取的措施"不应是致命的过失,但条件是行使自卫权的实质条件均已符合"。

对在外侨民的保护[123]

用武力保护在国外的国民和财产在19世纪被认为是合法的,发生的许多事件证明这种观点得到接受。[124] 但是,《联合国宪章》通过以后,由于目标国的"领土完整和政治独立"遭到破坏这一条件,这个问题变得颇有争议。[125] 对第51条的一种解释可能会否认针对驻外个人进行的攻击属于该项规定意义上的"武力攻击",因为被攻击的必须是 1144
国家本身,而不能是国家领土范围以外的特定个人。[126]

近年来的一些案件中提出了这个问题。1964年,比利时和美国经刚果政府同意派遣部队到刚果从叛乱者中解救人质(包括这些国家的国民)。[127] 1975年,美国使用武力解救被柬埔寨扣押的货船及其船员。[128] 但是,最著名的事件要属法国航班被劫持后,以色列解救被巴勒斯坦人和其他恐怖主义分子劫持到恩德培的人质。[129] 安理会关于这个问题的辩论没有得出结论。一些国家支持以色列的观点,认为保护在外侨民的行为是合法的,因为相关所在国正在支持劫机者。[130] 其他国家的观点是,以色列侵略了乌干达或

---

[123] 例如,参见:M. B. Akehurst, "The Use of Force to Protect Nationals Abroad", 5 *International Relations*, 1977, p. 3, and Akehurst, "Humanitarian Intervention" in *Intervention inWorld Politics* (ed. H. Bull), Oxford, 1984, p. 95; Dinstein, *War*, pp. 231 ff.; Gray, *Use of Force*, pp. 126 ff.; Franck, *Recourse*, chapter 6; Waldock, "General Course", p. 467; L. C. Green, "Rescue at Entebbe—Legal Aspects", 6 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1976, p. 312, and M. N. Shaw, "Some Legal Aspects of the Entebbe Incident", 1 *Jewish Law Annual*, 1978, p. 232. 另参见: T. Schweisfurth, "Operations to Rescue Nationals in Third States Involving the Use of Force in Relation to the Protection of Human Rights", German YIL, 1980, p. 159; J. R. d'Angelo, "Resort to Force to Protect Nationals", 21 Va. JIL, 1981, p. 485; J. Paust, "The Seizure and Recovery of the *Mayaguez*", 85 *Yale Law Journal*, 1976, p. 774; D. W. Bowett, "The Use of Force for the Protection of Nationals Abroad" in *The Current Legal Regulation of the Use of Force* (ed. A. Cassese), Oxford, 1986, p. 39, and N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on* Grounds of Humanity, Oxford, 1985.

[124] 例如,参见: Brownlie, *Use of Force*, pp. 289 及其以下.

[125] 当然,如果相关国家同意该行动或者法律和秩序出现混乱的国家驱逐了其国民,情况是不同的。参见, Gray, *Use of Force*, p. 129.

[126] 例如,参见: Brownlie, *Use of Force*, pp. 289 及其以下.

[127] 参见: M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1968, vol. V, p. 475. 另参见: R. B. Lillich, "Forcible Self-Help to Protect Human Rights", 53 *Iowa Law Review*, 1967, p. 325.

[128] Paust, "Seizure and Recovery". 另参见: DUSPIL, 1975, pp. 777—83.

[129] 例如,参见: Akehurst, "Use of Force"; Green, "Rescue at Entebbe", and Shaw, "Legal Aspects".

[130] 例如,参见: S/PV. 1939, pp. 51—5; S/PV. 1940, p. 48 and S/PV. 1941, p. 31.

者对其过分使用了武力。[131]

美国近年来对其他一些国家使用武力的行为部分地是以保护美国在外侨民为理由来辩解的。这是1984年入侵格林纳达的三个经宣布的理由之一[132],是1989年12月干涉巴拿马提出的四个理由之一。[133] 但是,在这两个事例中,美国公民所受威胁的严重程度是否符合相称性要求是存在严重问题的。[134] 1986年4月15日,美国对利比亚进行了
1145 空袭,因为据称利比亚涉嫌攻击美国在西柏林的军人。美国认为,这是合法的自卫行为。[135] 1993年6月26日,美国对伊拉克在巴格达的军事情报总部发射了导弹,因为据称伊拉克阴谋在科威特暗杀美国前总统布什。美国争辩说,作为将来保护美国国民的手段,此次使用武力是合法的。[136] 很难从在这些事件中表达的相互矛盾的观点中归纳出适当的法律原则。一些国家确认存在着允许为保护在外侨民进行自卫而使用武力的规则,但其他国家则否认国际法上存在这样的规则。还有一些国家的观点没有完全形成或者对这个问题的观点是不一致的。1993年6月28日,英国外交大臣作出下述结论:[137]

> 为应付本国国民所受威胁在下列情况下可以使用武力:(a) 有确凿的证据证明否则攻击的目标将继续被另一国用来支持恐怖分子对本国国民的攻击;(b) 没有其他有效的先发制人的方法对付这种对本国国民逼近的进一步的攻击;(c) 使用的武力与所受威胁相称。

---

[131] 例如,参见:S/PV. 1943, pp. 47—50 and S/PV. 1941, pp. 4—10, 57—61 and 67—72. 注意,埃及于1978年在塞浦路斯试图采取类似行动但没有成功:参见 Keesing's Contemporary Archives, p. 29305. 1980年美国试图解救其在伊朗被劫持的国民但失败了:参见 S/13908 and the Iran case, ICJ Reports, 1980, pp. 3, 43; 61 ILR, pp. 530, 569.

[132] 参见:the statement of Deputy Secretary of State Dam, 78 AJIL, 1984, p. 200. 另参见:W. Gilmore, *The Grenada Intervention*, London, 1984, 和下文,第1151页.

[133] 参见:the statements by the US President and the Department of State, 84 AJIL, 1990, p. 545.

[134] 在"格林纳达"事件中,声称一些美国学生受到威胁:参见 Gilmore, *Grenada*, pp. 55—64. 在巴拿马事件中,一个美国人被杀,还有一些受到骚扰:参见 V. Nanda, "The Validity of United States Intervention in Panama Under International Law", 84 AJIL, 1990, pp. 494, 497.

[135] 参见:President Reagan's statement, *The Times*, 16 April 1986, p. 6. 英国政府对此是支持的:参见:*The Times*, 17 April 1986, p. 4. 但是,考虑到此次空袭所遭受到的明显伤害和损失,存在相称性问题。一位美国公务员在西柏林被杀。英国同意为空袭的目的使用英国基地所起的作用问题也被提出。另参见:UKMIL, 57 BYIL, 1986, pp. 639—42 and 80 AJIL, 1986, pp. 632—6, and C. J. Greenwood., "International Law and the United States' Air Operation Against Libya", 89 *West Virginia Law Review*, 1987, p. 933.

[136] 参见:Security Council Debates S/PV. 3245, 1993, and UKMIL, 64 BYIL, 1993, pp. 731 及其以下;另参见:D. Kritsiotis, "The Legality of the 1993 US Missile Strike on Iraq and the Right of Self-Defence in International Law", 45 ICLQ, 1996, p. 162.

[137] 227 HC Debs., col. 658; 64 BYIL, 1993, p. 732.

考虑到在拯救生命受到威胁的国民与保护国家领土完整这两个对立原则之间的平衡,似乎更容易接受的是,在严格限制的情况下,如果符合"卡罗林"案规定的条件,那就是有效的。[138] 关于是否可以使用武力保护在国外的财产问题争议较少。当今普遍接受的观点是,用武力保护在国外的物质财产是不合法的。

结论

尽管在自卫权的范围上存有争议或不一致的观点,有一个不争的核心问题,国家有权使用武力以击退攻击。福克兰群岛(阿根廷称为马尔维纳斯群岛——译者注)冲突提 1146
供了一个清晰的例子。无论英国对该群岛确切的权利基础存在什么疑问,非常清楚的是,阿根廷侵入该领土之后,英国具有法律权利恢复先前的状态,并将阿根廷部队驱逐。[139] 安理会第 502 号(1982)决议加强了这一点,该决议号召阿根廷部队立即撤出,并确定存在对和平的破坏。还应该指出,人们都认为国家有权援引自卫权,即使其所占有的领土存有争议。[140]

集体自卫[141]

历史上,国家自己拿起武器来反抗外来的武力是牢固确定的习惯国际法规则。但是,第 51 条还提到"自然的……集体自卫权"。这就出现了一个问题,即国家用武力保卫另一国究竟可以到什么程度?但是,集体自卫的思想是模糊的。可以像某些作者所认为的那样[142],仅仅将其视为在特定条约或组织的框架内一些单独自卫权的共同行使,集体自卫也可以构成全面区域安全体系的基础。如果是前者,冰岛使用武力保卫土耳其的利益就会带来法律上的困难,因为对土耳其的行动在任何情况下都不能根据其单独的自卫权使冰岛使用武力的反应成为合法。

事实上,国家实践采取了第二种学说。像北约和华沙条约这样的组织是在第二次世界大战后专门以第 51 条集体自卫权为基础建立的。根据这样的协议,对一方的攻击就作为对所有缔约方的攻击。[143] 因此,必要的结论是,集体自卫不是单独自卫权的集合, 1147

---

[138] 参见上文,第 1131 页。

[139] 参见上文,第 10 章,第 532 页。

[140] 例如,参见:Brownlie, *Use of Force*, pp. 382—3. 另见,上文,第 1128 页。

[141] 例如,参见:Dinstein, *War*, chapter 9, and Gray, *Use of Force*, chapter 5.

[142] 例如,参见:Bowett, *Self-Defence*, p. 245, 比较:Goodrich, Hambro and Simons, Charter, p. 348. 另参见:Brownlie, *Use of Force*, pp. 328—9.

[143] 例如,参见 1949 年《北大西洋公约组织条约》第 5 条。

完全是另一个创造物。[144]

这种学说在"尼加拉瓜"案中得到支持。[145] 法院强调,集体自卫在习惯法中已经确立。但法院又补充说,该权利的行使取决于相关国家事先宣布它是武力攻击的受害者以及受害国发出援助的请求。此外,法院强调指出,"一国以另一国对第三国非法使用了武力为由而对该另一国使用武力,作为一种例外,只有当引起这种反应的不法行为属于武力攻击时才能被视为合法"。[146]

1990 年 8 月 2 日,伊拉克入侵科威特引起了集体自卫问题,在这种情况下国家联合起来共同作出反应以制止征服和占领。科威特流亡政府向其他国家请求援助。[147] 虽然从 1991 年 1 月 16 日开始的武力行动是根据联合国安理会决议进行的[148],但是的确可以争辩,在这种情况下,集体自卫权还是相关的。[149]

干涉[150]

1148 不干涉原则是习惯国际法的一部分,该原则是建立在尊重国家领土主权这个概念之上的。[151] 在允许每一个国家都可以根据国家主权原则自由决定的事项上,干涉是被禁止的。正如国际法院在"尼加拉瓜"案[152]中所指出的,这种事务包括选择政治、经济、社

---

[144] 注意《联合国宪章》第 52 条,该条承认区域办法和机关的存在,处理关系到国际和平与安全这种问题对于区域行动是恰当的,但条件是,符合联合国的宗旨和原则:参见下文,第 22 章, 第 1273 页。

[145] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 103—5; 76 ILR, pp. 349, 437.

[146] ICJ Reports, 1986, p. 110. 另参见:同上, p. 127; 76 ILR, pp. 444 and 461. 这在"石油井架(伊朗诉美国)"案中得到确认,ICJ Reports, 2003, pp. 161, 186; 130 ILR, pp. 323, 346.

[147] 参见: *Keesing's Record of World Events*, pp. 37631 及其以下 (1990).

[148] 参见: below, chapter 22, p. 1253.

[149] 注意安全理事会第 661 (1990)号决议特别在序言中提到"单独或集体的天然自卫权,以便对伊拉克对科威特进行武装攻击的反应"。另参见: the *Barcelona Traction* case, ICJ Reports, 1970, pp. 3, 32; 46 ILR, pp. 178, 206.

[150] 例如,参见: Gray, *Use of Force*, chapter 3; Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit International Public*, p. 947; T. Komarknicki, "L'Intervention en Droit International Moderne", 62 RGDIP, 1956, p. 521; T. Farer, "The Regulation of Foreign Armed Intervention in Civil Armed Conflict", 142 HR, 1974 II, p. 291, and I. E. S. Fawcett, "Intervention in International Law", 103 HR, 1961 II, p. 347.

[151] 参见: the *Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 35; 16 AD, pp. 155, 167 and the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 106; 76 ILR, pp. 349, 440. 另参见 1965 年《不接受干涉国家内政的宣言》以及 1970 年《国际法原则宣言》,上文,第 1127 页。

[152] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 108; 76 ILR, p. 442. 另参见: S. McCaffrey, "The Forty-First Session of the International Law Commission", 83 AJIL, 1989, p. 937.

会和文化制度以及制定外交政策。在遇到这些事项时,采用胁迫的方式进行干涉是非法的,因为选择必须是自由的。[153] 国际法上没有通过干涉支持另一国的反对派的一般权利。此外,如果直接或间接地使用武力,不仅构成对不干涉这项习惯法原则的违反,还构成对在国际关系中不使用武力原则的违反。[154] 国家主权原则是与禁止使用武力原则和不干涉原则紧密联系在一起的另一项原则。[155]

内战[156]

国际法将内战视为纯粹的内部事务,行使自决权的冲突可能是个例外。[157] 《联合国宪章》第2条第4款禁止在国际关系中威胁或使用武力,但在国内情势并不禁止。国际 1149
法中没有禁止叛乱的规则。这是国家国内管辖范围的事情,是留给国内法解决的问题。一旦叛乱成功,结果造成的情势首先在承认的范围解决。涉及第三国时,传统国际法在叛乱、叛乱状态和交战状态之间加以区别。

国家一旦确定了其态度并对该局势进行了定性,将会适用不同的国际法律规定。如

---

[153] ICJ Reports, 1986, p. 108.

[154] ICJ Reports, 1986, pp. 109—10; 76 ILR, p. 443.

[155] ICJ Reports, 1986, p. 111; 76 ILR, p. 445.

[156] 例如,参见,Gray, *Use of Force*, pp. 60 ff.; *Law and Civil War in the Modern World* (ed. J. N. Moore), Princeton, 1974; The InternationalRegulation ofCivilWars (ed. E. Luard), Oxford, 1972; *The International Law of Civil Wars* (ed. R. A. Falk), Princeton, 1971; T. Fraser, "The Regulation of Foreign Intervention in Civil Armed Conflict", 142 HR, 1974, p. 291, and W. Friedmann, "Intervention, Civil War and the Rule of International Law", PASIL, 1965, p. 67. 另参见: R. Higgins, "Intervention and International Law" in Bull, *Intervention in World Politics*, p. 29; C. C. Joyner and B. Grimaldi, "The United States and Nicaragua: Reflections on the Lawfulness of Contemporary Intervention", 25 Va. JIL, 1985, p. 621, and Schachter, *International Law*, pp. 158 及其以下。

[157] 注意:1970年《国际法原则宣言》强调所有国家有义务制止任何以武力剥夺人民自决权的行为,"在采取行动反对并抵抗此种强制行动"时,此等民族可以接受符合《联合国宪章》宗旨和原则的支持。1974年《侵略定义》第7条模糊地提到了享有但被武力剥夺了人民自决权的人民"为此目的而斗争,谋求并接受支持,但要符合《宪章》原则并符合1970年《国际法原则宣言》。1977年通过的《1949年日内瓦公约第一附加议定书》第1条第4款规定,国际武装冲突的情势"包括各国人民在行使庄严载入联合国宪章和关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作的国际法原则宣言的自决权中,对殖民地和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突"。《宪章》第2条第4款和第51条现在是否适用于自决冲突以便使相关人民享有武力自卫权,这是有争议的,并且难以坚持这种观点。但是,用武力镇压自决现在是明显不可接受的,第三国为此目的给予帮助也是不可接受的。但是,对谋求自决的人民提供武力支援似乎仍然是非法的。参见 see Gray, Use of Force, pp. 52 ff.; A. Cassese, Self-Determination of Peoples, Cambridge, 1995, p. 193; 和 H. Wilson, International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, Oxford, 1988. 关于自决原则,参见上文,第5章,第251页。

果叛乱者被视为罪犯，纯属相关国家当局内部的问题，其他任何国家的干涉都是不正当的。如果叛乱者被视为叛乱团体，其他国家可以给予或不给予他们某些权利，由其他国家自由决定，因为处于中间状态。叛乱者不是单纯的罪犯，但是他们也没有被承认为交战团体。因此其他国家可以自由决定与他们之间的法律关系。叛乱团体纯属临时性的分类。例如，当国家认为有必要保护在叛乱者实际控制区内的国民和财产时，问题就会出现。[158] 另一方面，交战状态是涉及权利和义务的正式状态。在传统国际法看来，在符合某些条件后，其他国家就会给予叛乱者以交战团体的承认。这些条件是，一国国内存在一般性的武装冲突；叛乱者占领国家领土的实质部分；根据战争规则由有组织的团体
1150 在负责任的当局指挥下从事敌对行为；存在使国家对局势表示承认态度的情势。[159] 例如，这将产生冲突当事方在公海上行使交战权利的问题。其他海洋国家会有被迫对战争各方各自的地位作出决定的感觉，因为对交战团体的承认会导致一些国际法律后果。当叛乱者被承认为交战团体，他们就成为国际法主体，并对他们的行为承担国际法上的责任。此外，调整敌对行为的规则将对双方适用。例如，承认国必须采取中立立场。

但是，这些叛乱状态和交战状态的概念都缺乏确切性，并且非常主观。特别是叛乱状态的概念没有清楚的标准，从而导致很多混乱。这个问题很重要，因为第二次世界大战结束以来，多数冲突基本都是内战。其原因很多，而且很复杂，意识形态的对立以及在殖民主义强加的边界内所进行的非殖民化是其中的原因。[160] 有一些理由的干涉是合法的，其中包括对第三方先前卷入的反应。例如，苏联和古巴认为他们在 1975—1976 年的安哥拉内战中的行为是合法的，因为南非干涉在先。[161] 美国争辩说，它对南越支援的增加是因为北越军队在冲突中的卷入增加了。[162]

国际法调整内战的规则取决于第三国对冲突双方相对地位的分类。用传统的话来说，叛乱状态意味着，如果承认国愿意的话，可以创造一些它与叛乱团体间的权利和义务，而承认交战状态表明承认国接受中立地位（尽管这个规则有些例外）。但是在实践中，对于冲突各方的地位，国家很少作出明确说明，确切地讲，目的是为操纵局面而留有

---

〔158〕 例如，参见：H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, pp. 275 及其以下。

〔159〕 例如，参见：N. Mugerwa, "Subjects of International Law" in Sorensen, *Manual of Pubhc International Law*, pp. 247, 286—8. 另参见：R. Higgins, "International Law and Civil Conflict" in Luard, *International Regulation of Civil Wars*, pp. 169, 170—1.

〔160〕 例如，参见：M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986.

〔161〕 例如，参见：C. Legum and T. Hodges, *After Angola*, London, 1976.

〔162〕 例如，参见：*Law and the Indo-China War* (ed. 1. N. Moore), Charlottesville, 1972. 另参见：*The Vietnam War and International Law* (ed. R. A. Falk), Princeton, 4 vols., 1968—76.

尽可能大的余地。这就意味着,相关规则不能像传统法律所预想的那样真正得到运用, 1151
决定一个特定的干涉是否合法就变得非常困难。[163]

对国家当局的援助[164]

为镇压反叛[165]而对政府当局提供的一般外来援助看来完全是正当的[166],当然条件是,援助是政府要求的。在格林纳达事件中出现了界定有权要求援助的政府当局的问题。需要美国干涉的请求当时据称是由该岛总督提出的[167],但是,请求是否在入侵之前作出的以及总督是不是发出这种请求的必要当局,这些都存有争议。[168] 在考虑 1989 年 12 月对巴拿马的侵入时,这个问题以不同的形式再次出现。美国国务院确定的作为美国行为法律基础的法律原则之一是,援助"合法的、并且是民主选举的巴拿马政府"。[169] 这里的问题是,这个特定政府被诺列加将军阻止而不能实际就职。因此提出了这样一个问题,即选举出的国家首脑在被阻止执行职务时,是否可以视为能够向他国请求包括武力的援助的政府当局。这实际上与国际法上接受的政府当局的标准不符,即牢固地建立在有效控制的基础上,而不是依赖于政权的性质,无论是民主的、社会主义的或其他性质。[170] 1152

但是,一般的观点是,支援被承认的政府当局是正当的[171],如果可以证明他国鼓励或指挥叛乱者的颠覆活动,正当性可以进一步加强。在这种情况下,似乎集体自卫学说

---

[163] 但是,关于联合国越来越多地卷入国内冲突以及将这种冲突归类为具有国际维度的增长趋势,参见下文,第 22 章,第 1257 页。

[164] 例如,参见:L. Doswald-Beck, "The Legal Validity of AJILitary Intervention by Invitation of the Government", 56 BYIL, 1985, p. 189, and Gray, *Use of Force*, pp. 68 及其以下。

[165] 参见,*Nicaragua* v. *USA*, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 126, 法院在该案中指出,干涉"在一国政府的邀请下"是允许的。但是,很明显这不包括受援国正在用武力镇压享有自决权的人民的情况。参见上文,第 1148 页,注 157。

[166] 当然,到承认交战团体为止,尽管这在当代并不被人们所了解:例如,参见 Lauterpacht, *Recognition*, pp. 230—3.

[167] 参见:the statement by Deputy Secretary of State Dam, 78 AJIL, 1984, p. 200.

[168] 例如,参见:J. N. Moore, *Law and the Grenada Mission*, Charlottesville, 1984, and Gilmore, *Grenada*. 关于 1960 年刚果危机,当时国家总统和首相试图相互诋毁,另参见:*Development of International Law*, pp. 162—4。

[169] 84 AJIL, 1990, p. 547.

[170] 另参见:上文,第 9 章,第 454 页。

[171] 注意:国际法委员会 2001 年《国家责任条款草案》第 20 条规定,"一国以有效方式表示同意另一国实施某想特定行为时,该特定行为的不法性在与该国家的关系上即告解除,但以该行为不逾越该项同意的范围为限"。

允许公开合法地站在政府当局一边进行干涉。[172] 一些作者提出，允许第三方对政府进行援助的传统规则对那种斗争的结果尚未明确或者叛乱范围非常广泛、而且目标明确旨在推翻政府的情形是不能适用的。[173] 虽然从政治上说这可能是第三国所期望的，但是这将使受援助的政府完全陷入高度的危险之中。[174] 但是，实践表明，向面临内部冲突的现存政府提供的援助有许多形式，例如经济、技术和武力供应安排，都是可以接受的。[175] 另一方面，还有一种争辩，即主张对明显地具有崩溃迹象的政府进行实质的援助可能是有问题的，因为这可能构成对处于关键时刻的内部局势的干涉。但是，这里有相当多的需要界定的问题。

对叛乱者的援助[176]

这一命题的反面就是援助叛乱者是违反国际法的。1970 年《国际法原则宣言》
1153 强调：

> 任何国家均不得组织、协助、煽动、资助、鼓动或容许目的在于以暴力推翻另一国政权之颠覆、恐怖或武装活动，或干预另一国之内政。[177]

该宣言还指出：

> 每一国均不得采取目的在局部或全部破坏另一国国内统一及领土完整之任何行动。

---

[172] 但是根据"尼加拉瓜"案中提请考虑的原则，ICJ Reports, 1986, pp. 104, 120—3; 76 ILR, pp. 349, 438, 454—7.

[173] 例如，参见：Q. Wright, "US Intervention in the Lebanon", 53 AJIL, 1959, pp. 112, 122. 另参见：R. A. Falk, *Legal Order in a Violent World*, Princeton, 1968, pp. 227—8 and 273, and Doswald-Beck, "Legal Validity", p. 251.

[174] 但是，当关于外国部队存在的同意被相关国家的政府收回时，这种部队的继续存在就构成非法使用武力（不是任何合法行使自卫权的情况）：例如，参见 *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 213 and 224. 另参见，1974 年《侵略定义》第 3 条(e)款。

[175] 关于英国在尼日利亚内战中继续向其出售武器，参见，Higgins, "International Law and Civil Conflict", p. 173. 另注意区分传统武器供应与在这种情况下的非传统武器供应。美国支持由后者提供的援助（像英国在尼日利亚那样），但不支持前者：参见 DUSPIL, 1976, p. 7.

[176] 例如，参见，Gray, *Use of Force*, pp. 87 及其以下。

[177] 另参见：在 1965 年《关于各国内政不容干涉及其独立与主权之保护宣言》的类似措辞，上面，第 1026 页。1974 年联合国大会一致通过的《侵略定义》第 3(g)条将侵略行为界定为，"由或代表一国派遣武装部队、团体、非正规或雇佣军，对另一国进行武力行为"。关于美国对尼加拉瓜"Contras"的援助，另参见：Chayes, *Cuban Missile Crisis*, and the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, p. 14; 76 ILR, p. 349.

国际法院在“尼加拉瓜”案[178]中宣布，不干涉原则禁止一国“直接或间接地，武力或非武力地通过干涉支持另一国的内部反对派”。法院继续说，违反不干涉原则的行为，“如果直接或间接地涉及武力的适用，同样构成对国际关系中不适用武力原则的违反”。此外，法院在“刚果民主共和国诉乌干达”案[179]中强调：“这种非法军事干涉如果达到一定的广度和持续时间就等于严重违反《宪章》第2条第4款对使用武力的禁止”。

实际上，国家实践还很不清楚。[180] 如果此前发生了对政府一方的非法干涉，可以争辩说援助叛乱者就是可以接受的。在涉及阿富汗局势时一些国家就是这样争辩的，他们认为苏联进入该国构成一种侵略。[181] 1154

刚果民主共和国的局势

1999年及此后，刚果民主共和国的局势具有启发性：乌干达和卢旺达并且代表一些包括津巴布韦、安哥拉和纳米比亚在内的国家政府对该国政府的干涉（起初谋求反对在刚果领土上进行的针对他们的叛乱运动，而后支持叛乱者反对刚果政府）。[182] 在第1234号决议（1999）中，安全理事会回顾依据第51条的单独和集体的自然自卫权，并重申所有国家避免干涉他国内政的必要性。安理会号召各国结束未被邀请的外国部队的存在。[183] 安理会第1291（1999）号决议要求根据《卢萨卡停火协定》[184]有序地从刚果撤出所有外国部队。安理会第1304号决议（2000）作出了进一步规定，并依据《宪章》第7章要求“乌干达和卢旺达毫无拖延地将所有部队从刚果民主共和国领土撤出，因为它们侵犯了刚果民主共和国的主权和领土完整”。安理会还依据《卢萨卡停火协定》的规定，要

---

[178] ICJ Reports, 1986, pp. 14, 108 and 109—10. 这些观点在“刚果民主共和国诉乌干达”案中得到法院的确认，ICJ Reports, 2005, pp. 168, 227.

[179] ICJ Reports, 2005, p. 168.

[180] 例如，参见叙利亚1970年对约旦内战及1976年对黎巴嫩的干涉。参加，Gray, *Use of Force*, pp. 85及其以下。

[181] 例如，参见：*Keesing's Contemporary Archives*, pp. 30339, 30364 and 30385. 另参见：谴责苏联对阿富汗的武装干涉的联合国大会决议ES-62；35/37；36/34；37/37 and 38/29。另参见：Doswald-Beck, “Legal Validity”, pp. 230及其以下。

[182] 参见：Gray, *Use of Force*, pp. 60—4, 70—1, 247—50 and 258—9. See also P. N. Okowa, “Congo's War: The Legal Dimension of a Protracted Conflict”, 77 BYIL, 2006, p. 203.

[183] 参见：Gray, *Use of Force*, pp. 61—2. 注意：安理会的立场是明确的，即对政府的援助是允许的，但不允许通过干涉或武力推翻政府。民主刚果共和国发函给安理会控诉卢旺达和乌干达的侵略并证明其邀请安哥拉、纳米比亚和津巴布韦对外国的干涉作出反应是合法的。参见 *UN Yearbook*, 1998, pp. 82—8 and S/1998/827。

[184] 参见：S/1999/815.

求结束其他外国军事存在和军事活动。[185] 联合国于1999年还在刚果建立了特派团，其使命后来扩大了。[186] 那里的局势揭示了联合国（反映国际法）的下述观点，即外国支援政府是可以接受的[187]，但外国支援叛乱者则不能接受。与此同时，联合国的确承认驻扎
1155 在刚果东部地区的外国民兵产生的问题（特别是卢旺达"联攻派民兵"（Interahamwe），他们卷入1994年的种族灭绝，以及乌干达的"生灵抵抗军"（Lord's Resistance Army）），并要求他们放弃武装。[188]

人道主义干涉[189]

本节关注的问题是，是否可以说存在个别国家进行人道主义干涉的权利？由于安全理事会行动而产生在人道需要的情形下联合国的干预问题将涵盖在下一章中。

有时人们争辩说，为了保护位于特定国家的人的生命（不一定是干涉国国民）而进行的干涉在严格界定的情势下是允许的。依据《宪章》之前的法律，这种观点得到一些

---

[185] 还可以参见：安理会第1341（2001）号以及第1355（2001）号决议。安理会第1376（2001）号决议欢迎一些部队，包括全部的Namiblan小分队，从刚果撤出。另参见第1417（2002）、1457（2003）以及1468（2003）号决议。主要点名谴责了卢旺达和乌干达。

[186] 参见下文，第22章，第1264页。

[187] 参见，Okowa, "Congo", p. 224.

[188] 例如，参见，1756（2007）和1794（2007）号安理会决议。

[189] 例如，参见：Gray, *Use of Force*, pp. 31 ff.; Dinstein, *War*, pp. 70 ff.; Franck, *Recourse*, chapter 9; Byers, *War Law*, Part Three; N. J. Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford, 2002; R. Goodman, "Humanitarian Intervention and Pretexts forWar", 100 AJIL, 2006, p. 107; D. Kennedy, *The Dark Sides of Virtue*, Princeton, 2004; *Humanitarian Intervention* (eds. J. L. Holzgrefe and R. O. Keohane), Cambridge, 2003; S. Chesterman, *JustWar or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, 2001; *Humanitarian Intervention and the United Nations* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1973; R. B. Lillich, "Forcible Self-Help by States to ProtectHuman Rights", 53 *Iowa Law Review*, 1967, p. 325, and Lillich, "Intervention to Protect Human Rights", 15 *McGill Law Journal*, 1969, p. 205, and Lillich, "Humanitarian Intervention Through the United Nations: Towards the Development of Criteria", 53 ZaöRV, 1993, p. 557; T. M. Franck and N. S. Rodley, "After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force", 67 AJIL, 1973, p. 275; J. P. Fonteyne, "The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention", 4 *California Western International Law Journal*, 974, p. 203; Chilstrom, "Humanitarian Intervention under Contemporary International Law", 1 *Yale Studies in World Public Order*, 1974, p. 93; N. D. Arnison, "The Law of Humanitarian Intervention" in *Refugees in the 1990s: New Strategies for a Restless World* (ed. H. Cleveland), 1993, p. 37; D. J. Scheffer, "Towards a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention", 23 *University of Toledo Law Review*, 1992, p. 253; D. Kritsiotis, "Reappraising PolicyObjections toHumanitarian Intervention", 19*Michigan Journal of International Law*, 1998, p. 1005; N. Tsagourias, *The Theory and Praxis of Humanitarian Intervention*, Manchester, 1999, and F. Tesón, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 2nd edn, New York, 1997.

支持。而且在19世纪这种干涉确实是国际法上接受的。[190] 但是,当今很难与《宪章》第2条第4款协调[191],除非要么采纳"领土完整"标准的虚假定义,以便允许暂时的违反, 1156
要么认为这项权利在习惯法上已经确立。实践一般也不支持这个概念,主要因为可能被强国将其用作证明到弱国领土进行干涉是正当的。[192] 不过,可以设想,在某些情况下,当一国大规模压迫其公民的情况下外来的干涉保护了大量的生命时,国际社会可能不会采取谴责的态度。此外,在极端人道需要的情况下,可能演变出这种权利。一种认为,海湾战争后西方部队在伊拉克北部保障一个安全区是具有正当理由的,即那是依据习惯国际法上的极端情况下人道主义干涉原则而采取的行为。安全理事会第688(1991)号决议谴责伊拉克大规模压迫库尔德人和什叶派人,美国、英国和法国引证该决议在该国北部和南部建立"禁飞区"。[193] 这种行为没有得到联合国的明确授权。英国争辩道,"根据国际法,在压倒一切的人道主义需要的情况下",设立禁飞区"是正当的"。[194]

1999年,科索沃危机产生的正是人道主义干涉问题。[195] 在没有得到联合国授权的情况下,北约在区域外展开轰炸,以便支持南斯拉夫科索沃省的阿尔巴尼亚族人,其正当性就是人道需要。英国国防大臣指出:"在国际法上,在例外情况下、并为了避免人道灾 1157

---

[190] 例如,参见: H. Ganji, *International Protection of Human Rights*, New York, 1962, 第1章和前面注释中的参考书目。

[191] 特别参见:Brownlie, "Humanitarian Intervention", in Moore, *Law and Civil War*, p. 217.

[192] 例如,参见: M. B. Akehurst, "Humanitarian Intervention" in Bull, Intervention in World Politics, p. 95.

[193] 参见英国外交与联邦部外交事务法律顾问所表达的观点, UKMIL, 63 BYIL, 1992, pp. 827—8. 应把这个与英国外交与联邦部几年以前的观点相比较,当时它指出,可以制定的最好情况是,不是"确定无疑的非法":参见: UKMIL, 57 BYIL, 1986, p. 619. 另参见: Gray, *Use of Force*, pp. 33及其以下, 以及下文,第22章,第1254页。

[194] UKMIL, 70 BYIL, 1999, p. 590. 另参见:UKMIL, 75 BYIL, 2004, p. 857.

[195] 例如,参见,Gray, *Use of Force*, pp. 37 ff.; N. S. Rodley and B. Çali, "Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law", 7 *Human Rights Law Review*, 2007, p. 275; B. Simma, "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", 10 EJIL, 1999, p. 1; Kofi A. Annan, *The Question of Intervention: Statements by the Secretary-General*, New York, 1999; "NATO's Kosovo Intervention", various writers, 93 AJIL, 1999, pp. 824—62; D. Kritsiotis, "The Kosovo Crisis and NATO's Application of Armed Force Against the Federal Republic of Yugoslavia", 49 ICLQ, 2000, p. 330; P. Hilpod, "Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal?", 12 EJIL, 2001, p. 437, and "Kosovo: House of Commons Foreign Affairs Committee 4th Report, June 2000", various memoranda, 49 ICLQ, 2000, pp. 876—943.

难,可以采取军事行动,该军事行动就是在这种基础上采取的"。[196] 安理会以 12 票对 3 票否决了谴责北约使用武力行为的决议。[197] 冲突发生之后,并且是北约与南斯拉夫签订协议之后[198],安理会通过了第 1244 号(1999)决议,欢迎南斯拉夫部队从该领土撤出,决定在联合国指挥下部署国际民事和国际军事存在。联合国成员国和国际组织得到特别授权以建立国际安全存在,该决议并规定了民事存在的主要职责。没有正式的对北约行为的赞同,但是也没有谴责。[199] 可以得出这样的结论,即在危机情势下,人道主义干涉的理论得到联合国的援引,而不是谴责,但却得到少数支持。[200] 这种理论在法律上的
1158 定位不过如此而已。[201]

人道主义干涉原则的一种翻版是,主张为恢复民主的干涉是国际法所允许的。[202] 1989 年 12 月,美国干涉巴拿马的理由之一是恢复民主。[203] 但是,除了界定民主存在问题外,依据《联合国宪章》的明确规定,这种主张在国际法上没有被接受。即便自决原则可能解释为适用于殖民地之外的场合[204]从而包括"民主",也没有理由认为它可以构成

---

[196] UKMIL, 70 BYIL, 1999, p. 586. 一位外交事务大臣写道,"为支持安全理事会规定的宗旨但没有得到该理事会的明确授权,当那是避免即刻和压倒一切的人道危机的唯一手段时,有限的武力使用是正当的",同上,第 587 页并另参见:同上,第 598 页。英国首相于 2004 年对议会写道,国家可能"在例外情况下"使用武力,例外情况是指"当武力是唯一的终止压倒一切的人道灾难时,例如 1999 年在科索沃", HC Deb., 22 March 2004, vol. 419, col. 561W—562W, UKMIL, 75 BYIL, 2004, p. 853.

[197] SCOR, 3989*th meeting*, 26 March 1999.

[198] 参见: 38 ILM, 1999, p. 1217.

[199] 注意:1999 年 4 月针对 19 个北约组织成员中的 10 个成员向国际法院提出诉讼请求,主张这些国家因使用武力而违反了国际法。法院拒绝了这 10 个案子中关于采取临时保全措施的请求。例如,参见,*Yugoslavia* v. *Belgium*, ICJ Reports, 1999, p. 124, 主张对管辖和可受理性提出初步反对意见:例如,参见,*Serbia and Montenegro* v. *UK*, ICJ Reports, 2004, p. 1307.

[200] 另参见: the *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 14, 134—5; 76 ILR, p. 349, 法院指出,使用武力监督或保障尼加拉瓜的人权尊重不是正当的方法。

[201] 注意英国制定了一系列关于 2001 年人道危机的政策纲领。该纲领除其他外规定,安全理事会应该授权终止或避免大规模违反人道法的行动,为了应付这种灾难,当政府不能或不愿避免灾难时,面对压倒一切的和逼近的人道灾难,可以使用武力,但所有非暴力方法均已用尽。灾难的规模和真正或潜在灾难使军事行动的冒险成为正当,如果避免或终止灾难是客观目标,有确凿的证据证明灾难中的人民欢迎这种行动并且因不采取行动结果所受的灾难比干涉带来的痛苦更厉害。更进一步说,武力的使用应该是集体的,规模应是有限的并与获得的人道目标相称并符合国际人道法, UKMIL, 72 BYIL, 2001, p. 696.

[202] 例如,参见: J Crawford, "Democracy and International Law", 44 BYIL, 1993, p. 113; B. R. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, 1999; Franck, *Fairness*, chapter 4, and Franck, *The Empowered Self*, Oxford, 1999; Gray, *Use of Force*, pp. 49 及其以下, and O. Schachter, "The Legality of Pro-Democratic Invasion", 78 AJIL, 1984, p. 645.

[203] 例如,参见, *Keesing's Record of World Events*, p. 37112 (1989). 另参见: Nanda, "Validity", p. 498.

[204] 参见,上面第 6 章, 第 289 页。

一个高于不干涉原则的规范。

最近，人们对“保护的责任”有广泛讨论，认为它是包含了防止灾难情势的责任，目的是在确实发生了灾难时立即作出反应，并进行灾难后的重建。[205] 这种学说可被视为以尽量减少干涉国动机的方式重新界定人道主义干涉原则的一种努力。毫无疑问，它反映了国际社会的一种重要趋势，它的影响很大，在联合国行动的范围内更是如此。人们认为，这既是国家的责任，也是国际社会的责任，明显地包括干涉或初步卷入之后的重建责任。由于提出了广泛并灵活的责任，例如强调在其领土内保护人权的义务，在关于任何军事行动方面主要集中在联合国，因此人道主义干涉学说这把刀的刃已经没有那么锋利了。但是，究竟该学说会有多么大的影响力仍有待观察。[206] 1159

恐怖主义与国际法[207]

用恐怖作为达到政治目的的手段不是什么新鲜事，但近来这种现象达到一个新高峰。许多情况下，恐怖分子在无关的第三国精心选择目标，作为向他们反对的与他们有冲突的政府或其真正的、潜在的或假定同盟施加压力的手段。[208] 就国际法而言，可以指

---

[205] 例如，参见，International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, Ottawa, 2001; Report of the UN High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, 2004, at paras. 201—3; UN Secretary-General, *In Larger Freedom*, A/59/2005, paras. 16—22; World Summit Outcome, General Assembly resolution 60/1, 2005, paras. 138—9, and C. Stahn, “Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, 101 AJIL, 2007, p. 99.

[206] 应当强调的是，关于国家单方面到另一国进行武力干涉的权利，在前面的注释中援引的文件中是模糊不清的。

[207] 例如，参见，Gray, *Use of Force*, pp. 135 ff.; T. Becker, *Terrorism and the State*, Oxford, 2006; *Legal Aspects of International Terrorism* (eds. A. E. Evans and J. Murphy), Lexington, 1978; R. Friedlander, *Terrorism*, Dobbs Ferry, 1979; R. B. Lillich and T. Paxman, “State Responsibility for Injuries to Aliens Caused byTerroristActivity”, 26*American LawReview*, 1977, p. 217; *International Terrorism and Political Crimes* (ed. M. C. Bassiouni), 1975; E. McWhinney, *Aerial Piracy and International Terrorism*, 2nd edn, Dordrecht, 1987; A. Cassese, *Terrorism, Politics and Law*, Cambridge, 1989; V. Lowe, “‘Clear and Present Danger’: Responses to Terrorism”, 54 ICLQ, 2005, p. 185; G. Guillaume, “Terrorism and International Law”, 53 ICLQ, 2004, p. 537; J. Pejic, “Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law”, 75 BYIL, 2004, p. 71; J. Delbrück, “The Fight Against Global Terrorism”, German YIL, 2001, p. 9, and A. Cassese, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, 95 AJIL, 2001, p. 993. 另参见联合国关于恐怖主义的网站：www. un. org/terrorism/.

[208] 1985 年 6 月 14 日 TWA Flight 847 航班被黎巴嫩 Shi'ites 劫持就是这种现象的一个例子：例如，参见 The Economist, 22 June 1985, p. 34.

出一些问题:第一,主要关注的是定义问题。[209] 该犯罪的外延究竟应界定到多宽,例如在对人的攻击之外,是否包括对财产的攻击?在何种程度上考虑犯罪者的动机和意图?第二,恐怖主义与国家使用武力作出反应的关系问题。[210] 第三,需要考虑恐怖主义与人权的关系问题。

尽管有政治上的困难,在制定国际和区域的关于恐怖主义的国际法规则方面仍然取得越来越大的进步。人们采取了双管齐下的方法,一方面对付某种具体的恐怖主义行为,另一方面对这种现象进行普遍谴责。[211] 关于第一种方法,联合国目前通过了 13 个
1160 关于恐怖主义的公约,分别处理包括空中劫持、劫持人质和恐怖主义爆炸问题。[212] 这些公约中许多都运用共同模式确立了准普遍性管辖的基础,这种管辖具有互相联系的国际义务网络。该模式包含相关罪行的定义,将该罪行纳入缔约国间的引渡协议,并且国家有义务将此种罪行确定为国内法上的罪行;确定对此种罪行的管辖(一般为罪行发生的领土国或船舶或飞机的登记国、罪犯为该国国民、或者一些公约规定在自由决定的基础上,受害者为该国国民);被指控的罪犯在其领土时,要么进行起诉,要么将其引渡到对其进行起诉的另一国。[213]

此外,联合国谋求综合解决恐怖主义问题。1972 年 12 月,联合国大会建立了关于恐怖主义的专门委员会[214],并于 1994 年通过了一个《消除国际恐怖主义的措施的宣言》。[215] 该宣言谴责"一切恐怖主义行为、方法和做法,不论在何处发生,也不论是何人

---

[209] 例如,参见,B. Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford, 2006 and articles on the Quest for a Legal Definition, 4 *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 894 及其以下。

[210] 参见,上文,第 1134 页。

[211] 关于国际联盟 1937 年《防止和惩治恐怖主义公约》试图制定综合性法典的失败,例如,参见,Murphy, *United Nations*, p. 179. 另参见,T. M. Franck and B. Lockwood, "Preliminary Thoughts Towards an International Convention on Terrorism", 68 AJIL, 1974, p. 69.

[212] 参见: the Conventions on Offences Committed on Board Aircraft, 1963; for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, 1970; for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, 1971; on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons including Diplomatic Agents, 1973; against the Taking of Hostages, 1979; on the Physical Protection of Nuclear Material, 1980; for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports, Protocol 1988; for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, 1988; for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms on the Continental Shelf, Protocol 1988; on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Identification, 1991; for the Suppression of Terrorist Bombing, 1997 and for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999 and for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, 2005.

[213] 进一步参见上文,第 12 章,第 673 页。

[214] 参见联大第 3034 (XXVII)号决议。

[215] 联大第 49/60 号决议。

所为，均为犯罪而不可辩护（应译为'不可正当化'。联大决议的正式中文文本将 unjustifiable 翻译为'不可辩护'是错误的，因为辩护权是基本人权，任何犯罪嫌疑人都应当享有辩护权——译者注）。"该决议指出，"为了政治目的而企图或蓄意在一般公众、某一群人或某些人中引起恐怖状态的犯罪行为，不论引用何种政治、哲学、意识形态、种族、人种、宗教或任何其他性质的考虑作为借口，在任何情况下都是不可辩护的（无理的——译者注）"。国家还有义务不得组织、怂恿、协助、资助或容忍恐怖主义活动并应采取实际措施保障其领土不被用来安装恐怖主义装置、作为训练基地或在其领土上进行对他国进 1161
行恐怖主义活动的准备。国家还有义务追捕并起诉或引渡恐怖主义行为的犯罪者并在交换情报和与恐怖主义斗争方面与他国合作。[216] 联合国大会还通过决议，号召各国批准各种公约，并在此领域改善国家之间的合作。[217] 2006 年 9 月，联合国大会通过题为"联合国全球反恐战略"的决议[218]，该决议包括一个行动计划，该计划包含谴责一切形式的恐怖主义和恐怖主义表现，因为它是"一种最严重的对国际和平与安全的威胁"；国际合作；指出导致恐怖主义扩散的条件；采取措施增强国家防止和与恐怖主义斗争的能力；作为与恐怖主义进行斗争的根本基础，保障所有人的人权得到尊重的措施和保障法治。

1996 年成立了一个专门委员会[219]负责精心研究制定关于恐怖主义的国际公约。结果产生了 1997 年《制止恐怖主义爆炸公约》和 1999 年《制止资助恐怖主义公约》，以及 2005 年《制止核恐怖主义行为公约》。该委员会还在努力起草一个综合性的国际恐怖主义公约。[220]

安全理事会在对付恐怖主义威胁方面也很积极。[221] 尤其是，安理会将国际恐怖主义看成是对国际和平与安全的威胁。这有个演变过程。在第 731 号决议（1992）中，安理 1162

---

[216] 1996 年通过了一个补充宣言，该宣言另外强调，恐怖主义行为以及对它们的援助违反联合国宗旨和原则。曾从事恐怖主义行为的寻求避难者问题也在宣言中提出，General Assembly resolution 51/210. 另参见：resolution 55/158, 2001 和 2005 World Summit Outcome, resolution 60/1.

[217] 例如，参见，第 34/145、35/168 以及 36/33 号决议。

[218] Resolution 60/288.

[219] 联大第 51/210 号决议。

[220] 例如，参见，A/59/37, 2004; A/60/37, 2005; A/61/37, 2006; A/62/37, 2007, and A/63/37, 2008 and General Assembly resolutions 57/27, 2003 and 62/71, 2008. 另参见，M. Hmoud, "Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism", 4 *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 1031. 主要争论点集中在恐怖主义的定义、建议制定的公约的范围以及建议制定的公约与处理具体恐怖主义罪行公约的关系，同上。

[221] 例如，第 579（1985）号决议明确谴责一切劫持和绑架行为，另参见：安全理事会主席代表成员国谴责劫持 Achille Lauro 行为的声明，一般地参见"terrorism in all its forms, whenever and by whomever committed", 9 October 1985, S/17554, 24 ILM, 1985, p. 1656.

会在批评利比亚不遵从引渡航空器爆炸嫌疑人时提到,“国际恐怖主义行为构成对国际和平与安全的威胁”。在第1070(1996)号关于苏丹的决议中,安理会重申“制止国际恐怖主义行为,包括国家卷入的行为,对于维护国际和平与安全非常重要”。[222]

但是,2001年9月11日对世界贸易中心的袭击使这个过程进入一个更高阶段。第二天,安理会通过第1368号(2001)决议,安理会“决心采取一切手段打击恐怖主义行为对国际和平与安全所造成的威胁”。它断然谴责该袭击行为,并宣布它认为这种行为,“如同任何国际恐怖主义行为,是对国际和平与安全的威胁。”[223]第1373号(2001)决议重申了这一立场,认为有必要依《联合国宪章》采取一切手段与恐怖主义活动造成的对国际和平与安全的威胁作斗争。[224] 根据《宪章》第7章,安理会作出了一系列有拘束力的决定,除其他外,要求防止和制止资助恐怖主义行为、将为此目的提供或筹集资金行为定罪并冻结卷入恐怖主义的个人或实体的财政资产和资源。另外,进一步号召国家避免对卷入恐怖主义者提供任何支持并对这些人采取行动,号召国家与其他国家合作防止并制止恐怖主义行为并对犯罪者采取行动。安理会还宣布,恐怖主义行为、方法和实践与《联合国宪章》宗旨和原则不符,故意资助、计划和煽动恐怖主义行为同样不符合联合国
1163 宗旨和原则。重要的是,为监督该决议的履行,安理会建立了反对恐怖主义委员会,监督决议的实施,并号召国家向委员会报告其为履行该决议采取的措施。委员会还被授权与国家维持关于履行第1624(2005)号决议的对话,该决议是关于禁止煽动恐怖主义行为和促进对话和各文明国家之间的理解。

在第1373(2001)号决议中,除了重申先前的立场外,安理会还宣布国际恐怖主义“构成21世纪对国际和平与安全的最大威胁”,要求反对恐怖主义委员会帮助促进第1373号决议中所含领域内的最好实践,包括适当的法律示范,审查各种便利履行第1373号决议的技术、财政、立法和其他计划的可获得性。[225] 2004年建立的执行指导机构(Executive Directorate)使反恐委员会得到加强,前者由一些专家、行政和协助办公人员

---

[222] 另参见:第1189(1998)号决议有关美国在东部非洲一些大使馆被炸事件,和第1269(1999)号决议重申了1994年联合国大会宣言中规定的许多观点。

[223] 关于承认这种情况下的自卫权,进一步参见上文,第1134页。

[224] 另注意对2002年10月巴厘岛恐怖主义爆炸的谴责:参见第1438(2002)号决议;关于称为恐怖主义行为的2002年10月莫斯科劫持人质事件:参见第1440(2002)号决议;关于2002年11月肯尼亚恐怖主义袭击:参见第1450(2002)号决议。

[225] 另参见第1456(2003)号决议,特别呼吁反恐怖主义委员会通过审查各国的报告以及便利国际协助和合作来加强它的工作。注意:安全理事会建立了一个委员会(1267委员会)监督对基地组织、塔利班和相关个人和实体的制裁,resolution 1267 (1999)。在1566(2004)号决议中,安理会建立了一个工作组以便对不服从1267委员会的意见的从事恐怖主义行为的个人和团体提出实际建议。另参见,resolution 1822 (2008).

组成。[226] 为审查该决议的实施，依据第 1540(2004)号决议又建立了一个委员会，要求所有国家建立国内控制机构，以便防止非国家行为者获得核武器、化学和生物武器以及这些武器的运载工具，并采取有效措施防止这些武器的扩散，对相关材料进行适当控制。[227]

反恐委员会现已收到大量报告，并对许多报告进行了审议和回应。从 2005 年开始，该委员会一直从事着访问成员国的活动。[228] 1164

在联合国活动之外，还通过了一些关于恐怖主义的区域性文件。其中包括 1977 年《欧洲关于制止恐怖主义公约》[229]；2005 年欧洲理事会《防止恐怖主义公约》；2002 年欧盟《关于恐怖主义的框架决定》；1987 年南亚协会《关于制止恐怖主义区域合作的区域公约》及其 2005 年补充议定书；1998 年《制止恐怖主义阿拉伯公约》；1999 年伊斯兰大会组织《关于与国际恐怖主义斗争的公约》；1999 年独立国家联合体《关于与恐怖主义斗争的合作条约》；1999 年非洲联盟《关于防止和与恐怖主义斗争公约》及其 2005 年议定书；2007 年东南亚联盟《关于反恐的公约》和 2002 年《美洲国家间组织反恐公约》。[230] 此外，欧洲安全与合作组织于 2001 年通过了一个《关于与恐怖主义斗争的部长宣言和行动计划》。[231]

在制止国际恐怖主义的国际行动日益增多的同时，出现了这样的担心，即反恐应该符合国际人权法和国际人道法的原则。[232] 联合国大会[233]、联合国人权机构[234]都表示了

---

[226] 参见，resolution 1535 (2004)。执行指导机构的任期已经延至 2010 年底。参见，resolution 1805 (2008)。

[227] 另参见，1673(2006)号决议，该决议将该委员会的任期延至 2011 年 4 月。

[228] 参见该委员会网站：www. un. org/sc/ctc。另请注意 the case of *Boudellaa et al.* v. *Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina*, Judgment of 11 October 2002, Human Rights Chamber of Bosnia and Herzegovina, paras. 93—8. 进一步参见，上文，第 7 章，第 379 页。

[229] 注意：2003 年 2 月，欧洲理事会部长委员会通过了一份该公约的议定书，将许多新的行为规定进了该公约，也就是 1977 年以后通过的国际公约中所指的行为。

[230] 另注意：1999 年建立的美洲国家间反恐委员会，AF/Res. 1650 (XXIX-0/99)。

[231] 参见：http://www,osce. org/docs/english/1990-1999/mcs/9buch01 e. htm.

[232] 例如，参见，H. J. Steiner, P. Alston and R. Goodman, *International Human Rights in Context*, 3rd edn, Oxford, 2008, chapter 5, and D. Pokempner, "Terrorism and Human Rights: The Legal Framework", in *Terrorism and International Law* (eds. M. Schmitt and G. L. Beruto), San Remo, 2003, p. 39.

[233] 参见，Report of the Secretary-General on theWork of the Organisation, A/57/1, 2002, p. 1，秘书长在该报告中指出，"我坚信恐怖主义威胁必须制止，但是各国必须保证反恐措施不得侵犯人权"。

[234] 例如，参见，the statement of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination of 8 March 2002, A/57/18, pp. 106—7, and the statement by the Committee against Torture of 22 November 2001, CAT/C/XXVII/Misc. 7. 另注意：2003 年 3 月 27 日反恐委员会对联合国人权事务委员会的情况介绍：UN Press Release of that date. 另参见：the report on Terrorism and Human Rights by Special Rapporteur K. K. Koufa to the UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 2004, E/CN. 4/Sub. 2/2004/40. 注意：安理会防空委员会曾强调国家在采取反恐措施时必须遵守国际法上的义务，包括人权法、难民法和国际人道法，并对执行指导机构发布政策，指出人权应纳入其来文策略中去。参见，S/AC. 40/2006/PG. 2.

1165 这种关注。例如,2005 年联合国人权委员会任命了关于“在反恐中促进和保护人权和基本自由”特别报告员。[235] 特别关注的问题是据报道一些国家在与自杀式爆炸斗争中采取的“枪毙”政策[236] 以及秘密羁押和非法将被羁押者国际跨界转移(“非常规引渡”)。[237] 美国在古巴军事基地关塔那摩湾集中营的局势是人们特别关注的问题。[238] 所有这些问题都表明,在反对国际恐怖主义与尊重人权之间的紧张关系中,需要反恐,但不应忽视人权。

区域组织对这个两难问题也很关注。欧洲理事会于 2002 年 7 月通过了关于人权与反恐措施的指南[239],力图把谴责恐怖主义和充分与该现象斗争与人权尊重的需要结合起来。特别是第 14 项指南规定,在与恐怖主义斗争中,国家决不能违反国际法强行法规范和国际人道法。美洲人权委员会与 2002 年 10 月通过了关于恐怖主义与人权的报告。[240]

---

[235] 参见 resolution 2005/80. 由人权理事会派遣,参见 General Assembly resolution 60/251 并参见,Council resolution 6/28. See further on the Human Rights Council, above, chapter 6, p. 306. 2007 年特别报告员作出了关于恐怖主义状况与人权的报告。参见, A/HRC/4/26.

[236] 例如,参见,A/HRC/4/26, pp. 21 及以下和 the report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, A/CN. 4/2006/53, 第 44 段及后面。特别是在万不得已的情况下需要使用武力,并强调了相称性。另参见,the Code of Conduct for Law Enforcement Officers, General Assembly resolution 34/169.

[237] 例如,参见,L. N. Sadat, “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law”, 37 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2005—6, p. 309, 和 J. T. Parry, “The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees”, 6 *Melbourne Journal of International Law*, 2005, p. 516.

[238] 例如,参见,Lord Steyn, “Guantanamo Bay: The Legal Black Hole”, 53 ICLQ, 2004, p. 1; F. Johns, “Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception”, 16 EJIL, 2005, p. 613, and T. Gill and E. van Sliedregt, “Guantanamo Bay: A Reflection on the Legal Status and Rights of ‘Unlawful Enemy Combatants’”, 1 *Utrecht Law Review*, 2005, p. 28. 特别注意:关于任意羁押、法官和律师的独立、酷刑、宗教或信仰自由和人人有身心健康权特别报告员 2006 年 2 月 16 日的联合报告和 2006 年 2 月 22 日欧洲理事会法律和人权委员会关于涉及欧洲理事会的秘密羁押和非法转移被羁押者的报告, AS/Jur (2006) 03 rev. and of 7 June 2007, AS/Jur (2007) 36. 美洲人权委员会允许采取有利于关塔那摩湾被羁押者的预防性措施,要求美国采取“紧急措施由有权法庭确定关塔那摩湾羁押者的法律地位”参见,Annual Report of the IACHR, 2002, chapter III(C)(1), 第 80 段, 首次预防性措施于 2003 年、2004 年和 2005 年得到重申和增强。参见,A Case for International Oversight in the Struggle Against Terrorism, 6 *Human Rights Law Review*, 2006, p. 378. 关于美国法院和关塔那摩湾,另参见上文,第 4 章,第 164 页, 注释 178。

[239] 2005 年 3 月得到关于保护恐怖行为受害者指南的补充。

[240] OEA/Ser. L/V/II. 116, Doc. 5 rev. 1 corr.

进一步阅读推荐书目

I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963

Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4th edn, Cambridge, 2005

T. M. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, 2002

C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2nd edn, Oxford, 2004

21
国际人道法

除了规定调整诉诸武力的行为("诉诸战争权")以外,国际法还寻求调整敌对行为("战时法")。这些原则包括:对战俘、被占领土上的平民、伤者病者的待遇;受禁止的作战手段;以及冲突状态中对人权的保护。[1] 这套法律起初被称为"战争法",后来又被称为"武装冲突法"。最近,它已经被称为"国际人道法"。尽管国际人道法基本上是由许多国际公约组成的,但它们当中有一些全部或部分是习惯国际法规则的体现。而且,还可以说,尽管国际人道法是国际法中被编纂得最多的分支,但是,除了条约法规则之外,还有许多习

---

[1] 例如参见:Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2004; *Les Nouvelles Frontières du Droit International Humanitaire* (ed. J.-F. Flauss), Brussels, 2003; T. Meron, *The Humanization of International Law*, The Hague, 2006; UK Ministry of Defence, *Manual on the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004; L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edn, Manchester, 2000; I. Detter, *The Law of War*, 2nd edn, Cambridge, 2000; G. Best, *Humanity in Warfare*, London, 1980, 以及 Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994; A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester, 1996; *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict* (ed. D. Fleck), Oxford, 1995; *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles* (ed. C. Swinarski), Dordrecht, 1984; *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (ed. A. Cassese), Naples, 1979; G. Draper, "The Geneva Convention of 1949", 114 HR, p. 59, 以及 Draper "Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions and of the two Additional Protocols", 164 HR, 1979, p. 1; F. Kalshoven, *The Law of Warfare*, Leiden, 1973; M. Bothe, K. Partsch and W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflict*, The Hague, 1982, 以及 J. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Dordrecht, 1982. 也可以参见:*Documents on the Laws of War* (ed. A. Roberts and R. Guelff), 3rd edn, Oxford., 2000; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 962; T. Meron, "The Humanisation of Humanitarian Law", 94 AJIL, 2000, p. 239, 以及 C. Rousseau, *Le Droit des Conflits Armés*, Paris, 1983.

惯国际法原则。[2] 当卷入特定武装冲突的一个或多个国家并不是有关公约的缔约国时， 1168
尤其需要援引相关的习惯国际法规则。这方面一个非常好的例子是"厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会"的工作。该委员会指出，由于厄立特里亚在2000年8月14日之前都不是1949年四个日内瓦公约的缔约国，因此就有关求偿请求来说，在那一天之前应当适用的法律是习惯国际人道法。[3] 另一方面，那些并不是习惯国际法一部分的条约法规则[4]只能拘束那些成为它们缔约国的国家。由于有些国家对1949年《日内瓦公约》第一和第二附加议定书规定的某些条款的性质存在争议，因此，对于那些条款来说，这尤其重要。近年来出现的另外一个因素是国际人道法和国际人权法之间逐渐融合。这将在下面讨论。[5]

发展

这个领域的法律发展起源于19世纪中期。索尔弗里诺(Solferino)战役的野蛮行为震惊了亨利·杜南(Henry Dunant)[6]，他进行了一系列开创性的工作。在其影响下，在该战役发生五年后的1864年，《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》得到了通过。这个简单的文件在1906年得到修改。1868年的《圣彼得堡宣言》禁止使用微型的爆炸性或燃烧性抛射体。1899年和1907年的海牙会议对战争法进行了编纂。[7] 1169

---

[2] 例如参见：T. Meron, "Revival of Customary Humanitarian Law", 99 AJIL, 2005, p. 817, and *Customary International Humanitarian Law* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Cambridge, 2005. 还可以参见：G. H. Aldrich, "Customary International Humanitarian Law—An Interpretation on Behalf of the International Committee of the Red Cross", 76 BYIL, 2005, p. 503, 以及 J. M. Henckaerts, "Customary International Humanitarian Law—A Rejoinder to Judge Aldrich", 同上, p. 525.

[3] 例如参见：Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, 1 July 2003, paras. 38 ff. 然而，委员会认为，这些公约"大部分都已经成为习惯国际法的体现"，同上，para. 40. 还可以参见：Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilian Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 and 27—32, 17 December 2004, para. 28.

[4] 关于这一点，参见：上文，第3章，第93页。

[5] 参见：下文，第1180页。

[6] 例如参见：C. Moorehead, *Dunant's Dream*, London, 1998.

[7] 例如参见：Green, *Contemporary Law*, chapter 2, 以及 *The Centennial of the First International Peace Conference* (ed. F. Kalshoven), The Hague, 2000. 也可以参见：Symposium on the Hague Peace Conferences, 94 AJIL, 2000, p. 1. 纽伦堡法庭把1907年的《海牙第四公约》及其附件《陆战法规和惯例章程》视为是对习惯法的宣示，参见：41 AJIL, 1947, pp. 172, 248—9. 也可以参见：联合国秘书长关于前南斯拉夫问题国际刑事法庭战争罪规约的报告：安理会第808号决议(1993年)和第823号决议(1993年)，S/25704 and 32 ILM, 1993, pp. 1159, 1170, 以及国际法院在"威胁或使用核武器的合法性"案中的咨询意见，参见：*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 258; 110 ILR, p. 163.

在这些会议上，通过了一系列有关陆战和海战的公约。这些公约仍然是现存规则的基础。这些公约强调指出，交战方仍然要服从国际法，禁止对不设防的村庄和城镇进行攻击。它们对那些有权享受交战地位者进行了界定，并且规范了在被占领土上可以采取的措施。也有条款规定战争中中立国及其人员的权利和义务[8]，以及明确规定禁止使用"蓄意引起不必要的痛苦的武器、抛射体或物质"。但是，并没有规定适当的方式实施和执行这些规则，结果在很大程度上只能依赖对等行为、舆论以及道德需求。[9] 两次世界大战间隔期间通过的许多公约涉及的是有关战地武装部队伤者病者以及战俘的规则。[10] 这些公约被1949年的四个日内瓦"红十字"公约所取代。这四个公约分别涉及改善战地武装部队伤者病者境遇、改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇、关于战俘待遇以及关于战时保护平民。[11] 第四个公约是一个创新，是对作为武装敌对行为或占领的结果处于非国籍国权力之下的平民进行保护的一个重要尝试。

《日内瓦公约》体系的基石是没有积极参与战争的人应当受到人道待遇的原则。[12]
1170 许多行为是受禁止的，包括从劫持人质到实施酷刑、非法处决以及对受到《公约》保护的人员的报复。一系列条款涉及更详细的规定，例如对战俘的照顾标准以及禁止驱逐和禁止肆意破坏被占领土上的财产。在1977年，还通过了1949年四公约的两个《附加议定书》。[13] 它们是建立在早期公约基础之上、并从中发展而来的。虽然许多规定可以说是习惯法的体现，但其他规定则不是，因此不能拘束那些不是两个附加议定书缔约国的国家。[14] 2005年，通过了第三附加议定书。该议定书在两个以前得到承认的标志（红十字和红新月标志）以外又增加了一个标志，即红水晶标志。另外，可以选择嵌入红十字或

---

〔8〕 参见：S. C. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals*, Manchester, 2000.

〔9〕 但是注意：《关于陆战法规和惯例的海牙公约》序言中的"马顿斯条款"规定，"即使在本章程没有规定的情形下……居民和交战人员仍然受到国际法原则的保护和支配，因为它们来自文明国家之间已确定的惯例、人道法则和公众良心的要求"。

〔10〕 例如参见：1929年的《日内瓦公约》，其中一个修改了1864年和1906年关于受伤和得病的士兵的公约，另一个则是关于战俘待遇的。

〔11〕 注意：截至2008年5月，已经有194个国家成为《日内瓦公约》的缔约国。

〔12〕 例如参见1977年的《第一附加议定书》第1条第2款，其中规定："在本议定书或其他国际协定所未包括的情形下，平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。"

〔13〕 例如参见：Swinarski, *Studies and Essays*, part B, 以及 Draper, "Implementation and Enforcement". 也可以参见：B. Wortley, "Observations on the Revision of the 1949 Geneva 'Red Cross' Conventions", 54 BYIL, 1983, p. 143, 以及 G. Aldrich, "Prospects for US Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions", 85 AJIL, 1991, p. 1.

〔14〕 例如《第一附加议定书》第44条。参见：下文，第1173页。

红新月,或某一缔约方实际正在使用、并于该议定书通过之前经保存者向其他各缔约方和红十字国际委员会做了通报的其他标志。这项规定特别允许使用以色列的红色大卫(大卫盾)标志。[15]

国际法院指出,"海牙法规"基本上处理的是国家之间调整使用武力或它们传统上使用的术语,即"战争法规和惯例",而"日内瓦法规"则是关于对作为武装冲突后果的人员的保护。"它们之间的联系是如此密切,以至于可以认为它们已经逐渐形成了一个单一的复合体系,即今天周知的国际人道法"。[16]

国际人道法的保护范围

国际人道法规则寻求对很大范围的人员进行保护,不过已经在战斗员和那些没有实际卷入敌对行为的人员之间作出了基本区分。四个《日内瓦公约》共同第 2 条规定,本 1171
公约"适用于两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突,即使其中一国不承认有战争状态。……以及一缔约国的领土一部或全部被占领之场合,即使此项占领未遇武装抵抗"。而且,不能为了从中获利而废弃这些公约所包括的规则,从而排除了控制有关人员的权力当局可能试图影响有关人员以求同意减少保护的可能性。[17]

伤者和病者

第一个日内瓦公约涉及对战地伤者病者的保护。该公约强调,武装部队人员以及有组织的民兵人员,包括那些已经获得适当授权伴随他们的人员[18],"在一切情况下,应受尊重与保护。"他们应当从处在其权力下的冲突一方那里得到人道待遇,不得受到任何歧视,对其生命之任何危害或对其人身之暴行均应严格禁止。禁止酷刑或生物实验,也不

---

[15] 伊朗曾经使用的红狮与太阳也作为《日内瓦公约》的标志被包括在内,例如参见:Detter, *Law of War*, p. 293.

[16] 参见:Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 256; 110 ILR, p. 163. 法院还指出,"1977 年两个附加议定书的条款明确表明,这套法律具有统一性和复杂性。"同上。

[17] 参见前三个公约的第 7 条以及第四个公约的第 8 条。注意:2003 年 3 月 28 日,安理会根据第七章通过的第 1472 号决议敦促 2003 年 3 月至 4 月期间的伊拉克冲突"有关各方"严格遵守它们在国际法中承担的义务,特别是《日内瓦公约》以及"海牙法规","包括那些关于伊拉克人民最基本的平民需要的公约"。

[18] 第 13 条。还可以参见:UK, *Manual*, chapter 7.

得故意不给予医疗救助及照顾。[19] 落于敌人手中的交战国伤者、病者，应为战俘。[20] 而且，冲突各方应采取一切可能的措施保护伤者、病者，确保他们获得适宜的照顾，并"搜寻死者而防其被剥劫"。[21] 冲突各方应尽速登记落于其手中的每一敌方伤者、病者或死者的任何可以证明其身份的事项，并且应当通过专门的方式转送给对方。[22] 该公约规
1172 定的条款还涉及医务部门以及医疗所，并特别指出在任何情况下不得被攻击[23]，以及受到承认的标记（即红十字和红新月标记）。[24]

第二个日内瓦公约涉及对海上武装部队伤者病者及遇船难者的待遇，与第一个公约非常相似，例如涉及武装部队人员以及有组织的民兵人员，包括那些获得适当授权伴随他们的人员的条款、伤者病者或遇船难者应当在不歧视的基础上受到人道待遇和照顾的条款、以及对其生命之任何危害或对其人身之暴行和酷刑均应严格禁止的条款。[25] 该公约还规定，医院船在任何情况下均不得加以攻击或拿捕，而应随时予以尊重与保护。[26] 1977 年的第一附加议定书第一部分和第四部分确认和补充了这些公约的这些条款。例如，第 1 条第 4 款补充了这些公约所规定的共同第 2 条，并且规定该议定书适用于《联合国宪章》以及 1970 年《国际法原则宣言》中所包括的对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突。

战俘[27]

1949 年的第三个日内瓦公约涉及的是战俘待遇。它由一个综合法典组成，其中心是要求在一切情形下均给予人道待遇。[28] 但是，第 4 条所规定的战俘定义是非常重要

---

〔19〕 第 12 条。也可以参见：Green, *Armed Conflict*, chapter 11.

〔20〕 第 14 条。这样，日内瓦《第三公约》的条款将对它们适用，参见：下文，第 1172 页。

〔21〕 第 15 条。

〔22〕 第 16 条以及《第三公约》第 122 条。

〔23〕 第 19 条，即使该单位人员或医疗所是武装的或受到类似保护的，第 22 条。第 4 章涉及医疗人员的待遇。

〔24〕 第 7 章。

〔25〕 第 12 条和第 13 条。也可以参见：Green, *Armed Conflict*, chapter 11.

〔26〕 第 3 章。关于福克兰群岛（阿根廷称为"马尔维纳斯群岛"—译者注）战争中对医院船只的使用，可以参见："The Falklands Crisis and the Laws of War" in *The Falklands War* (eds. A. R. Coll and A. C. Arend), Boston, 1985, pp. 64, 67—8. 第 4 章涉及的是医疗人员，第 5 章涉及的是医疗运输，第 6 章涉及的是标志，参见：上文，第 1170 页。

〔27〕 例如参见：Dinstein, *Conduct of Hostilities*, pp. 29 ff., 以及 UK, *Manual*, Chapter 8. 注意：厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会在下面这个裁决中认为，该公约实质内容体现了习惯国际法，参见：Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, 1 July 2003, para. 32.

〔28〕 也可以参见：1907 年《海牙第四公约附件〈陆战法规和惯例章程〉》第一编第 2 章。

的,因为它被视为对战斗员地位的详细列举。该定义包括:冲突一方的武装部队人员(及构成此种武装部队一部分的民兵与其他志愿部队人员);包括属于交战一方的有组织的 1173
抵抗运动人员,但须合乎下列条件:(甲)有一为其部下负责之人统率;(乙)备有可从远处识别之固定的特殊标志;(丙)公开携带武器;(丁)遵守战争法规及惯例进行战斗。[29] 该条款是反映了第二次世界大战经验,但是,抵抗运动人员的范围因需符合上面四个条件而受到限制。自从 1949 年以来,第三世界以及非殖民化的经验证明游击战得到广泛使用。因此,出现了要求将享有战俘地位的战斗员范围扩大到包括游击人员在内的呼声。不过,游击人员在实践中很少遵守上述四个条件。存在游击人员的国家,无论是殖民当局或像以色列这样的国家反对这种范围的扩大。1977 年《第一附加议定书》第 43 条和第 44 条规定,国际性武装冲突一方的武装部队人员是战斗员。[30] 这种武装部队由所有有组织的武装单位组成,这些武装单位存在有效的指挥结构,并且遵守适用于武装冲突的国际法规则。第 44 条第 3 款进一步规定,战斗员在从事攻击或进行攻击前的军事准备行动时,应使自己与平民居民相区分。当武装战斗员不能使自己与平民居民相区分时,只有在每次军事交火期间公开携带武器,并且只有在其参加发动攻击前部署时作为战斗员能够被敌人看得见,才能保留其作为战斗员的身份。这样的规定显然是有争议的。在会议通过该议定书草案进行投票时,许多国家发表的声明都是针对这个规定的。[31] 1174

第 5 条还规定,当对从事交战行为而陷落于敌方的人员的地位产生疑问时,"在其地

---

[29] 这些条件规定在《海牙章程》第 1 条,并已被认为是习惯法的一部分。参见:G. I. A. D. Draper, "The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare", 45 BYIL, 1971, pp. 173, 186. 也可以参见:*Tadić* case, 1999 年 7 月 15 日,上诉分庭判决,IT-94-1-A; 124 ILR, p. 61.

[30] 《第一附加议定书》第 1 条第 4 款把"人民在行使自决权中对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突"界定为是国际性武装冲突。注意:在非国际性武装冲突中,不存在战俘地位的条款,参见:下文,第 1194 页。

[31] 例如参见:H. Verthy, *Guérrilla et Droit Humanitaire*, 2nd edn, Geneva, 1983, 以及 P. Nahlik, "L'Extension du Statut de Combattant à la Lumière de Protocol I de Genève de 1977", 164 HR, 1979, p. 171. 当某人是雇佣兵时,根据第 47 条他就没有战斗员的权利,也没有战俘的地位。也可以参见:1989 年的《反对招募、使用、资助和训练雇佣军的国际公约》,Green, *Armed Conflict*, pp. 114 ff. 然而,这样的人员仍然有权得到第一附加议定书所规定的基本人道保证,参见:*Manual*, p. 147.

位未经主管法庭决定前，应享受本公约之保护。"[32]《第一附加议定书》第45条已经对这个规定作了部分修改。该条款规定，参加敌对行动而落于敌方权力下的人"应推定为战俘，因而应受第三公约的保护"。因此，"非法的战斗员"这个术语是指那些经过对地位的正当判断后认为不符合第43条和第44条规定的标准，并且无权得到国际人道法规定的战俘地位的人员。因此，这样的人员将成为平民。他们将受到《第一附加议定书》第45条第3款和第75条规定的基本人道保证以及国际人权法关于逮捕后待遇的一般原则的保护。然而，由于这样的人员不可能获得战俘地位，因此他们将无法从因那种地位而
1175 具有的保护中受益，也就可以根据国内刑法受到检控。[33]

关于战俘义务的整个法律框架赖以建立的基础是在"把战俘当作人来对待这项要求"，而"公约体制的核心便是确保战俘得以存活以及身体健康的法律义务"。[34] 第13条规定，战俘在任何时候须受到人道待遇，并且应在任何时候受到保护，尤其免致遭受暴行或恫吓及"侮辱与公众好奇心"的烦扰。[35] 这表明，以侮辱的方式把战俘在电视上播

---

[32] 也可以参见：*British Manual of Military Law*, Part III, *The Law of Land Warfare*, London, 1958, para. 132, note 3, 以及 US Department of Army, *Law of Land Warfare*, Field Manual 27-10, 1956, para. 71(c), (d) 详细规定了可能是一个什么样的有权法庭。在英国的情况下，主管法庭将是根据1958年的《战俘地位决定法规》设立的调查局，参见：UK, *Manual*, p. 150. 关于美国2001—2002年在阿富汗及其他地方抓获的人员问题以及关押在古巴关塔纳摩美国军事基地的人员问题，参见：*Rasul* v. *Bush* 124 S. Ct. 2686 (2004)；US Military Commissions Act 2006, 45 ILM, 2006, p. 1246；以及 *Hamdan* v. *Rumsfeld* 126 S. Ct. 2749 (2006)；还可以参见：*Boumediene* v. *Bush* 553 US (2008). 还可以参见：上文，第12章，第658页，以及第20章，第1165页。

[33] 例如参见：A. Cassese, *International Law*, 2nd edn, Oxford, 2005, pp. 409—10, 比较：Dinstein, *Conduct of Hostilities*, pp. 29 ff.; M. Finaud, "L'Abus de la Notion de 'Combattant Illégal': Une Atteinte au Droit International Humanitaire", 110 RGDIP, 2006, p. 861, 以及 T. M. Franck, "Criminals, Combatants, or What—An Examination of the Role of Law in Responding to the Threat of Terror", 98 AJIL, 2005, p. 686. 因此，如果被抓获的塔利班战士在有关时期是阿富汗军队的一部分，那么他们就可以取得战俘地位，而被抓获的基地组织的成员则将受到国内刑法的制裁，包括战争罪和危害人类罪。注意：一旦平民参与敌对行为，他就失去免受攻击的保护，参见：第一附加议定书第51条第3款。还可以参见：*Public Committee Against Torture in Israel* v. *Government of Israel*, 以色列最高法院，2006年12月11日，101 AJIL, 2007, p. 459, *A and B* v. *State of Israel*, 以色列最高法院，2008年6月11日，以及 D. Kretzmer, "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or LegitimateMeans of Defence?", 16 EJIL, 2005, p. 171.

[34] 参见：厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会作出的下面这个部分裁决：Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, 1 July 2003, paras. 53 and 64, 在该裁决中，委员会宣布："日内瓦第一和第三公约体现出来的习惯国际法绝对禁止杀害战俘，要求收集和照顾伤者和病者，收集死者，还要求迅速人道地撤出战俘"。还可以参见：Best, *War and Law*, p. 135, 以及 Y. Dinstein, "Prisoners of War" in *Encyclopaedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 1982, pp. 146, 148.

[35] 还可以参见：《第一附加议定书》第11条。

放要求其承认“罪行”或批判他们自己的政府应当被视为对公约的违反。[36] 对战俘之报复措施应予禁止。第 14 条规定,战俘在一切情况下应享受人身及荣誉之尊重。[37]

战俘的义务只是必须告以其姓名、等级、出生日期,及军、团、个人番号。第 17 条规定,“对战俘不得施以肉体或精神上之酷刑或任何其他胁迫方式借以自彼等获得任何情报。战俘之拒绝答复者不得加以威胁,侮辱,或使之受任何不快或不利之待遇”。战俘应在被俘获后尽速撤退至处于远离战斗地带足使其免于危险地区的战俘营。[38] 第 23 条规定,“无论何时不得将战俘送赴或拘留于战斗地带炮火所及之地,亦不得利用彼等安置于某点或某地区以使该处免受军事攻击”。[39] 战俘应受拘留国武装部队现行法律、规 1176
则、及命令的拘束。[40] 他们可以因为违反纪律的行为受到惩罚,也可以因为被俘之前实施的罪行被审判,例如战争罪。他们也可以因为被俘之前实施的违反拘留国法律的罪行受到审判。[41] 该公约的其他条款涉及医药照顾、宗教行为、纪律、劳动以及与外界的联系。第 118 条规定,实际战事停止后,战俘应即予释放并遣返,不得迟延。关于战俘的公约只适用于国际性武装冲突[42],但第 3 条(四个公约所共有的)规定,作为一项最低标准,“……人员,包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内,在一切情况下应予以人道待遇”。

保护平民与占领

第四个日内瓦公约涉及的是对战时平民的保护,是建立在《海牙章程》(1907 年《关于陆战法规和惯例的海牙公约》的附件)的基础之上的。[43] 这个日内瓦公约是对 1949

---

[36] 例如参见:伊拉克在 1991 年海湾战争中对多国部队战俘的待遇,The *Economist*, 26 January 1991, p. 24, 以及在 2003 年海湾战争中的待遇,参见:红十字国际委员会进行谴责的报告,http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/2881187.stm.

[37] 也可以参见:《第一附加议定书》第 75 条。

[38] 第 19 条。

[39] 因此,据报道所称的 1991 年海湾战争期间,伊拉克把多国部队的战俘送到战略要地,以便使他们成为“人体盾牌”来躲避多国部队的进攻,这显然是违反公约的行为,例如参见:The *Economist*, 26 January 1991, p. 24. 也可以参见:UKMIL, 62 BYIL, 1991, pp. 678 ff.

[40] 《日内瓦第三公约》第 82 条。

[41] 第 82 条和第 85 条。参见:Green, *Armed Conflict*, p. 210. 也可以参见:*US* v. *Noriega* 746 F. Supp. 1506, 1529 (1990); 99 ILR, pp. 143, 171.

[42] 参见:下文,第 1190 页。

[43] 例如参见:Green, *Armed Conflict*, chapters 12 and 15. UK, *Manual*, Chapters 9 and 11; E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Princeton, 2004 (with new preface), 以及 S. Wills, “Occupation Law and Multi-National Operations: Problems and Perspectives”, 77 BYIL, 2006, p. 256.《海牙章程》已经成为习惯国际法的一部分,参见:*Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 172; 129 ILR, pp. 37, 91.

年之前的规则的扩大，不过，根据第4条的规定，把这种人员限定为“在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人”。该公约于敌对行为一爆发或占领一开始时立即适用，于军事行动全面结束时应即停止。[44] 根据1977年《第一附加议定书》第50条第1款的规定，平民是指任何不属于战
1177 斗员的人[45]，并且遇有对任何人是否平民的问题有怀疑时，这样的人应视为平民。《第四公约》为保护这些平民规定了程度相当高的一套规则，包括被保护人之人身、荣誉、宗教信仰与仪式、禁止酷刑和其他残忍的、非人道的或有辱人格的待遇、禁止劫持为人质以及禁止报复等。[46] 伤者、病者应为特别保护与尊重之对象[47]，并且存在各种有关正当程序的司法保障。[48]

对被占领地上的平民的保护规定在《日内瓦第四公约》第三部分的第三编中[49]，但对于什么叫“占领地”可能产生争议。[50] 《海牙章程》第42条规定，“领土如实际上被置于敌军当局的权力之下”，该块领土即被视为被占领的领土。它还规定，占领只适用于“该当局建立并行使其权力的地域”。[51] 《日内瓦公约》第2条第2款规定，它适用于“一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗”。在“刚果民主共和国诉乌干达”案[52]中，国际法院指出：为了判断其军队存在另一国领土上的国家是否是占领当局，必须审查是否存在充分证据，证明所说的当局通过干涉国实际上在有关地区建立并行使了权力。法院的理解是，在该案件中，实际上，在刚果领土上的乌干达军队驻扎在某些区域，而且他们已经取代了刚果政府的权力。

对敌国领土的军事占领被称为“交战占领”。关于占领当局与被占领当局之间的法律关系，国际法规定了一套法律框架。为了判断是否存在这种意义上的占领，必须符合
1178 两个关键条件：第一，被占领当局政府对有关地区不再有能力公开行使权力；第二，占领

---

〔44〕 第6条。

〔45〕 1949年《日内瓦第三公约》第4条以及1977年《第一附加议定书》第43条的定义。但是，注意：2000年5月25日《儿童权利公约》的《关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》规定的义务是确保18岁以下的儿童不参与敌对行动。

〔46〕 参见：第27条至第34条。第35条至第46条规定了在武装冲突一方领土上的外国人的权利。

〔47〕 第16条。

〔48〕 第71条至第76条。也可以参见：1977年《第一附加议定书》第75条。

〔49〕 也可以参见：1907年的《海牙第四公约附件〈陆战法规和惯例章程〉》第三编。

〔50〕 1990年至1991年被伊拉克占领的科威特显然属于这个公约调整的情形，例如参见安理会1990年第674号决议。

〔51〕 参见：*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 167 以及 *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 229，重申第42条是习惯国际法的一部分。

〔52〕 ICJ Reports, 2005, pp. 168, 230.

当局取代被占领当局的政府开始行使权力。[53] 一旦占领当局被赶走或撤出该区域，占领便结束。[54]《海牙章程》第43条规定了关于占领的基本法律框架。它规定："合法政府的权力实际上既已落入占领者手中，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全，并除非万不得已，应尊重当地现行的法律。"[55] 这项规定建立了一些重要条件：第一，占领者具有的只是权力，而不是主权。[56] 被占领者的政府仍然是主权者，只有经它同意才可以剥夺主权；第二，占领者权力的基础在于有效控制；第三，占领者既有义务、也有权利恢复被占领土的公共秩序；第四，当地现行的法律必须尽可能得到尊重。

例如，约旦河西岸（有时被称为犹地亚和撒马利亚）的状况表明可能产生这种问题。以色列宣称，由于西岸从来没有被国际社会承认为是约旦的领土[57]，因此它认为该领土 1179
不属于该公约适用的对象。换句话说，如果承认该公约可以适用该部分领土，等于承认

---

[53] 例如参见：UK, *Manual*, p. 275.

[54] 同上，p. 277. 还可以参见：*R* v. *Civil Aviation Authority* [2006] EWHC2465 (Admin), at para. 15; 132 ILR, p. 713, 指出："以色列已经[于2005年]从加沙地带撤出，因此它不是一块被占巴勒斯坦领土。"注意：1993年的《奥斯陆协议》之后，以色列已经把约旦河西岸部分的某些权力移交给巴勒斯坦当局，一般参见：J. Crawford, *The Creation of States*, 2nd edn, 2006, pp. 442 ff.; *New Political Entities in Public and Private International Law* (eds. A. Shapira and M. Tabory), The Hague, 1999; E. Benvenisti, "The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement", 4 EJIL, 1993, p. 542, 以及 P. Malanczuk, "Some Basic Aspects of the Agreements Between Israel and the PLO from the Perspective of International Law", 7 EJIL, 1996, p. 485. 由于有人说巴勒斯坦当局并不是占领当局，以色列并没有对整个区域实施日常的有效控制这个事实对它的责任有影响，但这不太可能影响它作为交战占领者的法律地位。

[55] 注意：国际法院强调指出，"国际人道法包含有在某些情形下考虑军事紧急情况的条款"，而且"即使在导致占领的军事行动一般结束之后的被占领土，也可以援引这些条款所规定的军事紧急情况"，*Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 192. 另见：M. Sassòli, "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", 16 EJIL, 2005, p. 661.

[56] 例如参见：*Prefecture of Voiotia* v. *Germany* (*Distomo Massacre*)，希腊最高法院，2000年5月4日，129 ILR, pp. 514, 519 以及 *Mara'abe* v. *The Prime Minister of Israel*，以色列最高法院，2005年9月15日，129 ILR, pp. 241, 252. 还可以参见：Benvenisti, *International Law of Occupation*, pp. 5—6, 以及 UK, *Manual*, p. 278.

[57] 1949年，在以色列争取独立的战争结束时，它被并入当时的外约旦王国，但只得到英国和巴基斯坦承认，例如参见：A. Gerson, *Israel, the West Bank and International Law*, London, 1978.

约且对该有争议的领土拥有主权。[58] 然而,国际法院指出:该公约适用于"在两个或两个以上缔约国之间发生武装冲突的情况下任何被占领的领土",因此,关于以色列和巴勒斯坦的领土问题,"该公约是适用于巴勒斯坦领土的,因为该领土在冲突发生之前位于'绿线'[即 1949 年的停火线]以东,而且是在冲突期间被以色列占领的。因此,没有必要再对那些领土的确切法律地位进行调查"。[59] 厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会指出:"不能因为交战者对领土的地位存在争端就对[国际人道法规定的]这些保护有所怀疑……在这种情形下尊重国际法规定的保护并不影响有关领土的地位"。[60] 而且,委员会还强调指出:"[《海牙章程》和《日内瓦第四公约》]都没有规定只有那些所有权清
1180 楚和不存在争议的领土才可以成为被占领土。"[61]

第 47 条规定,本公约所赋予的占领地内被保护人的各项利益,均不得因占领的结果而引起的任何变化,或因被占领地当局与占领国所订立的任何协定,或因占领国兼并占领地的全部或一部分,而在任何情况下或以任何方式加以剥夺。第 49 条禁止"个别或集体强制移送"以及驱逐被占领地上受保护的人,不论其动机如何,而占领国"不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土"。[62] 其他条款涉及禁止强迫被保护人员工作或服役、禁止破坏不动产或个人动产(除非军事行动绝对必要)、禁止改变公务人

---

〔58〕 注意,以色列实际上是遵守公约的,例如参见:*Mara'abe* v. *The Prime Minister of Israel*, 以色列最高法院, 2005 年 9 月 15 日,129 ILR, pp. 241, 253. 国际法院在下面这个案件中指出了这一点,参见:*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 174. 还可以参见:D. Kretzmer, *The Occupation of Justice*, New York, 2002; M. Shamgar, "The Observation of International Law in the Administered Territories", *Israel Yearbook on Human Rights*, 1977, p. 262, 以及 T. Meron, "West Bank and Gaza", *ibid.*, 1979, p. 108. 也可以参见:F. Fleiner-Gerster and H. Meyer, "New Developments in Humanitarian Law", 34 ICLQ, 1985, p. 267, 以及 E. Cohen, *Human Rights in the Israeli-Occupied Territories*, Manchester, 1985.

〔59〕 *Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 177. 应当指出,以色列长期声称:它把该公约中的人道内容适用于被占领土,例如参见:Shamgar, "Observance of International Law in the Administered Territories"; 以及 Meron, "West Bank and Gaza", 以及 *Mara'abe* v. *The Prime Minister of Israel*, 以色列最高法院,2005 年 9 月 15 日,129 ILR, pp. 241, 252—3. 还可以参见:M. N. Shaw, "Territorial Administration by Non-Territorial Sovereigns" in *The Shifting Allocation of Authority in International Law* (eds. Y. Shany and T. Broudie), Oxford, 2008, pp. 369, 385 ff.

〔60〕 Partial Award, Central Front, Ethiopia's Claim 2, 28 April 2004, para. 28.

〔61〕 同上,para. 29. 注意:《第一附加议定书》第 4 条规定,"各公约和本议定书的适用,以及这些档所规定的协议的订立,均不应影响冲突各方的法律地位。领土的占领或各公约和本议定书的适用均不应影响有关领土的法律地位"。

〔62〕 国际法院指出,该条款禁止"占领当局为了组织或鼓励转移自己的部分居民到被占领土"的行为,而且"以色列在被占巴勒斯坦领土(包括东耶路撒冷)上建立定居点违反了国际法",参见:*Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 183—4. 还参见对以色列在 1967 年以来占领领土上修建定居点政策的批评,例如:UKMIL, 54 BYIL, 1983, pp. 538—9.

员或司法官员的地位。[63] 占领当局还有责任确保提供充分的食物和医疗供应，如果不能确保，则有责任为救济计划提供便利。[64] 第70条规定，除了违反战争法的行为之外，占领国不得因被保护人在占领前的行为或发表的意见而将其逮捕、追诉或定罪。[65]

除了人道法中传统规则外，现在也把国际人权法原则上看作是适用于占领情形的法律。国际法院对《海牙章程》第43条进行了解释，认为它包括"确保尊重国际人权法和国际人道法中可适用的规则、保护被占领土上的居民免受暴行、以及任何第三国不得容忍此种暴行的义务"。[66] 而且，法院还指出，在武装冲突情形中，人权公约规定的保护并 1181
不结束，除非存在有关公约允许的相关克减。法院还强调指出，许多人权条约适用于缔约国在外国领土上行使管辖权时实施的行为[67]，而且，在这种情况下，该行为的合法性需要根据可适用的特别法[即国际人道法]来判断。[68] 在"刚果民主共和国诉乌干达"案中，法院重申："国际人权文件适用于'一国在其领土以外行使管辖权时实施的行为'，尤其是在被占领土"。[69] 法院断定，乌干达必须为各种违反国际人权法和国际人道法的行为承担国际责任，包括那些因没有遵守作为占领者的义务而实施的行为。[70]

作为这种一般方法的一部分，法院指出：自决原则对巴勒斯坦人民是适用的[71]；而且，以色列在其领土和被占西岸领土之间修建的隔离障碍物（有时又被称为"隔离墙"或

---

[63] 第51条、第53条和第54条。第64条规定，刑法仍然是有效的，除非威胁到占领者的安全，而既有的法庭也是继续行使职责的。也可以参见：安理会关于2003年3月至4月联军在伊拉克的军事行动的第1472号决议。

[64] 第55、56、59和60条。

[65] 第四编由被拘留者的待遇章程组成。

[66] *Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda*, ICJ Reports, 2005, pp. 168, 231 and 242 ff.

[67] *Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 178 ff. 还可以参见：Wills, "Occupation Law", pp. 265 ff.

[68] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 240.

[69] ICJ Reports, 2005, pp. 168, 242—3. 国际法院列出了一系列国际人权文件，认为它们适用于刚果，包括两个国际人权公约、《儿童权利公约》以及《非洲人权和民族权宪章》，同上，pp. 243—4.

[70] 同上，pp. 244—5. 关于剥削刚果的自然资源，还提到了对《海牙章程》第47条、《日内瓦第四公约》第33条以及《非洲人权和民族权宪章》的违反，同上，pp. 252 ff.

[71] 法院基本上依赖的是1995年《以色列—巴勒斯坦临时协定》的内容以及其中提到的巴勒斯坦人民"正当权利"，法院认为，这就包括自决权，"因为联合国大会在许多场合对此作了承认（例如参见2003年12月22日第58/163号决议）"，参见：*Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 183.

1182 “隔离栏”)中位于被占领土上的那段是非法的。[72] 而且,尽管占领当局可以国际法关于占领的框架辩称存在军事紧急情况以及保护国家安全或公共秩序的必要性,也不能为该隔离墙的路线提供正当理由。[73]

在国际法院发表咨询意见前不久,以色列最高法院作出了一个判决。它强调,军事指挥官下令修建每段隔离墙的权力不能基于政治方面的考虑,而只能基于军事方面的考虑;而且,修建隔离墙的动机也不可能是想要吞并有关领土,也不是为了划定一条具有政治意义的边界线。这种军事权力从本质上说是临时性质的,因为交战占领从本质上说是临时性质的。[74] 在国际法院发表咨询意见一年后的一个判决中,以色列最高法院提到,必须在两个方面达成平衡:一方面,国家有正当的安全需求,在有关被占领土上需要存在武装部队和人员;另一方面,也应当尊重当地居民的人权,这是国际人道法所要求的。[75] 法院还进一步推定,国际人权公约对该领土是适用的。[76] 在回答如何才能在军事必要和人道考虑之间达成“恰当的平衡”时,法院提到需要适用一般法律原则,其中之一便是比例原则。判断是否遵守了比例原则,需要考察三个次级标准:首先,在目标和手段之间必须相称;其次,在这种情形下,应当动用造成最小伤害的手段;最后,根据动用的手段对个人造成的伤害必须与由此带来的好处成恰当的比例。[77] 必须根据对巴勒斯坦居民造
1183 成的影响以及造成的伤害是否成比例来衡量每一段隔离墙路线的合法性。[78]

---

[72] 一部分的原因是法院认为,这将成为既成事实,因为这可能变成永久工程,因此也就等于是实际上的吞并,另一部分的原因是,这严重妨碍了巴勒斯坦人民行使自决权,同上, p. 184. 法院还指出,看来,修建隔离墙违反了《海牙章程》和《日内瓦第四公约》关于征用财产和自由迁徙的规定,同上, pp. 185 ff. 以色列的观点是,修建隔离墙是因为来自被占领土上的人员在其境内实施自杀性汽车爆炸才引起的,因此隔离墙只是一个临时的安全措施,同上, p. 182. 一般参见关于该案的系列文章:“Agora”, 99 AJIL, 2005, p. 1.

[73] ICJ Reports, 2004, pp. 192 and 193.

[74] *Beit Sourik* v. *Government of Israel*, 以色列最高法院,2004 年 6 月 30 日, 129 ILR, pp. 189, 205—6.

[75] *Mara'abe* v. *Prime Minister of Israel*, 以色列最高法院,2005 年 9 月 15 日,129 ILR, pp. 241, 264—5. 还可以参见:Y. Shany, “Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases”, 38 *Israel Law Review*, 2005, p. 230.

[76] *Mara'abe* 129 ILR, pp. 241, 266, 但尚未正式决定该事项,同上。

[77] 同上, pp. 266 and 268, 重申了下面这个案件的判决:*Beit Sourik* v. *Government of Israel*, 以色列最高法院,2004 年 6 月 30 日,129 ILR, pp. 189, 215 ff.

[78] *Mara'abe* 129, ILR, pp. 241, 286. 法院认为,在本案中,必须重新考虑有关地区隔离墙的路线,因为没有证明已经符合了采取最小伤害的手段这个标准,同上, pp. 316 ff. 它的效果是,将缩小伸入约旦河西岸的被包围飞地的规模。注意:法院解释说,它的判决之所以与国际法院咨询意见有差别,是因为两个法院要面临的事实不同,尤其是关于安全(向国际法院说明的因在以色列境内实施自杀性爆炸而需要建立隔离墙的军事必要)的事实少之又少,同上, pp. 287—8.

关于在有关国家领土境外适用国际人权条约,《英国武装冲突法手册》规定:"当占领者是《欧洲人权公约》的缔约国时,根据情况,该公约的标准可以适用于被占领土。"[79]

安理会也开始偏离关于占领法的传统而消极的做法[80],在联军对伊拉克采取军事行动后通过了第1483号决议(2003年)。该决议重申:根据国际法,英国和美国在伊拉克是占领当局,但对它们(以及包括其他国家在内的"联军临时管理当局")规定了一系列除关于占领的国际法之外的其他权力和责任[81],包括"通过对该领土的有效行政管理促进伊拉克人民的福祉,特别包括……创造条件使伊拉克人民能够自由决定自己的政治前途",以及建立一个国际承认的有代表性的政府。另外,还任命了一位伊拉克问题特别代表,他的职责中包含有促进人权。 1184

敌对行为[82]

除了对武装冲突的受害者进行保护外,国际法还尽量要求以人道的方式采取军事行动。在对"海牙法规"中规定的规则进行分析时,必须时刻注意在军事必要和人道考虑之间维系适当平衡。尽管在实践中并不总是得到遵守,一项长期坚持的原则的是,要求

---

[79] p.282. 还可以参见:*Al-Skeini* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26; 133 ILR, p.693, 在该案中,上议院认为,《欧洲人权公约》适用于英国军事拘留设施,但不适用于在伊拉克巡逻的士兵,以及 *Al-Jedda* v. *Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58, 在该案中,上议院认为,授权维持公共秩序的安理会决议是有拘束力的,而且优于《欧洲人权公约》第5条。还可以参见:*Coard* v. *United States*, Report No. 109/99, 29 September 1999; 123 ILR, p.156, 美洲人权委员会的观点是,在对格林纳达的干涉中,美国有义务遵守人道法和人权法的相关规则。

[80] 注意因长期占领引起的问题以及在对当地生活最小干涉的传统法律和需要处理社会变革之间的紧张关系。例如参见:A. Roberts, "Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967", 84 AJIL, 1990, p.44, 以及 Roberts, "*Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights*", 100 AJIL, 2006, p.580.

[81] 一般参见:"Iraq: Law of Occupation", House of Commons Research Paper 03/51, 2003年6月2日; E. Benvenisti, "Water Conflicts During the Occupation of Iraq", 97 AJIL, 2003, p.860; M. Hmoud, "The Use of Force Against Iraq: Occupation and Security Council Resolution 1483", 36 *Cornell International Law Journal*, 2004, p.435, 以及 D. Scheffer, "Beyond Occupation Law", 97 AJIL, 2003, p.842.

[82] 例如参见:Dinstein, *Conduct of Hostilities*; UK, *Manual*, chapter 5; Green, *Armed Conflict*, Chapters 7 (陆战), 8 (海战) and 9 (空战). 也可以参见:Rogers, *Law on the Battlefield*, 以及 Best, *War and Law*, pp. 253 ff. 关于海上武装冲突,也可以参见:The *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea* (ed. L. Doswald-Beck), Cambridge, 1995.

对平民进行保护，使其免受敌对行为的影响。就敌对行为期间的平民居民而言[83]，《第一附加议定书》第48条所规定的基本规则（有时也被称为“区分原则”）[84]是，冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间和在民用物体和军事目标之间加以区别，因此，冲突一方的军事行动仅应以军事目标为对象。[85] 第52条第2款把军事目标只限于“由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体”。因此，其中必须考虑比例原则。例如，希金斯法官在提到这项原则时指出：“如果附带的平民伤亡与攻击中获得的特定的军事利益不成比例，即使是合法的目标也不可受到攻击。”[86]关于所谓的“双重用途”的目
1185 标，例如桥梁、公路、发电站等等[87]，特别容易引起争议。对它们必须进行谨慎解释，以便一方面不对这种物体发动不分皂白的攻击，另一方面则可以确保敌方武装部队不会为了企图逃避受到攻击而在必然危及平民的情况下使用这种物体或设施。[88] 这基本上都取决于有关的军事情况是否符合第52条第2款规定的定义，需要在军事需要和对平民造成的危险之间进行平衡。

第51条规定，平民居民和平民个人“不应成为攻击的对象。禁止以在平民居民中散

---

〔83〕 除了根据《日内瓦第四公约》对被占领土上的居民进行保护的条款之外。还可以参见安理会第1674号决议（2006年），涉及对武装冲突中的平民的保护，以及2008年5月27日的安理会主席声明，5/PRST/2008/18.

〔84〕 例如参见：Dinstein, *Conduct of Hostilities*, p. 55.

〔85〕 同上，第4章。

〔86〕 反对意见，*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, pp. 226, 587; 110 ILR, pp. 163, 536.

〔87〕 注意在下面这个裁决中，厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会认为，第52条第2款是习惯国际法，参见：Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9—13, 14, 21, 25 and 26, 2005年12月19日，paras. 113 ff.，。对电站的空袭是否属于“军事利益”只能根据各方之间军事行动的整体背景进行理解，而不能仅仅根据一次单独袭击的背景理解，同上。还可以参见：UK, *Manual*, pp. 55 ff.

〔88〕 关于1999年的科索沃冲突，例如可以参见：J. A. Burger, “International Humanitarian Law and the Kosovo Crisis”, 82 *International Review of the Red Cross*, 2000, p. 129; P. Rowe, “Kosovo 1999: The Air Campaign”, 同上, p. 147, 以及 W. J. Fenrick, “Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign Against Yugoslavia”, 12 EJIL, 2001, p. 489. 还可以参见前南斯拉夫问题国际刑事法庭设立的评估北约轰炸南斯拉夫联盟共和国的一个委员会发表的意见，它建议法庭检察官办公室不要展开调查，可访问：www. un. org/icty/pressreal/nato061300. htm，以及把轰炸行动提交欧洲人权法院审查的尝试，参见：*Banković* v. *Belgium*, Judgment of 12 December 2001, 133 ILR, p. 94.

布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁。"[89] 另外,不分皂白的攻击[90]是受到禁止的。[91] 第 57 条规定,在进行军事行动时,"应经常注意不损害平民居民、平民和民用物体"。

尽管现在国际法禁止涉及使用武力的报复(除非它们属于自卫的范围)[92],在某些 1186
情形下,武装冲突期间的交战报复可能是合法的。它们的目的是为了确保结束先前引起报复的非法行为,使其回到合法的状态。它们必须与先前的非法行为成比例。[93] 但是,现代(国际)法已经限制了对它们的适用。《日内瓦第三公约》第 13 条禁止对战俘进行报复,而《第一附加议定书》第 52 条规定,民用物体不应成为攻击或报复的对象。[94] 民用物体是所有不属于第 52 条第 2 款所界定的军事目标的物体。[95] 文物和礼拜场所也是受到保护的[96],对平民居民生存所不可缺少的物体也是受到保护的,例如粮食、生产粮食的农业区、农作物、牲畜、饮水装置和饮水供应和灌溉工程,只要它们不属于仅充其武装部队人员的供养之用或用以直接支持军事行动。[97] 对含有危险力量的工程或装置的攻击也是受到禁止的,如堤坝和核发电站。[98]

---

[89] 例如参见:Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9—13, 14, 21, 25 and 26, 2005 年 12 月 19 日,para. 27.

[90] 第 51 条第 4 款把其定义为:(一) 不以特定军事目标为对象的攻击;(二) 使用不能以特定军事目标为对象的作战方法或手段;或(三) 使用其效果不能按照第一附加议定书的要求加以限制的作战方法或手段;而因此,在上述每个情形下,都是属于无区别地打击军事目标和平民或民用物体的性质的。

[91] 关于联合国秘书长要求伊朗和伊拉克避免对民用物体进行攻击,参见:21 (5) *UN Chronicle*, 1984, p. 3. 也可以参见:安理会第 540 号决议(1983 年)。上述条款适用于 1991 年海湾战争中伊拉克使用导弹故意对民用物体进行攻击的行为。在 1991 年早期用导弹攻击以色列和沙特阿拉伯的行为当然构成对这些并非属于冲突当事方国家的侵略,例如参见:*The Economist*, 26 January 1991, p. 21.

[92] 参见:上文,第 20 章,第 1131 页。

[93] 例如参见:Green, *Armed Conflict*, p. 123; C. J. Greenwood, "Reprisals and Reciprocity in the New Law of Armed Conflict" in *Armed Conflict in the New Law* (ed. M. A. Meyer), London, 1989, p. 227, 以及 F. Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, Leiden, 1971.

[94] 同样包括伤者、病者、遇船难者、医疗和失踪人员、禁止进行报复的还包括自然环境和含有危险力量的工程和装置,参见:第 20 条和第 53 条至第 56 条。

[95] 参见:上文,第 1176 页。

[96] 参见:第 53 条。也可以参见:1954 年《武装冲突情况下保护文化财产海牙公约》以及 1954 年《第一议定书》和 1999 年《第二议定书》。对文化财产的保护受到"军事必要"的制约,参见:1954 年该公约第 4 条以及 1999 年该公约《第二议定书》第 6 条和第 7 条。根据该议定书第 3 条和第 22 条的规定,非国际性武装冲突中也是应当存在保护的,参见:R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge, 2006, 以及下文,第 1194 页。

[97] 第 54 条。

[98] 第 56 条。

武装冲突各方选择作战手段的权利并非不受限制。[99] 1868 年的《圣彼得堡宣言》序言禁止使用重量在四百克以下的爆炸性或燃烧性抛射体，并强调指出，“国家在战争期间应当全力实现的唯一合法目标是削弱敌方的军事力量”，而《第一附加议定书》第 48 条规定，冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间加以区别。《海牙章程》第 22
1187 条指出，“交战者在损害敌人的手段方面，并不拥有无限制的权利”[100]，而第 23 条第 5 款从根本上禁止“使用蓄意引起不必要的痛苦的武器、抛射体或物质”。[101] 对这种武器如何进行界定是存在争议的，只能通过实际的国家实践来确定。[102] 这里相关的一个因素是在军事必要和人道考虑之间达成平衡。国际法院在其对“威胁或使用核武器的合法性”案[103]的咨询意见中以下列权威的方式对这种情形进行了归纳：

> 构成人道法架构的文件中所包含的最为重要的原则是这样的：首先的目标是保护平民居民以及民用物体，并且在战斗员和非战斗员之间加以区别；国家无论如何不得把平民作为其攻击的目标，因此不得使用那些不能在民用物体和军事目标之间加以区别的武器。根据第二项原则，对战斗员引起不必要的痛苦的武器是受到禁止的；因此，使用那些对他们引起此种伤害或无谓地加剧他们的痛苦的武器是受到禁止的。在适用第二项原则时，国家并非具有选择它们使用的武器的作战方式方面的无限自由。

法院强调指出，从这些原则中得出的基本规则对所有国家都是适用的，无论它们是否已经批准了《海牙公约》或《日内瓦公约》，因为它们属于“习惯国际法中的不可妥协的

---

[99] 参见：UK, *Manual*, chapter 6, 以及 Dinstein, *Conduct of Hostilities*, chapter 3.

[100] 《第一附加议定书》第 35 条实际上以相同的措辞进行了重申。

[101] 参见：《第一附加议定书》第 35 条第 2 款以及 1980 年的《常规武器公约》序言，也可以参见：M. N. Shaw, “The United Nations Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons, 1981”, 9 *Review of International Studies*, 1983, p. 109 at p. 113. 注意，《前南斯拉夫问题战争罪国际刑事法庭规约》第 3 条第 1 款把“使用有毒武器或其他蓄意造成不必要痛苦的武器”属于违反战争法律和惯例的行为，参见联合国秘书长的报告，S/25704 以及安理会第 827 号决议(1993 年)。也可以参见：《危害人类和平及安全治罪法草案》第 20 条第 4 款第 5 项，Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eighth Session, 1996, A/51/10, pp. 111—12.

[102] 例如参见：United States Department of the Army, *Field Manual, The Law of Land Warfare*, FM 27-10, 1956, p. 18, 以及关于英国，可以参见：*The Law of War on Land*, Part III of the *Manual of Military Law*, 1958, p. 41.

[103] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 257; 110 ILR, p. 163.

原则"。[104] 这些规则和原则的核心是"对人性的压倒一切的考虑"。[105] 实际拥有核武器 1188
或威胁或使用核武器在国际法中是否属于非法一直以来是一个高度争议的问题[106],不过毫无疑问,这种武器显然属于国际人道法的一般适用范围。[107] 国际法院强调指出,在审查任何具体案情的合法性问题时,规范诉诸武力的原则,包括自卫权在内,都必须将规范作战手段和作战方式本身的规则结合在一起进行考虑。因此,使用武器的类型以及使用的方法也是分析在国际法中使用武力的合法性问题时应当考虑的法律因素。[108] 法院分析了国家实践,并断定没有特别的或明确规定对核武器加以禁止。[109] 通过对 1899 年的《海牙第二宣言》、1907 年的《海牙章程》第 23 条第 1 款以及 1925 年的《日内瓦议定书》禁止的毒气武器的类推,这些文件也没有禁止核武器。[110] 而且,关于取得、制造、配备和试验核武器以及在世界某些地区禁止此种武器的一系列条约[111]也没有禁止核武 1189
器。[112] 联合国大会的一系列决议也没有禁止核武器,因为并不存在产生此种规则所必

---

[104] 同上。

[105] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 257 and 262—3. 也可以参见:*Corfu Channel* case, ICJ Reports, 1949, pp. 4, 22; 16 AD, p. 155.

[106] 例如参见:*Shimoda* v. *Japan* 32 ILR, p. 626.

[107] 同上, pp. 259—61. 例如参见:*International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (eds. L. Boisson de Chazournes and P. Sands), Cambridge, 1999; D. Akande, "Nuclear Weapons, Unclear Law?", 68 BYIL, 1997, p. 165; *Nuclear Weapons and International Law* (ed. I. Pogany), Aldershot, 1987; Green, Armed Conflict, pp. 128 ff., 以及 Green, "Nuclear Weapons and the Law of Armed Conflict", 17 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1988, p. 1; N. Singh and E. McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Dordrecht, 1988; G. Schwarzenberger, *Legality of Nuclear Weapons*, London, 1957, 以及 H. Meyrowitz, "Les Armes Nucleaires et le Droit de la Guerre" in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges* (eds. A. J. M. Delissen and G. J. Tanja), Dordrecht, 1991.

[108] 例如,法院强调指出,"为了获得合法性,符合行使自卫权法律中的比例原则的使用武力必须也符合适用于武装冲突中的法律的要求",ICJ Reports, 1996, pp. 226, 245; 110 ILR, p. 163. 法院还提到了必须适用所有国际性武装冲突中的中立原则,不论所使用的武器类型,ICJ Reports, 1996, p. 261. 也可以参见:the Nicaragua case, ICJ Reports, 1986, pp. 3, 112; 76 ILR, pp. 349, 446.

[109] ICJ Reports, 1986, p. 247.

[110] 同上, p. 248. 有关其他大规模杀伤性武器的条约,例如 1972 年的《生化武器条约》以及 1993 年的《化学武器条约》,也都没有禁止核武器,同上, pp. 248—9.

[111] 例如 1947 年 2 月 10 日的《(美英法对意大利)和平条约》、1955 年的《(重建独立和民主的)奥地利国家条约》、1963 年的《(全面)禁止核试验条约》、1967 年 2 月 14 日的《拉丁美洲(和加勒比)禁止核武器的特拉特洛尔科条约》、1968 年的《核不扩散条约》(1995 年无限期延长)、1971 年的《禁止在海床洋底及其底土安置核武器(和其他大规模毁灭性武器)条约》、1985 年 8 月 6 日的《南太平洋无核武器区的拉罗汤加条约》、1990 年的《关于最终解决德国问题的条约》、1995 年的《东南亚无核武器区条约》以及 1996 年的《非洲无核武器区条约》。

[112] ICJ Reports, 1996, pp. 226, 248—53; 110 ILR, p. 163.

需的法律确信。[113] 就国际人道法的原则而言，法院除了指出它们的可适用性之外，并不能得出任何结论。法院觉得不能判断中立原则或国际人道法原则或自卫原则是否禁止威胁或使用核武器。[114] 但是，这个相当脆弱的结论应当放在下述背景下进行考虑，即：国际社会禁止所有核武器试验的不断努力、越来越多地禁止在某些地理区域威胁或使用核武器的国际条约以及1995年五个宣布有核武器的国家作出的不对签订《核不扩散条约》非核武器国家使用核武器的承诺。[115] 然而，下面这点看来是非常明确的，即：拥有核武器以及在非常极端的情形下、在严格遵守了行使自卫权的标准的前提下、使用核武器并没有受到国际法的禁止。[116]

许多具体的条约对特定的武器进行了限制。[117] 例如1868年的《圣彼得堡宣言》所规定的抛射体、1899年的《海牙宣言》所规定的达姆弹、以及1899年的《海牙宣言》和1925年的《日内瓦议定书》所规定的窒息性气体和有毒气体。[118] 1980年的《常规武器条约》[119]第一议定书规定禁止使用那些不能被X射线探测到的武器；第二议定书（在1996年经过小幅修改）规定，当攻击采用空中携带的燃烧武器时，禁止对平民或位于平民聚集
1190 区的军事目标使用这种燃烧装置；第四议定书规定禁止使用激光致盲武器。1997年，通过了《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的渥太华公约》。[120]

1949年公约《第一附加议定书》第35条第3款规定，禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段。[121] 第55条进一步规定，在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段。1977年的《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》禁止具有广泛、长期或严重

---

〔113〕 ICJ Reports, 1996, pp. 254—5.

〔114〕 同上, pp. 262—3 and 266.

〔115〕 参见：安理会第984号决议（1995年）。

〔116〕 也可以参见：UK, *Manual*, pp. 117 ff., 以及 US, *The Law of Land Warfare*, 1956, s. 35.

〔117〕 例如参见：Green, *Armed Conflict*, pp. 133 ff.

〔118〕 例如也可以参见：1972年的《禁止细菌及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》（《禁止生物武器公约》）以及1993年的《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》。关于在"伊朗—伊拉克战争"中使用化学武器，也可以参见：21（3）UN Chronicle, 1984, p. 3.

〔119〕 参见：Shaw, "Conventional Weapons". 注意，第1条已经在2001年得到了修改。

〔120〕 注意：2008年5月30日，通过了禁止使用、储存、生产和转让集束弹药的公约。

〔121〕 例如参见：1991年海湾战争期间，伊拉克故意把大量石油倒入波斯湾中，参见：*The Economist*, 1991年2月2日, p. 20. 也可以参见：Green, *Armed Conflict*, p. 138，以及 Rogers, *Law of the Battlefield*, chapter 6.

影响的改变环境技术，作为摧毁、破坏或伤害任何其他缔约国的手段。

武装冲突：国际的和国内的

国际人道法规则适用于武装冲突。因此，对于适用《公约》来说，并不需要有正式的宣战。尽管有人指出，“国家之间产生的并导致它们武装部队成员介入的任何分歧都是武装冲突”；还有判例指出：“当国家之间产生分歧并因此导致武装部队成员的介入就是武装冲突”，“一旦国家之间诉诸武装部队或者一个国家内部的政府当局和有组织的武装团体之间存在长期的武装暴力时，就存在武装冲突”[122]，但是《公约》或《议定书》都没有对“武装冲突”这个概念进行界定。 1191

历史上，在国际性和非国际性武装冲突之间是存在区别的。[123] 区别的基础是国家之间的关系属于国际法本来关注的对象，而国内事项传统上属于国家的国内管辖事项，因此原则上不受国际法律规则的调整。但是，这种区别在最近十年来已经发生了变化。在人道法领域，这一点可以从逐渐把人道法规则适用于国内武装冲突的趋势中看出来。[124] 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在对“塔迪奇”案（*Tadić* case）[125]的管辖权问题作出的裁定中就提到了武装冲突的概念问题。辩护律师辩称，就该案的情形而言，前南斯拉夫地区根本不存在武装冲突，因为武装冲突的概念只能针对确切的时间内发生实际敌对行为的地方，而在敌对行为中根本没有发生该法庭据称的事件。该法庭的上诉分庭正确驳回了这种对武装冲突从地理和时间上进行狭窄定义的观点，不论是国际的还是国内的。它裁定[126]，

> 国际人道法从这种武装冲突一开始就适用，并且一直适用到缔结一项一般性的和平条约从而结束敌对行为为止；或者，在国内冲突的情形下，一直到达成一项和平的解决方案为止。在那个时刻之前，国际人道法持续适用于处于战争状态的国家的整个领土，或者，在国内冲突的情形下，适用于处于一方控制的整个领土，无论是否

---

[122] J. Pictet, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1952, vol. I, p. 29. 在“塔迪奇”案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭指出：“当国家之间诉诸武装部队，或政府当局和有组织的武装团体之间或一个国家内部的这种团体之间存在长期的武装暴乱时，就存在武装冲突”，参见：*Tadić* case, IT-94-1, Decision on Jurisdiction, para. 70; 105 ILR, pp. 453, 488.

[123] 例如参见：Green, *Armed Conflict*, chapter 3.

[124] 进一步参见：下文，第 1194 页。

[125] Case No. IT-94-1-AR 72; 105 ILR, pp. 453, 486 ff.

[126] 同上，p. 488.

发生实际的战斗。

这个定义在前南斯拉夫的具体情形下产生，因为那个情形到底属于国际性或非国际性武装冲突或两者兼具的混合形态是不清楚的。澄清这一点是非常重要的，因为它将对适用相应的法律产生后果。安理会本身并没有对冲突的性质进行界定，只是谴责广泛违反国际人道法的行为，包括大规模的强制驱赶和驱逐平民、对平民进行监禁和虐待以及
1192 对非战斗员进行蓄意攻击，并呼吁停止这种行为。[127] 上诉分庭断定，“前南斯拉夫的冲突既具有国内的方面，也具有国际的方面”。[128] 由于可以根据时间和地点对这种冲突进行区分，因此就产生了特别复杂的情形。但是，由于认为人道法可以适用于国内武装冲突[129]，因此这减轻了可能产生的许多困难。现代世界国家之间越来越多的互相依赖使得第三国和国际组织很难对国内冲突漠不关心，特别是考虑到现代通讯的范围和媒体的执着，而国际人道法的发展也有助于摈弃那种认为其他国家发生任何事情都与某个国家或个人无关的观点。[130] 因此，国际社会现在更加愿意要求对内部冲突适用国际人道法。[131] 在“塔迪奇”案中，上诉分庭（审查管辖权问题）断定，《法庭规约》第 3 条赋予它对“违反战争法律或惯例”[132] 的行为具有管辖权，该条赋予其这种管辖权，“无论它们是发生在国内或国际武装冲突之中”。[133] 在其对实体问题的判决中，上诉分庭指出：

> 如果武装冲突发生在两个或更多的国家之间，那么它就是国际性武装冲突，这是不存在争议的。另外，在一个国家领土上发生的国内武装冲突的情形下，它可能变成国际性武装冲突（或者，根据各种不同的情形，在性质上变成兼具国际和国内性
> 1193 质的武装冲突），如果：（1）另一国通过它的部队卷入该冲突，或者如果（2）参加国

---

[127] 例如参见：安理会第 771 号决议（1992 年）。也可以参见：C. Gray, “Bosnia and Herzegovina: Civil War or Inter-State Conflict? Characterisation and Consequences”, 67 BYIL, 1996, p. 155.

[128] Case No. IT-94-1-AR; 105 ILR, pp. 453, 494.

[129] 同上，pp. 495 ff.

[130] 例如参见：联大第 2444（XXV）号决议和第 2675（XXV）号决议，于 1970 年一致通过。

[131] 例如参见：有关利比里亚内战的安理会第 788 号决议（1992 年）、第 972 号决议（1995 年）以及第 1001 号决议（1995 年）；有关索马里的第 794 号决议（1992 年）以及第 814 号决议（1993 年）；有关格鲁吉亚的第 993 号决议（1993 年）以及有关阿富汗的第 1193 号决议（1998 年）。

[132] 这是一个现在已经被包括在国际人道法概念之内的历史术语。第 3 条规定，此种违反包括，但是不限于，使用有毒武器或其他武器，以造成不必要的痛苦；无军事上之必要，横蛮地摧毁或破坏城市、城镇和村庄；以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物；夺取、摧毁或故意损坏专用于宗教、慈善事业和教育、艺术和科学的机构、历史文物和艺术及科技作品；以及劫掠公私财产。

[133] Case No. IT-94-1-AR 72; 105 ILR, pp. 453, 504. 也可以参见：the *Furundžija* case, Case No. IT-95-17/1（1998 年 12 月 10 日，第二审判分庭的裁定）；121 ILR, pp. 213, 253—4.

内武装冲突的一些人员是以该另一国的名义在行为。[134]

上诉分庭断定,由于南斯拉夫联盟军队公开参与,直到1992年5月19日为止,在波斯尼亚的冲突一直是国际性武装冲突。但是,南斯拉夫联盟军队在当天撤出波斯尼亚之后,冲突的性质就产生了问题。上诉分庭考察了一种法律标准,以便识别在一场表面上看来是国内性质的武装冲突中,武装冲突何时可以被认为是以外国当局的名义参加的并从而将这种冲突转变成国际性武装冲突。上诉分庭考察了《日内瓦第三公约》第4条对战俘地位的定义[135]后指出,只要交战各方准备对它们部队实施的任何违反行为承担责任,国家实际上就已经同意在敌对行为中交战各方可以使用准军事单位以及其他非常规人员。非常规人员想要取得合法战斗员的资格,就需要国际性武装冲突一方对他们进行了控制,因此存在一种依靠和服从的关系。据此,第4条所使用的"冲突一方所属"暗含指向的是一种控制标准。[136]

为了界定"控制"的含义,国际法院在"尼加拉瓜"案中作出的判决受到了审查[137],并最终被否定。上诉分庭采取一种更低的标准。它断定,要使一个军事或准军事团体的行为归责于一个国家,必须证明该国对该团体进行了总体上的控制,不仅是对该团体提供装备以及资助,也包括对其军事行动的总体方案进行协调或帮助。但是,不需要以该 1194
国对该团体的头领或成员发出实施某项违反国际法的具体行动的指示为条件。[138]

因此,当能够证明某个外国或直接卷入国内冲突或对在冲突进行战斗的团体实施了"总体控制"时,就可以区分国际性和国内武装冲突。

在"库纳拉奇案"(*Kunarac* case)中,上诉分庭对发生零星战斗并且并不延伸到有关国家的所有领土的武装冲突的含义进行了讨论。上诉分庭认为,战争法适用于发生战争的国家的整个领土,或者在国内武装冲突的情形下,适用于冲突一方控制下的整个领土,无论那里是否发生了实际的战斗,并且继续适用至缔结一项一般性的和平条约,或者在国内武装冲突的情形下,达成一项和平解决方案为止。因此,在并没有实际发生战斗的

---

[134] 1999年7月15日的判决,第84段;124 ILR, p. 96.

[135] 参见:上文,第1172页。

[136] 1999年7月15日的判决,第94段和第95段;124 ILR, p. 100.

[137] 在那个案件中,法院认为,要使美国替尼加拉瓜"反政府"叛乱武装承担责任,必须证明美国不仅有效控制了军事或准军事团体,而且还必须证明在据称实施的违反行为过程中没有还对每一个具体行动进行了有效控制。要使美国替尼加拉瓜反政府武装据称实施的"违反人权和人道法的行为"承担责任,必须证明美国对实施那些行为特别进行了"指导或实施",参见:ICJ Reports, 1986, pp. 14, 64—5; 76 ILR, p. 349. 在"《灭种罪公约》"案(波斯尼亚诉塞尔维亚)(ICJ Reports, 2007)中,国际法院在这一点上重申了"尼加拉瓜"案的判决,并对"塔迪奇"案进行了区分,参见:上文,第14章,第791页。

[138] 1999年7月15日的判决,第131段和第145段;124 ILR, pp. 116 and 121.

地方和时间也可能出现违反战争法律或惯例的情形。[139]

非国际性武装冲突[140]

尽管1949年的《日内瓦公约》涉及的是国际性武装冲突，但共同第3条却规定的是发生在一个缔约国领土上的非国际性武装冲突中的一系列最低保障，保护那些不积极参与敌对行动的人，包括病者和伤者。[141] 这个条款应当在何处精确地加以适用在任何情况下都是很难确定的。有人也许会主张，非国际性武装冲突的范围可以从大规模的内战到相对小型的骚乱。这对于相关国家就带来了问题，因为它不愿看到适用《日内瓦公约》而产生的政治影响。由于不存在另外一个国家，因此就缺乏对等因素，这也为执行带
1195 来了问题。

共同第3条把下列内容列为是最低保证：

（一）不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。

因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为：

（甲）对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；

（乙）作为人质；

（丙）损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇；

（丁）未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑。

（二）伤者、病者应予收集与照顾。

---

[139] 2002年6月12日的判决，Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1, para. 57.

[140] 也可以参见：L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2002; Green, *Armed Conflict*, chapter 19, 以及 T. Meron, *Human Rights in Internal Strife*, Cambridge, 1987. 还可以参见：ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, Geneva, 2008.

[141] 注意，在“尼加拉瓜”案中，法院宣布：共同第3条也是适用于国际性武装冲突中的，是“除了那些适用于国际冲突的详细规则之外的最低标准”，参见：*Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, pp. 3, 114; 76 ILR, pp. 349, 448.

共同第3条[142]得到了1977年《第二附加议定书》[143]的发展。根据该《议定书》第1条的规定，该议定书适用于所有发生于一个缔约国领土内其武装部队与持不同政见的武装部队之间的非国际性武装冲突。后者必须是其负责统率下对该方一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的武装部队。它不应适用于非武装冲突的内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为。[144] 该议定书列举了一系列要求对非战斗员进行保护的基本保证以及其他 1196
条款。[145] 特别需要指出的是，例如禁止对人的生命、健康和身体或精神安宁实施暴行，包括酷刑；禁止集体惩罚；禁止扣留人质；禁止恐怖主义行为；禁止对人身尊严的侵犯，包括强奸和强迫卖淫；禁止抢劫。[146] 其他的条款涉及对儿童的保护[147]；对平民的保护，包括禁止攻击可能对平民居民中造成严重的损失的含有危险力量的工程或装置，如堤坝和核发电站[148]；对平民的待遇，包括禁止强迫迁移平民[149]；以及对囚犯和被拘禁的人的待

---

[142] 在"尼加拉瓜"案中，国际法院认为，共同第3条所规定的规则反映了"基本的人性考虑"，参见：ICJ Reports, 1986, pp. 14, 114; 76 ILR, p. 349. 也可以参见：*Tadić* case, Case No. IT-94-1-AR; 105 ILR, pp. 453, 506.

[143] 当然，注意：根据1977年《第一附加议定书》第1条第4款的规定，国际性武装冲突现在包括对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突，参见：D. Forsyth, "Legal Management of International War", 72 AJIL, 1978, p. 272.《第一附加议定书》第96条第3款要求代表此种人民的当局应当发表特别声明，承诺遵守《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》。英国在批准《第一附加议定书》时曾发表了一项声明，大意是：除非英国明确承认这种声明是由"真正代表参与武装冲突的人民的当局"发表的，否则英国不受任何此种特别声明的约束。参见：UK, *Manual*, p. 384. 也应当注意英国的观点，即《第一附加议定书》要求存在"强度很大的军事行动"，因此，像北爱尔兰这样的情形就不包括在内，参见：941 HC Deb., col. 237.

[144] 参见：《第二附加议定书》第1条第2款，以及1998年《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第4项。《罗马规约》第8条第2款第5项规定了一系列行为，如果它们是在国内武装冲突中实施的，就构成战争罪。

[145] 注意：在非国际性武装冲突中，冲突发生地国家的国内法仍然适用，被抓获的叛乱分子无权要求取得战俘地位。然而，被抓获的政府军或叛军的人员在对方有权要求受到人道待遇，例如参见：UK, *Manual*, pp. 387 ff.

[146] 第4条。

[147] 第6条。

[148] 第15条。

[149] 第17条。

遇[150]和对伤者病者的待遇。[151]

上诉分庭在"塔迪奇"案中关于管辖权的裁定中指出,国际法规则已经发展到调整国内武装冲突的程度。原因有许多,包括内战的频繁爆发、内部武装冲突越来越残忍、内部斗争规模越来越大使得第三方更加容易介入,以及国际人权法的迅速发展。因此,对于人类来说,对国家之间的战争和内战进行区分已经失去了价值。[152] 确实,国际人道法的重要内容正朝着人权法规则的方向发展,反之亦然。[153] 它们之间存在一个共同的基
1197 础,即尊重人的尊严这一原则。[154]

人道法中调整国内武装冲突的原则正在变得越来越广泛,而国际人权法的原则也在迅速发展,特别是关于那些即使是在紧急状态下都不能减损的不可克减的基本权利。[155] 1970 年大会第 2675(XXV)号决议承认了这个重叠之处,强调指出,基本人权"在武装冲突的情形下应当继续完全适用",而欧洲人权委员会在"塞浦路斯诉土耳其(第一项和第二项申请)"案(*Cyprus* v. *Turkey* (*First and Second Applications*))中宣布,在交战行动中,一国不仅有义务遵守《日内瓦公约》中规定的人道法,而且也有义务尊重基本人权。[156]

美洲人权委员会在针对阿根廷的"拉·塔布拉达"案(*La Tablada* case)中指出,共同第 3 条最为困难的方面是关于它在低层次冲突中的适用问题,特别是与内部暴力骚乱进行区分的问题。[157] 国际人道法和国际人权法"最为集中并且互相促进"的情形是国内武装冲突的情形,因此,例如,共同第 3 条和《美洲人权公约》第 4 条都保护生命权以及禁止任意处决。但是,当生命权问题在战斗情形中产生时仅诉诸人权法就存在困难。因此,

---

[150] 第 5 条。

[151] 第 10 条。注意,卢旺达问题国际刑事战争罪法庭对违反共同第 3 条以及《第二附加议定书》的行为具有管辖权。该法庭的规约第 4 条规定的行为包括:"(a) 强暴对待人的生命、健康以及身体或精神福祉,特别是谋杀以及诸如拷打、截肢或任何形式的体罚等酷刑;(b) 集体处罚;(c) 劫持人质;(d) 恐怖主义行为;(e) 残害人性尊严、特别是羞辱和贬损、强奸、逼良为娼以及任何形式的粗鄙攻击;(f) 劫掠;(g) 事先未经正规组成的提供文明人所承认且不可或缺的司法保证的法院审判而迳行宣判或执行;(h) 威胁要犯下上述任何行为"。

[152] Case No. IT-94-1-AR; 105 ILR, pp. 453,505 ff. 但参见:Moir, *Internal Armed Conflict*, pp. 188 ff., 以及 Meron, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", 90 AJIL, 1996, pp. 238, 242—3.

[153] 例如参见:Moir, *Internal Armed Conflict*, chapter 5, 以及 R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, 2002. 还可以参见:前面,第 1180 页。

[154] 参见:the *Furundžija* case, 121 ILR, pp. 213, 271.

[155] 例如参见:1950 年的《欧洲人权公约》第 15 条、1966 年的《公民权利和政治权利国际公约》第 4 条、1969 年的《美洲人权公约》第 27 条。也可以参见:上文,第 6 章和第 7 章。

[156] Report of the Commission of 10 July 1976, paras. 509—10.

[157] Report No. 55/97, Case 11.137 以及 OEA/Ser. L/V/II.98, para. 153.

"本委员会必须把人道法中的概念标准和相关规则作为解决这些问题的权威指导渊源"。[158]

在"科尔德诉美国"案(*Coard* v. *USA*)中,美洲人权委员会又遇到了这个问题,指出"人权法和人道法之间存在密不可分的联系,因为它们都是'不可减损的权利的共同基础以及保护人的生命和尊严的共同目的',并且在适用这些法律时可能存在实际上的重叠"。[159]

在国内暴力达到某种程度的密集性和持续性的情形下,国内武装冲突原则和人权法原则会发生重叠。但是除此之外,还存在人道法不涉及的国内冲突的情形,因为它够不 1198
上共同第3条和第二附加议定书所要求的必要标准。[160] 这个空白之处正在通过适用国际人权法予以逐渐弥补。[161] 红十字国际委员会一直在思考规划一份新的国内冲突的宣言。另外,1990年,一个专家团体通过了《最低人道标准宣言》。[162] 该宣言强调指出,禁止对人的生命、健康以及身体和精神的安宁施行暴力,包括谋杀、酷刑和强奸;集体惩罚;劫持人质;实施、允许或容忍强迫失踪;抢劫;蓄意剥夺获取必要的食物、饮用水以及药品的权利;以及威胁或煽动实施上述任何行为。[163] 另外,该宣言还特别规定,被剥夺了自由的人应当拘禁在得到承认的拘禁场所(第4条);禁止散布恐怖主义的行为或威胁(第6条);所有人具有固有的生命权(第8条);儿童应当受到保护,因此,例如,不应允许十五岁以下的儿童参加武装团体或部队(第10条);伤者病者应当受到照顾(第12条)以及医护、宗教和其他人道方面的人员应当受到保护和协助(第14条)。[164] 1199

---

[158] 同上, paras. 160—1.

[159] Case No. 10.951; 123 ILR, pp.156, 169 (脚注省略).

[160] 参见:A. Hay, "The ICRC and International Humanitarian Issues", *International Review of the Red Cross*, Jan-Feb 1984, p.3. 也可以参见:T. Meron, "Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife", 78 AJIL, 1984, p.859; Meron, *Human Rights in Internal Strife*, 以及 Meron, "On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument", 77 AJIL, 1983, p.589, 以及 T. Meron and A. Rosas, "A Declaration of Minimum Humanitarian Standards", 85 AJIL, 1991, p.375.

[161] 关于国际人权法,一般参见:前面,第6章。有关的问题主要是由于没有达到适用的标准而导致人道法不能适用的情形、有关国家并不是有关公约缔约国的情形、某个国家宣布进入紧急状态从而涉及克减某个人权标准的情形、以及有关当事方并不是一个政府的情形,参见:A. Eide, A. Rosas and T. Meron, "Combating Lawlessness in Gray Zone Conflicts Through Minimum Humanitarian Standards", 89 AJIL, 1995, pp.215, 217.

[162] 重印于联合国小组委员会的报告,参见:E/CN.4/1995/116 (1995) 以及联合国人权委员会第1995/29号决议,以及 E/CN.4/1995/81 and 116. 还可以参见:T. Meron and A. Rosas, "Current Development: A Declaration of Minimum Humanitarian Standards", 85 AJIL, 1991, pp.375, 375—7.

[163] 第3条。

[164] 也可以参见:Declaration for the Protection of War Victims, 1993, A/48/742, Annex.

人道法的执行[165]

1949 年《日内瓦公约》及其 1977 年第一附加议定书的缔约国承诺尊重和确保遵守有关文件[166]，并传播其中包含的原则的知识。[167] 还存在各种不同的执行措施，不过，禁止进行报复。[168] 其中的一种实施方式是保护国的概念，它们被授权照顾处在另一国控制之下冲突一方国民的利益，无论是战俘还是被占领地的平民。[169] 瑞典和瑞士在第二次世界大战中就扮演了这种角色。这样的国家必须确保相关的规定得到了遵守，并且确保该制度是一种对受保护人提供保障的形式，同时也是与国籍国进行联系的途径。该制度的缺点是它需要依赖有关各方的同意。保护国不仅必须准备以该身份行事，而且受保护人的国籍国以及拘禁受保护人的国家也必须同意采用这种制度。[170] 由于其作用对于人道法的执行和运行来说是关键性的，因此把它置于国家主权和同意之下显然是一个弊端。它只是要求在执行机制受到严重削弱的情形下可以拒绝进行合作，这样完全取决于是否自愿。这在许多事件中都发生过，例如，中国在 1962 年与印度发生冲突时拒绝同意选派保护国，印度在 1971 年及其以后就其拘禁的巴基斯坦战俘拒绝同意选派保护国。[171] 第一附加议定书还规定对严重破坏[172]《日内瓦公约》及其第一附加议定书的行
1200 为以及其他严重违反行为可以设立一个国际事实调查委员会，通过该委员会的斡旋，促使“恢复尊重各公约和本议定书的态度”。[173] 当然，冲突各方自己也可以对据称的违反

---

[165] 例如参见：UK, *Manual*, chapter 16, 以及 Best, *War and Law*, pp. 370 ff.

[166] 共同第 1 条。

[167] 例如参见：《日内瓦第三公约》第 127 条以及《第四公约》第 144 条、《第一附加议定书》第 83 条以及《第二附加议定书》第 19 条。

[168] 例如参见：《第一附加议定书》第 20 条以及第 51 条第 6 款。

[169] 例如参见：Draper, “Implementation and Enforcement”, pp. 13 ff.

[170] 分别参见：1949 年日内瓦四个公约的第 8 条、第 8 条、第 8 条和第 9 条。

[171] 注意，这个制度在福克兰（即阿根廷称呼的“马尔维纳斯群岛”—译者注）冲突中发挥了作用，当中瑞士作为英国的保护国，而巴西作为阿根廷的保护国，例如参见：Levie, “Falklands Crisis”, pp. 68—9.

[172] 分别参见：1949 年《日内瓦第一公约》第 50 条、《第二公约》第 51 条、《第三公约》第 130 条以及《第四公约》第 147 条、以及 1977 年《第一附加议定书》第 85 条。1992 年，设立了一个专家委员会，调查发生在前南斯拉夫领土上违反国际人道法的行为，参见：安理会第 780 号决议（1992 年）。还可以参见：1994 年 5 月 27 日该委员会的报告，S/1994/674.

[173] 1977 年《第一附加议定书》第 90 条。

人道法的情形进行特别调查。[174]

当然，在这个领域破坏人道法的行为可能构成战争罪、危害人类罪、甚至是种族灭绝罪，对这些罪行规定了普遍管辖。[175] 1945 年的《纽伦堡法庭宪章》第 6 条规定的产生个人责任的战争罪的例子有：谋杀、对被占领地上的平民居民进行虐待或驱逐他们从事奴役劳动、虐待战俘、杀害人质以及毁灭城市、乡镇和村庄。[176]

国际红十字已经在人道法领域进行了大量的工作。[177] 这个不可或缺的组织由红十字国际委员会、超过一百个其行为受到联盟协调的各国红十字（或红新月）会以及每隔四年举行一次的大会组成。红十字国际委员会是一个非常活跃的组织，具有相当广泛的职责，包括对《日内瓦公约》的适用以及在自然和人为的灾害中开展行动。它在许多国家展开行动，包括探访战俘[178]以及其他类似的职责，以便确保遵守国际人道法。[179] 它在国际性和国内武装冲突中都发挥着作用。自从 1948 年以来，它所采取的行动中最大 1201
的一次是在尼日利亚的内战中。在该场冲突中，有将近 20 位委员会人员在履行职务时被杀害。此后，红十字国际委员会在南斯拉夫的局势中开展活动，1992 年，该委员会确实一反通常采取的秘密做法，认为必须公开宣布反对正在发生的严重破坏人道法的行为。该组织还在索马里（它在那里的工作包括探访被联合国部队拘禁的人员）、卢旺达、阿富汗、斯里兰卡[180]和伊拉克开展活动。红十字国际委员会必须视具体情况而以机智

---

[174] 分别参见：《日内瓦第一公约》第 52 条、《第二公约》第 53 条、《第三公约》第 132 条以及《第四公约》第 149 条。

[175] 例如参见：Draper, "Implementation and Enforcement", pp. 35 ff. 也应当注意：制裁的对象也包括严重破坏公约的行为。

[176] 关于各种战争罪法庭的规约，进一步参见：上文，第 8 章和第 12 章。还应当注意：处理 1990 年伊拉克人侵科威特产生的被害人赔偿问题的联合国赔偿委员会，上文，第 18 章，第 1045 页。

[177] 例如参见：G. Willemin and R. Heacock, *The International Committee of the Red Cross*, The Hague, 1984, 以及 D. Forsythe, "The Red Cross as Transnational Movement", 30 *International Organisation*, 1967, p. 607. 也可以参见：Best, *War and Law*, pp. 347 ff.

[178] 分别参见：《日内瓦第三公约》第 126 条以及《第四公约》第 142 条。

[179] 在下面这个案件中，国际法院提到了红十字国际委员会关于《日内瓦第四公约》的"特殊地位"，参见：*Construction of a Wall* case, ICJ Reports, 2004, pp. 136, 175—6; 129 ILR, pp. 37, 94；在下面这个案件中，厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会指出：红十字国际委员会在《日内瓦第三公约》（即该案关注的公约）的许多条款中被指定承担重要的责任，既作为"提供救济的人道组织，又作为对战俘待遇提供必要而重大的外部监督的组织"，而且，它还进一步强调指出，那些要求对战俘待遇进行监督以及接触战俘的条款已经成为习惯国际法的一部分，参见：Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, 1 July 2003, paras. 58 and 61—2.

[180] 例如参见：*Challenges of the Nineties*: *ICRC Special Report on Activities 1990—1995*, Geneva, 1995. 从 1990 年至 1994 年，红十字国际委员会的代表在 60 多个国家探访了超过 50 万名囚犯，同上。

灵活的方式行动,因为国家在许多情况下都拒绝合作。在1967年和1973年的中东战争中,该委员会对于交换战俘发挥了非常有价值的作用,不过以色列曾多年拒绝红十字国际委员会在被其占领的阿拉伯领土展开活动。[181]

结论

红十字国际委员会已经阐明了以下原则作为相关法律规则的指导:

一、丧失战斗力的人员以及那些没有直接参加敌对行动的人员有权得到对他们的生命以及身体和精神完整性的尊重。他们应当在一切情形下受到保护和人道待遇,而不加以任何不利的区别。

二、禁止杀害或伤害已经投降的敌人或已经丧失战斗力的敌人。

三、冲突一方应当搜寻伤者和病者,并对处在其权力下的伤者和病者进行照顾。保护的范围还应当包括医疗人员、医疗所、医疗运输以及医疗物质。红十字标志(红新月、红狮以及太阳)是这种保护的象征,必须受到尊重。

四、被俘的战斗员和处在对方权力下的平民有权得到对他们的生命、尊严、人
1202 身权利和信仰的尊重。他们应当受到保护,免受一切暴力行为和报复行为。他们应当有权与他们的家属通信并受到救济。

五、人人有权享有基本的司法保证。任何人不应对其没有实施的行为承担责任。不应对任何人实施身体上或精神上的酷刑、体罚或残忍的或有辱人格的待遇。

六、冲突各方以及他们的武装部队人员不具有不受限制的选择作战手段和作战方式的自由。禁止使用具有引起不必要的损失或过分痛苦性质的武器。

七、冲突各方应当在任何时间对平民居民和战斗员进行区分,以便不伤害平民居民和财产。平民居民整体和平民个人都不应成为攻击的对象。攻击应当只是针对军事目标。[182]

另外,红十字国际委员会已经就非国际性武装冲突发表了下列声明:

---

[181] 一般参见:1982年红十字国际委员会的年度报告。也可以参见:"Action by the ICRC in the Event of Breaches of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, March-April 1981, p. 1.

[182] 参见:*International Review of the Red Cross*, Sept.-Oct. 1978, p. 247. 也可以参见:Green, *Armed Conflict*, pp. 355—6.

一、一般规则

1. 对战斗员和平民进行区分是一项适用于非国际性武装冲突的一般规则。它禁止不分皂白的攻击。

2. 禁止攻击平民居民整体以及平民个人是一项适用于非国际性武装冲突的一般规则。企图在平民居民之间制造恐怖的暴力行为基本上也是受到禁止的。

3. 禁止过分的伤害或不必要的痛苦是一项适用于非国际性武装冲突的一般规则。它禁止,特别是,使用无谓地加剧没有能力的人员的痛苦或不可避免致使他们死亡的作战方式。

4. 禁止以背信弃义的方式杀害、伤害或俘获对方人员是一项适用于非国际性武装冲突的一般规则;在非国际性武装冲突中,诱使对方相信根据适用于非国际性武装冲突的国际法规则他有权或有义务得到保护,但是蓄意背叛该信赖的行为,应当构成背信弃义的行为。 1203

5. 在实施军事行动中尊重和保护医疗和宗教人员以及医疗单位和运输设备是一项适用于非国际性武装冲突的一般规则。

6. 禁止攻击平民居民,按逻辑这项一般规则意味着禁止攻击仅被平民居民使用的住处和其他设施。

7. 禁止攻击平民居民,按逻辑这项一般规则意味着禁止攻击、摧毁、移动对于平民居民生存来说必不可少的物体,或使其变得无用。

8. 对战斗员和平民进行区分的一般规则以及禁止攻击平民居民整体或平民个人的一般规则意味着,为了使其变得有效,必须采取所有可以预见的预防措施,避免对平民居民造成伤害、损失或损害。[183]

进一步阅读推荐书目

I. Detter, *The Law of War*, 2nd edn, Cambridge, 2000

Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2004

L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edn, Manchester, 2000

UK Ministry of Defence, *Manual on the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004

---

[183] 参见:*International Review of the Red Cross*, Sept.-Oct. 1989, p. 404. 也可以参见:Green, *Armed Conflict*, p. 356. 该宣言第二部分涉及禁止和限制使用某种武器的内容被省略,可以在上文的注释中找到。

22
联 合 国

联合国体系

联合国[1]是在第二次世界大战结束之后，根据在那场冲突中表达出的同盟国的规划和意图而成立的。[2]《宪章》第1条规定联合国的宗旨如下：

一、维持国际和平及安全；并为此目的：采取有效集体办法、以防止且消除对于和平之威胁，制止侵略行为或其他和平之破坏；并以和平方法且依正义及国际法之原则，调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势。

二、发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系，并采取其他适当办法，以增强普遍和平。

---

〔1〕 参见：*The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma), 2nd edn, Oxford, 2002; J. P. Cot, A. Pellet and M. Forteau, *La Charte des Nations Unies: Commentaire Article par Article*, 3rd edn, Paris, 2005; S. Chesterman, T. M. Franck and D. M. Malone, *Law and Practice of the United Nations*, Oxford, 2008; *La Charte des Nations Unies, Constitution Mondiale?* (eds. R. Chemain and A. Pellet), Paris 2006; B. Conforti, *The Law and Practice of the United Nations*, 2nd edn, The Hague, 2000; *United Nations Legal Order* (eds. O. Schachter and C. C. Joyner), Cambridge, 2 vols., 1995; *Bowett's Law of International Institutions* (eds. P. Sands and P. Klein), 5th edn, London, 2001, chapter 2; *The United Nations and a Just World Order* (eds. R. A. Falk, S. S. Kim and S. H. Mendlovitz), Boulder, 1991; B. Broms, *United Nations*, Helsinki, 1990; E. Luard, *A History of the United Nations*, London, 1982, vol. I; R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963; *United Nations, Divided World* (eds. A. Roberts and B. Kingsbury), 2nd edn, Oxford, 1993; L. M. Goodrich, *The United Nations in a Changing World*, New York, 1974; the Bertrand Report, 1985, A/40/988, and L. M. Goodrich, E. Hambro and A. P. Simons, *Charter of the United Nations*, 3rd edn, New York, 1969. See also www.un.org/.

〔2〕 参见：UNCIO, San Francisco, 15 vols., 1945.

三、促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利性质之国 1205
际问题，且不分种族、性别、语言、或宗教、增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。

四、构成一协调各国行动之中心，以达成上述共同目的。

虽然这些宗旨显然涵盖很广，但它们确实为联合国关注事项的全面性提供了一个有用的指引。所称各种问题之间的优先性一直处于争议和变化之中，但这只是反映出该组织内的持续压力和多变的政治均衡。尤其是，对反殖民、自决和种族隔离的强调反映出联合国会员国的增长和殖民帝国的解体，而目前对经济和发展问题越来越多的关注是非常明显的，这明显地反映出世界各地的不良经济状况。

《联合国宪章》不仅仅是一个创设了该组织并勾画出签署国权利和义务的多边条约，它还是联合国的章程，制定出它的职能并规定了它的限制。[3] 首当其冲的是对会员国主权和独立的承认。根据《宪章》第2条第7款，联合国不能干涉在本质上属于任何国家国内管辖的事件（除非须适用第七章内的执行措施）。这一规定在联合国内引起了很多争论，而殖民问题已被接受为不属于第2条第7款的限制。此外也发生了一些其他变化，说明国内管辖的概念并非永恒不变的，而是一个划定国际和国内活动范围的国际法原则。作为国际法原则，它可经由国际法产生变化，而不取决于个别国家的单方决定。[4]

除了国内管辖条款，第2条还列出了联合国及其会员国都应依之行动的各种其他原则。其中包括确认联合国建立于国家主权的平等、善意履行《宪章》义务的原则、和平解决国际争端以及禁止使用武力。它还规定会员国应协助联合国根据《宪章》而采取的行 1206
动，并且在联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，不得给予该国协助。

联合国有六个主要机关，即安全理事会、大会、经济和社会理事会、托管理事会、秘书处和国际法院。[5]

---

〔3〕 参见：Chesterman *et al.*, *United Nations*, pp.4 及其以下。

〔4〕 参见：上文，第12章，第647页。

〔5〕 例如，参见：*The United Nations at the Millennium* (eds. P. Taylor and A. J. R. Groom), London, 2000. 关于联合国对领土的管理，参见上文，第5章，第230页.

安全理事会[6]

该理事会意在作为一个由有限成员组成的有效的执行机关而运作，并持续运作。它被赋予了维护国际和平与安全的主要责任。[7] 安理会由 15 个会员国组成，其中五个是常任理事国（美国、英国、俄罗斯、中国和法国）。这些基于 1945 年的政治力量选出的常任理事国具有否决权。根据《宪章》第 27 条，程序事项之外的所有事项，应以九个理事国之可决票，包括五个常任理事国的同意票作出决定。

因此，除了对程序事项只需要九个可决票之外，任何常任理事国的反对票都足以否决安理会的任何决议。《宪章》中写入否决权，是考虑到权力危机的结果。尤其是，如果不设立否决权以保护安理会和大会免受当时西方偏见的影响[8]，苏联将不乐意接受设
1207 想中的联合国。在实践中，苏联在大量的场合使用了否决权，美国次之，而其他成员则甚少使用。近些年来，美国对否决权的使用有所增加。如何区分程序和非程序事项是一个极具争议的问题。旧金山会议的发起国在声明中指出，一个问题是否程序事项本身就可适用否决权。[9] 这种“双重否决制”构成了一个可怕的障碍。后续实践对于第 27 条中“常任理事国之同意票”这一用语的解释方式是允许弃权。因此，常任理事国可以对安理会的决议进行弃权而不被认为使用了反对该决议的否决权。[10]

当然，这并不意味着 1945 年时的五大国仍将是唯一一批常任理事国或者唯一一批

---

[6] 例如，参见：C. Denis, *Le Pouvoir Normatif du Conseil de Securite des Nations Unies: Portée et Limites*, Brussels, 2004; M. Hilaire, *United Nations Law and the Security Council*, Aldershot, 2005; *The UN Security Council from the Cold War to the 21st Century* (ed. D. M. Malone), Boulder, 2004; Cot et al., *Charte*, pp. 867 ff.; S. Bailey and S. Daws, *The Procedure of the UN Security Council*, Oxford, 1998; S. Bailey, *Voting in the Security Council*, Oxford, 1969, and Bailey, *The Procedure of the Security Council*, 2nd edn, Oxford, 1988; *Bowett's International Institutions*, p. 39, and R. Higgins, "The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council", 64 AJIL, 1970, p. 1. See also M. C. Wood, "Security Council Working Methods and Procedure: Recent Developments", 45 ICLQ, 1996, p. 150.

[7] 《联合国宪章》第 23、24、25 和 28 条。

[8] 参见：H. G. Nicholas, *The United Nations as a Political Institution*, Oxford, 1975, pp. 10—13.

[9] *Repertory of Practice of UN Organs*, New York, 1955, vol. II, p. 104, 另见 Simma, *Charter*, p. 489.

[10] 参见：A. Stavropoulos, "The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council under Article 27(3) of the Charter", 61 AJIL, 1967, p. 737, 另见 *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 22; 49 ILR, pp. 2, 12, 确认此种做法为合法。

享有否决权的理事国。[11] 但是，修正《宪章》的繁复机制[12]，以及否决权的存在，使得任何变化都十分困难。安理会成员的扩大问题在联合国内已经提出了相当一段时间，也出现了各种提议。[13] 其中一个提议是，新设六个没有否决权的常设席位和三个非常设席 1208
位。另一个提议是，不新设常设席位，但是新设一个类别，包括八个四年期可续任的席位，以及一个两年期非常设不可续任的席位。通常被视为理事会常设席位候选的国家包括德国、印度、日本和巴西，但是其他国家也同样渴望被考虑入选，目前尚未看到就此问题达成一致。

安理会现有三个常设委员会，即程序规则专家委员会，接纳新会员国委员会，在总部以外地点开会的顾问委员会。此外还有若干特别委员会，例如，安理会第 692 号决议（1991）设立的联合国赔偿委员会理事会，反恐委员会[14]，以及第 1540 号决议（2004）设立的委员会，要求各国不向企图开发、获取、制造、拥有、运输、转移或使用核生化武器及其运载工具的非国家行为者提供任何形式的支持。另外还有若干针对受制裁国家的制裁委员会，以及根据关于与基地组织和塔利班有关联的个人和团体的第 1267 号决议（1999）设立的委员会。[15] 其他辅助机构包括建设和平委员会，联合国赔偿委员会以及前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭。

安理会在执行其职能时，代表联合国全体会员国而行动，其决定（而非其建议）[16] 对

---

〔11〕 在十个非常任席位中，五个应给予亚非国家，一个给予东欧国家，两个给予拉美国家，两个给西欧及其他国家：参见大会决议第 1991（XVIII）号决议。

〔12〕 参见《宪章》第 108 和 109 条，要求所有常任理事国须同意对宪章的任何修订。这实际上显示出安理会快速接受俄罗斯延续前苏联的安理会常任理事国席位的部分原因可能在于理事会希望避免将理事国资格问题付诸公开讨论：参见：F. Kirgis, *International Organizations in their Legal Setting*, 2nd, edn, St Paul, 1993, pp. 188 及其以下。另见上文，第 17 章，第 960 页。

〔13〕 例如，参见 the Report of the High Level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004, A/59/565, especially paras. 244 及其以下。具体描述了两个提议（分别是 A 模式和 B 模式）以及 Secretary-General, *In Larger Freedom*, A/59/2005, paras. 167 大会一直在讨论“安理会理事国代表资格的公平代表以及增加理事国”问题，并于 1993 年设立了一个无限期的工作组进一步讨论这个问题；参看，大会决议 48/26 号。2007 年，大会主席任命了五位调解人（facilitator），调解人报告称安理会的扩大需要同时基于符合维持国际和平与安全以及联合国其他宗旨的成员分配，以及公平合理的地域分配，同时解决发展中国家和小国家代表权不充分的问题. A/61/47, pp. 11ff. See also Chesterman *et al.*, *United Nations*, chapter 17; A. Blanc Altemir and B. Real, “La Réforme du Conseil de Sécurité des Nations Unies: Quelle Structure et Quels Membres?”, 110 RGDIP, 2006, p. 801, and Y. Blum, “Proposals for UN Security Council Reform”, 99 AJIL, 2005, p. 632.

〔14〕 根据 1373（2001）号决议设立。另见上文，第 20 章，第 1162 页。

〔15〕 被其后的一系列决议所修订，包括第 1735 号决议（2006）：参见上文，第 20 章，第 1163 页，注释 225。

〔16〕 比较，如，《宪章》第 36 条（和平解决争端）与第 41、42 条。

所有会员国都有拘束力。[17] 其权力集中在两个特定方面:和平解决争端和采取执行措
1209 施。通过这些方式,安理会执行了它的主要任务,即维护国际和平与安全。但是,安理会也有很多其他职能。例如,在托管领土方面,它指定属于安理会权限而非大会权限的战略防区[18],而会员国的接纳、停止会员资格和除名由大会根据安全理事会的建议作出决定。[19]《联合国宪章》的修正案要求安理会所有常任理事国的批准(以及大会会员国三分之二通过并由联合国会员国三分之二批准)。[20] 国际法院的法官也由大会和安理会一并选举。[21]

在"冷战"结束前,安理会总体上没有满足人们对它的期望,尽管安理会第 242 号决议(1967)为中东和谈奠定了基础并被认为是对应予考虑的原则的最权威表达。[22]。伴随 20 世纪 80 年代末苏联的开放(*glasnost*)与重建(*perestroika*)政策的发展,与美国的合作不断发展,并随着科威特危机的发展而达到顶点。[23] 自 2001 年 9 月 11 日美国被袭后,更多行动相继发生,包括 2001 年的第 1368 号和 1373 号决议,谴责国际恐怖主义,重申自卫权并设立一个反恐委员会安理会。但是,安理会在关于伊拉克违反 687 号以及其他决议(1991)而拥有大规模杀伤性武器的 1441 号决议(2002)中的措施上未能达成一致,这使得安理会猛然陷入一个重大分裂。美国和英国于 2003 年 3 月底在没有安理会明确授权,并不顾其他常任理事国的反对的情况下对伊拉克展开军事行动。[24] 但是,尽
1210 管出现了这一危机,安理会还是在一些地区开始承担更为主动的责任。第 1373 号决议(2001)和第 1540 号决议(2004),建立赋予很大职权的监测委员会,以及对特地国家制裁的增加,都促使一些人开始谈论立法活动。[25]

安理会在维护世界和平这一主要责任上的失败刺激了很多其他发展。它鼓励大会

---

[17] 《宪章》第 25 条。

[18] 参见《宪章》第 82 和 83 条。

[19] 参见《宪章》第 4、5、6 条。安理会恢复被停止会员的权利和特权,第 5 条。

[20] 第 108 条,关于会员国大会修正《宪章》有类似的要求:见第 109 条。

[21] 《国际法院规约》第 4 条。

[22] 该决议在第 338 号决议(1973)中得到了重申。一般性参看:I. Pogany, *The Security Council and the Arab-Israeli Conflict*, Aldershot, 1984, chapter 5, and A. Shapira, "The Security Council Resolution of November 22, 1967—Its Legal Nature and Implications", 4 *Israel Law Review*, 1969, p. 229.

[23] 见下文,第 1243 页,另见 *The Kuwait Crisis: Basic Documents* (eds. E. Lauterpacht, C. Greenwood, M. Weller and D. Bethlehem), Cambridge, 1991.

[24] 见下文第 1255 页。

[25] 参看 J. E. Alvarez, "Hegemonic International Law Revisited", 97 AJIL, 2003, p. 873, and S. Talmon, "The Security Council of World Legislature", 99 AJIL, 2005, p. 175. 关于这些决议,另见上文,第 20 章,第 1208 页。

承担剩余的维护国际和平与安全的责任,鼓励秘书长发挥自身更积极的作用并加快了维持和平行动的发展。它还多少鼓励了诸如北约和华约等军事联盟的成立,这些联盟作为冷战开始的结果而产生并实际上构成了超越安理会的区域执行机制。

大会[26]

大会是联合国组织的议会性机关,由所有目前的 192 个会员国的代表组成。根据《宪章》第 4 条的规定,联合国会员开放于:

> 凡其他爱好和平之国家,接受本宪章所载之义务,经本组织认为确能并愿意履行该项义务者,

并且受到基于安理会推荐所作出的大会决议之影响。[27] 其他变化也会发生。例 1211
如,在 1991 年,白俄罗斯(Byelorussia)知会联合国,将其国名更改为 Belarus,而捷克和斯洛伐克联邦共和国于 1992 年 12 月 31 日不再存在,而代之以两个新国家(捷克共和国和斯洛伐克),两者于 1993 年 1 月 19 日被接受为联合国会员国。前德意志民主共和国自 1990 年 10 月 3 日起不再存在,其领土并入德意志联邦共和国,而"前南斯拉夫的马其顿共和国"于 1993 年 4 月 8 日以这个不同寻常的称呼被准许加入联合国。2000 年 11 月,南斯拉夫联邦共和国被接受为新会员国,2003 年 2 月,它将其名称改为塞尔维亚和黑山。2006 年,黑山退出并以自己名义加入联合国。[28] 根据《宪章》第 5 条,如果安理会对国家采取了预防或执行行动,大会可以根据安理会的建议停止该国联合国会员资格。第 6 条准许大会根据安理会的建议将一个国家除名,如果该国屡次违反《宪章》所载

---

[26] 参看 *Bowett's International Institutions*, pp. 27 ff.; Nicholas, *United Nations*, chapter 5; B. Finley, *The Structure of the United Nations General Assembly*, Dobbs Ferry, 3 vols., 1977, and S. Bailey, *The General Assembly of the United Nations*, London, 1964.

[27] 国际法院在一个咨询意见中指出在考虑会员资格的请求时,仅应考虑第 4 条列出的条件:*the Conditions of Admission of a State to Membership of the United Nations* case, ICJ Reports, 1948, p. 57; 15 AD, p. 333,另见 *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* case, ICJ Reports, 1950, p. 4; 17 ILR, p. 326,法院认为大会在没有安理会建议的情况下不能导致会员资格的产生。另见 Chesterman *et al.*, *United Nations*, chapter 5, and Cot *et al.*, *Charte*, pp. 511 及其以下。

[28] 关于继承问题参见 Chesterman *et al.*, *United Nations*, pp. 173 及其以下。关于南斯拉夫和联合国,另参见上文,第 17 章,第 962 页。

原则。[29]

第18条规定了大会表决问题，它规定每个会员国只有一票，无论会员国在人口、资源方面有多大差异，而有关"重要问题"的决议，包括对新会员国的接纳以及有关国际和
1212 平与安全的建议，应以到会并投票的会员国的三分之二多数决定。[30]

除了某些内部事务，例如预算[31]，大会不能约束其会员国。它不是严格意义上的立法机关，其决议纯粹是建议性质。当然，如果这些决议反映了习惯国际法规则，也会是拘束性的，而且它们作为导致新的习惯法规则形成的国家实践的例子而具有重要意义，但是大会决议本身并不能对会员国产生拘束性法律义务。[32] 大会实质上是一个议事厅，一个交流观点和讨论各种问题的论坛。它每年开会一次，但是秘书长可以根据安理会或者联合国多数会员国的请求而召开特别会议。[33] 通过"联合一致共策和平机制"，可以召开紧急会议。[34] 现已召开过十次这样的会议，涉及的情势包括从1956年、1958年、1967年、1980年和1982年的中东问题的各个方面和1997年开始的关于这一问题的后续会议，到1980年的阿富汗问题和1981年的纳米比亚问题。

大会设立了各种涵盖广泛问题和活动的机构。它有六个主要的委员会，分别负责裁军和国际安全问题、经济和财政问题、社会、人道事务与文化问题、特别政治与非殖民化问题、行政与预算问题以及法律事务。[35] 此外，还有一个处理议程问题的程序委员会和一个全权证书委员会。另有两个常设委员会处理会间行政与预算问题及分摊，以及很多

---

[29] 参见第2条。关于拒绝接受大会代表团全权证书问题，另见 Chesterman *et al.*, *United Nations*, pp. 191及其以下; Simma, *Charter*, pp. 253及其以下; D. Ciobanu, "Credentials of Delegations and Representation of Member States at the United Nations", 25 ICLQ, 1976, p. 351, and M. Halberstam, "Excluding Israel from the General Assembly by a Rejection of its Credentials", 78 AJIL, 1984, p. 179.

[30] 参见 G. Clarke and L. B. Sohn, *World Peace Through World Law*, Cambridge, 1958, pp. 19—30; *The Strategy of World Order* (eds. R. A. Falk and S. H. Mendlovitz), New York, 1966, vol. III, pp. 272 ff., and L. B. Sohn, *Cases on United Nations Law*, 2nd edn, Brooklyn, 1967, pp. 248 ff. 同样注意集团化投票的出现，例如亚非国家同意就特定问题采取一致姿态，这已经成为大会工作中的一个常态。

[31] 《宪章》第17条。

[32] 参见上文，第3章，第114页。

[33] 《宪章》第20条。例如，这种特别会议曾在1947到48年间召开以讨论巴勒斯坦问题，以及1967年、1978年和1986年的纳米比亚（西南非洲）问题，并在1974、1975和1990年讨论了世界经济秩序问题。其他涉及的问题包括1978年资助联合国在黎巴嫩的临时部队、1989年的种族隔离、1978年、1982年和1988年的裁军问题、1990年和1998年的毒品泛滥问题、1999年的发展中小岛国家问题、2000年的妇女问题、2001年的艾滋病问题、2002年的儿童问题以及2005年纪念解放集中营60周年。

[34] 见下文，第1272页。

[35] 参看 Broms, *United Nations*, pp. 198 ff. 1993年，特别政治委员会与非殖民化第四委员会合并：参看大会第47/233号决议。

处理相关问题的附属的、临时的和其他机构，包括国际法委员会、联合国国际贸易法委员会、联合国培训和研究中心、纳米比亚理事会和联合国近东巴勒斯坦难民救济和工程处。[36] 2006 年建立的人权理事会由大会选举并向大会报告。[37] 1213

其他主要机关[38]

联合国在经济和社会领域活动的主要工作是由经济和社会理事会完成的。它具有讨论很多事项的权能，但是其权力受到限制，而且其建议不拘束联合国会员国。它由 54 个会员国组成，由大会通过交错的选举选出，任期三年，一国一票。[39] 根据第 62 条，理事会可以作成或发动关于诸多事项的研究，并可以向大会、联合国会员国、及有关专门机关提出建议案。它可以拟具提交给大会的公约草案，并召集国际会议。经社理事会设立了很多附属机构，从九个职能委员会[40]到五个区域委员会[41]，以及很多常设委员会和专家机构。[42] 经社理事会还运作着很多项目，包括环境规划署和毒品控制署，并设立了很多其他机构，例如联合国难民事务高级专员办公室以及联合国贸易与发展大会。其最突出的工作就是设立了很多经济、社会和人权机构。[43] 1214

托管理事会[44]的设立是为了监控第二次世界大战之后设立的托管领土。[45] 这些领土由委任统治下的领土、因第二次世界大战之结果而割离自敌国的领土和负管理责任

---

[36] 参看 *2001 United Nations Handbook*, Wellington, 2001, pp. 27 ff. 此外还有投资委员会和审计署。

[37] 参看上文，第 6 章，第 306 页。

[38] 参看 *2001 United Nations Handbook*, pp. 83 ff., and Broms, *United Nations*, chapter 11. See also *Bowett's International Institutions*, p. 55; W. R. Sharp, *The UN Economic Council*, New York, 1969, and above, chapter 6, p. 302.

[39] 参见《宪章》第 61 条。注意根据第 69 条，联合国的任何会员可以被邀请参加经济和社会理事会的议事，但没有投票权。另见 Cot *et al.*, *Charte*, pp. 1581 及其以下。

[40] 包括统计委员会、人权委员会（2006 年终止）、妇女地位委员会和可持续发展委员会。

[41] 非洲、亚太、欧洲、拉美和加勒比以及西亚。

[42] 包括跨国公司委员会、人居委员会、自然资源委员会、经济、社会和文化权利委员会以及新能源和可再生能源以及发展能源委员会。

[43] 经社理事会正在考虑一系列的改革，包括举行年度部长级实质性审查，以评估在实施联合国重大会议和峰会结果以及实施国际社会确定的发展目标中的成效。参见大会决议第 61/16 号（2006），以及经社理事会决议第 E/2007/274 号（2007）。

[44] 例如，参看 Cot *etal.*, *Charte*, pp. 1887 及其以下；Broms, *United Nations*, chapter 12; *Bowett'sInternational Institutions*, p. 63, and C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, New York, 1956.

[45] 根据《宪章》第 83 条，联合国有关战略问题的职能由安理会行使（每个常任理事国都有否决权），而不像托管领土通常那样，根据第 85 条由大会在托管理事会的协助下行使。最后一块托管领土是由美国管理的太平洋岛屿的战略托管领土。

的国家自愿置于该制度下的领土(未曾有过)所组成。[46] 唯一没有置于新制度之下或给予独立的前委任统治领土就是西南非洲。[47] 随着最后一块托管领土帕劳于 1994 年 10 月 1 日独立,托管理事会于同年 11 月 1 日停止运作。[48]

联合国秘书处[49]由秘书长及其职员构成,实质上是一个国际公务员机构。秘书处职员是根据第 101 条在效率、才干和忠诚度的基础上任命,"于可能范围内,应充分注意
1215 地域上之普及"。根据第 100 条,所有会员国承诺尊重秘书长及办事人员责任的专属国际性,而这些职员则不得请求或接受联合国组织以外任何其他当局的训示。

根据第 97 条,秘书长由大会经安全理事会的一致推荐而委派,是联合国的行政首长。因此,他(或她)必须是一个所有常任理事国都接受的人员,而这一点,就有效性而言,是非常重要的。这主要取决于该职位占有者的实际人格和见解,而秘书长在国际事务中的作用则因人而异。哈马舍尔德博士在 20 世纪 50 年代晚期和 60 年代初期扮演了一个异常活跃的角色,直到他在刚果突然去世[50],但是自那之后,该职位的任职者都维持一个相当低调的姿态。现任秘书长是来自韩国的潘基文。

除了各种行政职能以外[51],秘书长的核心权力规定在《宪章》第 99 条中,该条授权他将他所认为可能威胁国际和平及安全的任何事件,提请安全理事会注意,虽然这个权

---

[46] 《宪章》第 77 条。

[47] 参见上文,第 5 章,第 225 页。

[48] 参看 *Basic Facts About the United Nations*, E. 95. I. 3. 1 and Press Release ORG/1211/Rev. 1. 联合国秘书长曾经呼吁托管理事会的正式终止,但这需要对宪章的修订:参见 A/49/1. 另见 C. L. Willson, "Changing the Charter: The United Nations Prepares for the Twenty-First Century", 90 AJIL, 1996, pp. 115, 121—2.

[49] 参看 Chesterman *et al.*, *United Nations*, chapter 4; Cot *et al.*, *Charte*, pp. 2023 ff.; Bailey, "The United Nations Secretariat" in *The Evolution ofInternational Organisations* (ed. E. Luard), London, 1966, p. 92, and Bailey, *The Secretariat of the UN*, London, 1962; Meron, *The UN Secretariat*, Lexington, 1977; S. Schwebel, *The Secretary-General of the United Nations*, Cambridge, MA, 1952, and Schwebel, "The International Character of the Secretariat of the United Nations" and "Secretary-General and Secretariat" in *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, pp. 248 and 297 respectively; A. W. Rovine, *The First Fifty Years: The Secretary General in World Politics, 1920—1970*, Leiden, 1970, and generally *Public Papers of the Secretaries-General of the United Nations* (eds. A. W. Cordier and W. Foote, and A. W. Cordier and M. Harrelson), New York, 8 vols., 1969—77. See also Simma, *Charter*, pp. 1191 ff., and below, p. 1222.

[50] 参看 Bailey, "United Nations Secretariat".

[51] 包括服务各种机关、理事会和会议;协调秘书处、专门机构和其他政府间组织的活动;筹备研究和报告以及筹备联合国年度预算的责任。秘书长也作为广泛的多边条约的保管人,并且根据第 98 条,就该组织的工作提交年度报告。

力并不经常用到。[52] 实践中,秘书长的角色已超出了《宪章》中的各种规定。尤其是,秘书长在实施斡旋以便解决或抑制国际危机方面发挥了重要作用。[53] 此外,秘书长还处于标志或可能影响发展的重要位置。例如,布特罗斯·加利博士发表的《和平议程》[54]以及科菲·安南发表的《大自由》[55]都成为尤为重要的事件。 1216

在很多争端之中,联合国其他机关授予秘书长的职能使得他可以增加该组织的影响。[56] 一个显著的例子发生于 1960 年代的刚果危机中,后来的安理会决议授权秘书长在很宽泛的条件下采取行动。[57] 秘书长采取行动的能力的另一个例子是 1967 年从中东撤回维和部队的决定,这消除了开战的一个重要的心理障碍并引起了相当多的批评。

联合国的第六个主要机关是作为常设国际法院继承者而成立于 1946 年的国际法院。[58]

和平解决争端[59]

国际联盟[60]

《联合国宪章》中的规定在很大程度上是建立在《国际联盟盟约》的基础之上,并根

---

[52] 例如,在 1950 年朝鲜战争危机、1960 年刚果危机以及 1979 年伊朗人质问题上,第 99 条都被援引:参见 *Yearbook of the UN*, 1979, pp. 307—12,另见 S/13646 and S. Schwebel, "The Origins and Development of Article 99 of the Charter" in *Justice in International Law*, p. 233.

[53] 参见下文,第 1222 页。

[54] 《秘书长根据 1992 年 1 月 31 日的高峰会议通过的声明所作的报告》,纽约,1992 年。

[55] A/59/2005.

[56] 第 98 条,另见 J. Pérez de Cuélar, "The Role of the UN Secretary-General" in Roberts and Kingsbury, *United Nations, Divided World*, p. 125.

[57] 见下文,第 1226 页。

[58] 参见上文,第 19 章。

[59] 参看 M. Raman, *Dispute Settlement through the United Nations*, Oxford, 1977; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edn, Cambridge, 2005, chapter 10; United Nations, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, New York, 1992; N. Bar-Yaacov, *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*, London, 1974, chapter 8; B. S. Murty, "Settlement of Disputes" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, p. 673; E. Luard, *A History of the United Nations*, London, 1982, vol. I; Falk and Mendlovitz, *Strategy of World Order*, vol. III; *The United Nations* (eds. R. A. Falk and S. Mendlovitz), New York, 1966; Cot *et al.*, *Charte*, pp. 1047 ff.; N. D. White, *Keeping the Peace*, 2nd edn, Manchester, 1998.

[60] 一般性参看,G. Scott, *The Rise and Fall of the League of Nations*, London, 1973, and Falk and Mendlovitz, *Strategy of World Order*, chapter 1.

据经验加以修正。《盟约》第 12 条宣布任何可能导致会员国之间冲突的争端都应以三种方式之一加以解决:仲裁、司法解决或国联理事会的调查。《盟约》第 15 条指出理事会应致力实现有关争端的解决,如果未能做到,它应公布一个报告包含案件事实和"有关于此的公正而适当的建议"。但是,这个报告对当事方没有拘束力,然而如果该报告是一
1217 致通过的,国联会员国不应与"任何遵守报告建议的争端当事方"交战。如果该报告仅是一个多数决议,国联会员国保留"采取它们认为为维护公正和正义所必要的行动之权利"。也就是说,在后一种情况下,《盟约》并没有绝对禁止会员国诉诸战争。如果一个会员国无视《盟约》而诉诸战争,就可适用第 16 条规定的各种制裁,尽管是否产生了可以适用制裁的情形是一个由各个会员国而非国联本身决定的事项。1935 到 1936 年间,实际上对意大利适用了制裁,但由于当时主导国家的政治考虑,它是以一种三心二意的方式进行的。[61]

联合国体系

联合国体系根据与该组织主要机关职能存在相对清晰的理论区分的宪制规则而建立。但是,由于国际秩序中的政治状况,这一体系未能按照宪章的规划而运作,而必须在机会出现的时候加以调整。安理会理应是联合国的执行机关,而大会则是议事机关。两个机关都能够通过相对传统的讨论、斡旋和调停机制帮助和平解决争端。只有安理会可以为恢复国际和平与安全通过第七章中的方式作出拘束性决议。但是发展模式已证明这不是很有益于清晰的分类。紧接着苏联解体和冷战的确然结束,联合国秘书长作出了一个详述联合国可用于寻求争端解决的方法和机制的有影响力的尝试。

在《和平议程》中[62],秘书长在强调构成该组织基石的尊重各国基本主权和国家完
1218 整的同时,指出了影响单个国家和整个国际社会的迅速变化[63],并强调了联合国在确保和平方面的角色。该报告试图对该组织正采取和可以采取的行动类型加以分类。*预防性外交*是防止国家间发生争端的行动,防止现有争端扩大为冲突并在后者发生的时候限制其扩大。这包括事实调查、斡旋和友好使团等努力。[64] *缔造和平*包括使敌对当事方达成协议的行动,以及利用《宪章》第六章中阐述的和平方式。[65] *维持和平*就是在实地

---

〔61〕 参看 Scott, *Rise and Fall*, chapter 15.

〔62〕 大会在第 47/120 号决议中对此表示支持。另见《秘书长关于执行 1992 年报告中的建议的报告》,A/47/965.

〔63〕 同上,第 9 页。

〔64〕 同上,第 13 页及其以下。

〔65〕 同上,第 20 页及其以下。

部署联合国的存在。[66] 建设和平就是确定和支持协助和平的结构的行动。[67] 实施和平是没有当事方同意的维持和平行动，它建基于《宪章》第七章中的执行条款。[68]

2001 年 9 月 11 日对世界贸易中心的攻击"烘托了恐怖主义的全球威胁"，同时将注意力凝聚在"弱小或败落国家的重建"。[69] 秘书长还强调有必要通过预防文化和发展一个（除其他外）30 到 90 天的部署能力来取代反应文化。[70]

安全理事会

《宪章》第 1 条中规定的联合国的主要宗旨就是维护国际和平和安全，而根据第 33 条，有可能危及和平与安全的争端应"应尽先以谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用、或其他和平方法"求得解决。实际上，《宪章》在第 1 条中宣布其宗旨之一是就"以和平方法且依正义及国际法之原则，调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势"。根据第 24 条[71]，联合国会员国赋予安理会维护国际和平与安全的主要责任，而根据第 25 条[72]，各国将同意接受并执行安理会的决议。国际法院在纳米比亚案（*Namibia* case）中[73]要求注意这样一个事实，即第 25 条的规定不只局限于《宪章》第七章下的执行行动，而且也适用于根据《宪章》作出的"安理会决议"。因此，安理会根据第 24 条在实施其维护世界和平与安全的主要责任时通过的宣言可能构成 25 条之下的决议，那么会员国"会被要求依据这一代表它们作出的宣言而行动"。[74] 根据第 24 条通过的决议是否一个约束所有会员国的决议（在第七章的集体安全框架之外）[75]，这是一个需要具体问题具体分析的事项，"须考虑需要解释的决议的条款、决议前的讨 1219

---

〔66〕 同上，第 28 页及其以下。

〔67〕 同上，第 32 页及其以下。参见 2006 年建立和平建设委员会，大会决议第 60/180 号和安理会决议第 1645（2005）号，力图聚集所有相关方，调动并维持资源，并为冲突后和平建设与恢复的综合战略提出建议。参见委员会第一次会议报告，A/62/137-S/2007/458，2007 年 7 月 25 日 July 2007，以及 Chesterman *et al.*, *United Nations*, chapter 9.

〔68〕 参见《秘书长关于组织工作的报告》，纽约，1993 年，第 96 页。

〔69〕 参见《秘书长关于组织工作的报告》，A/57/1，2002 年，第 1 页，另见《秘书长关于将来变革的议程》，A/57/387，2002 年 9 月 9 日。

〔70〕 参见《实施联合国千年宣言的路线图》，A/56/326，2001 年 9 月 6 日，该千年报告可以在联合国官方网站上获得：http://www.un.org/millennium/sg/report/.

〔71〕 参看 Simma, *Charter*, pp. 442 ff.

〔72〕 同上，第 452 页及其以下。

〔73〕 ICJ Reports, 1971, pp. 16, 52—3; 49 ILR, pp. 1, 42—3.

〔74〕 这一方法受到争议，并且没有得到西方国家的接受：参看 Simma, *Charter*, pp. 457，另见 R. Higgins, "The Advisory Opinion on Namibia. Which UN Resolutions are Binding under Article 25 of the Charter?", 21 ICLQ, 1972, p. 270.

〔75〕 见下文，第 1235 页。

论、援用的《宪章》规定以及总体上，所有可能协助确定安理会决议之法律结果的情况”。[76] 根据《宪章》，安理会在明确根据第六章和平解决争端时的作用不同于它根据第七章酝酿有关威胁和平或破坏和平，或侵略行为的行动时的角色。在前一种情况下，安理会并没有作出对会员国有拘束力的决定的权力。

1220 依据其主要责任，在第 34 条下，安理会可以“调查任何争端或可能引起国际摩擦或惹起争端之任何情势，以断定该项争端或情势之继续存在是否足以危及国际和平与安全之维持”。除了调查权外，安理会可以在认为必要时要求当事方以第 33 条规定的方法解决它们的争端。[77] 如果争端或情势的继续有可能危及国际和平与安全，安理会根据其意愿，可以在争端或情势的任何阶段介入，并根据第 36 条第 1 款建议适当程序或调整方法。但是在作出这种无拘束力的建议时，它必须考虑到法律争端应提交给国际法院这一一般原则。[78] 如果争端当事方根据第 33 条下的各种方法不能解决争端，按照第 37 条，它们应将其提交给安理会。安理会在确信争端的继续有可能危及国际和平与安全时，不仅可以建议解决程序和调整办法，而且可以建议它认为适当的解决条件。

但是，一旦安理会认定存在对和平的威胁或破坏，或者存在侵略行为，它可以制定根据《宪章》第七章对联合国会员国具有约束力的决议，但是直到这个时刻之前，它只能根据《宪章》第六章发布建议。[79] 根据第 35 条第 1 款，联合国任何会员国可以提请安全理事会注意某个争端或情势，而根据第 35 条第 2 款，非会员国如果是争端当事国，“经预先
1221 声明就该争端而言接受本宪章所规定和平解决之义务后”可以将该项争端提请安全理事会注意。第三方也可能提请安理会注意争端。[80]

实践中，安理会在各种国际争端中使用了所有可用的外交技巧，用以补充公开辩论、秘密讨论和游说活动。在很多情况下，它呼吁争端各方谈判解决并要求将其告知安理

---

〔76〕 ICJ Reports, 1971, pp. 16, 53; 49 ILR, p. 43，安理会在东帝汶问题上作出的相关决议可以被认为具有拘束力，这一问题在东帝汶案中被提出，ICJ Reports, 1995, pp. 90, 103; 105 ILR, p. 226，但是法院裁决，被援引的这些决议不能够强加义务。但请比较参见 Weeramantry 法官的反对意见：ICJ Reports, 1995, pp. 205—8.

〔77〕 注意根据第 38 条，安理会可以向当事方提出有关和平解决争端的一般性建议，如果争议各方要求如此。

〔78〕 例如，在安理会建议英国和阿尔巴尼亚应将其关于科孚海峡事件的案件提交给国际法院时：参见安理会第 22 (1947) 号决议，参见 SCOR, 2nd yr, 127th meeting, 1947 年 4 月 9 日，第 727 页，另见 Luard, *History*, pp. 209—12. 但是这个例子是很例外的情况。另见安理会第 395 (1976) 号决议，呼吁土耳其与希腊就爱琴海大陆架争端进行协商，并邀请双方将此问题提交于国际法院。

〔79〕 但是，根据第 37 条第 2 款，如果安理会认为一项争端的持续可能危及国际和平与安全，它应当决定是否根据第 36 条采取行动[即建议适当的调整程序或方法]或者建议其认为适当的解决条件。

〔80〕 参见下文大会和秘书长部分。

会。在20世纪40年代晚期,安理会为荷兰—印度尼西亚争端[81]提供了斡旋活动,并且在很多其他冲突中借助调停努力,例如克什米尔[82]问题和塞浦路斯[83]问题。[84] 但是,第36条之下安理会建议程序或调整方法的情况已经相对很少了。仅在科孚海峡和爱琴海争端中,安理会建议了双方诉诸国际法院。也许,在解决特定争端中建议了应予考虑的一系列原则的最著名的安理会决议就是针对中东问题的第242号决议(1967)。这一决议指出了在中东建立公正和持久和平时应予适用的两个基本原则:第一,以色列"撤出在新近冲突中占领的领土"(即六日战争),其次,终止所有交战主张,认可该地区每个国家有权在安全并获认可的边境内和平存在。[85]

大会[86]

虽然有关维护国际和平与安全的主要责任在于安理会,但这并不意味着由联合国所有会员国组成的大会就完全没有作用可言了。大会可以讨论宪章范围内的任何问题或 1222
事项,包括维护国际和平与安全,并可以向联合国会员国或安理会提出建议[87],但条件是安理会本身没有在处理同一事项。[88] 在同样的条件下,根据第14条,大会可以"对于其所认为足以妨害国际间公共福利或友好关系之任何情势,不论其起源如何……得建议和平调整办法"。在隔离墙案[89]中,国际法院强调根据第24条,安理会在维护国际和平与安全方面负有首要的而并非必然排他性的权力,同时第12条关于大会就情势建议和平调整办法的权力所受的限制已经被不断发展的实践解释为允许大会和安理会同时处理关于维护国际和平与安全的同一事项,而大会往往采取更为广泛的视角。[90]

---

[81] 参看 Luard, *History*, chapter 9, and S/1156. 另见 S/514 and S/1234, and Murty, "Settlement", p. 721.

[82] 同上,另见 Luard, *History*, chapter 14.

[83] 参看 Murty, "Settlement", p. 721. 另见 T. Ehrlich, *Cyprus* 1958—1967, Oxford, 1974.

[84] 1948年和1967年分别任命 Count Bernadotte 和 Dr. Jarring 作为在中东地区的联合国调停人。参见 Luard, *History*, chapters 10 and 11, and *The Arab-Israeli Conflict* (ed. J. N. Moore), Princeton, 3 vols., 1974.

[85] 242号决议也提出了其他几点,包括确保在该区域的国际水道内航行自由的需要,实现难民问题的公正解决,通过使用非军事区等措施强化该区域内每个国家领土的不可侵犯性。第242(1967)号决议被安理会第338(1973)号决议重申。

[86] 参看 White, *Keeping the Peace*, part II, and M. J. Peterson, *The General Assembly in World Politics*, Boston, 1986.

[87] 《宪章》第10、11条。

[88] 第12条。

[89] ICJ Reports, 2004, pp. 136, 148—9; 129 ILR, pp. 37, 66.

[90] 关于安理会因常任理事国使用否决权而无法行动的情况下大会处理对和平的威胁或破坏或侵略行为的权利,参见第377(V)号决议,"Uniting for Peace" resolution,见下文,第1272页。

实践中，大会的决议和宣言（无拘束力）涵盖了很广泛的领域，从殖民争端到对人权的侵犯以及国际经济事务中的公正问题。由于两个因素，大会的作用自 1945 年以来有所增加：首先，由于常任理事国（美国、英国、苏联（现在是俄罗斯）、法国和中国）很少就特定争端达成一致，安理会中否决权的存在使得该机关在很多重要争端中无能为力；其次，联合国会员国的巨大增加具有使大会及其讨论激进化的效果。更近一段时期，安理会不断增加的作用已经超过了大会的作用。

秘书长[91]

1223 正如安理会的无力刺激了对大会潜力的不断认识，它同样也强化了联合国秘书长所发挥的作用。根据《宪章》第 99 条，他有权提请安全理事会注意他认为可能威胁国际和平及安全的任何事件，这一权力补充了第 79 条下他作为联合国组织最高行政官员的职能。[92] 实际上，秘书长具有很大的裁量权，而且主要取决于特定时期该职位任职者的观点和见解，以及当时的一般政治状况。

秘书长的斡旋作用已得到快速扩展。[93] 在发挥这一作用时，秘书长努力独立于安理会和大会而行动，在与安理会的关系上，条件是当事方没有受到安理会拘束性决议的约束（例如 1990—1991 年间的科威特问题）。斡旋和调停活动的承担既可能来自于秘书长行使其固有权力之一部分的独立行动[94]，也可能是安理会[95]或大会[96]请求的结果。

1224 在有些情况下，秘书长会基于当事方的邀请而行动[97]，而在其他情况下，秘书长会与有

---

〔91〕 参看 Rovine, *First Fifty Years*, and Cordier et al., Public Papers.

〔92〕 根据第 98 条，秘书长也履行大会、安理会、经济和社会理事会托付于他的职务。

〔93〕 参看 T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, chapter 6; Perez de Cuellar, "Role of the UN Secretary-General", p. 125, and T. M. Franck and G. Nolte, "The Good Offices Function of the UN Secretary-General" in Roberts and Kingsbury, *United Nations*, Divided World, p. 143.

〔94〕 例如，参见：关于 Abkhazia, Franck, *Fairness*, p. 207, and Central America, 参看同上注。

〔95〕 例如，参见：关于中东问题，参看安理会 242（1967）号决议；关于塞浦路斯，参看 367（1975）号决议；关于东帝汶，参看 384（1975）号决议；关于纳米比亚，参看 435（1978）号决议；关于南斯拉夫，参看 713（1991）号决议。

〔96〕 例如，关于阿富汗，参看大会决议 ES-6/2, 1980，以及联合国出版的 *The Geneva Accords*, 1988, DPI/935-40420，关于柬埔寨，参看 Franck, *Fairness*, p. 184.

〔97〕 例如莫桑比克政府和莫桑比克全国抵抗运动于 1992 年签订的《罗马和平总协定》，就呼吁联合国监督其实施。莫桑比克总统呼吁秘书长负责关键的实施权限并协助其他方面包括派遣监督员：参看 Report of the Secretary-General, S/24635, 1992, and Franck, *Fairness*, p. 188，在其关于组织工作的报告（A/57/1, 2002）中，秘书长注意到他已经运用了斡旋推动缅甸的国内和解和民主化（第 5 页），并指出如果受到请求，他"将积极考虑运用斡旋"在尼泊尔寻求和平解决方式（第 4 页）。

关的区域性组织相呼应而行动。[98] 在很多情况下，秘书长会任命一个特别代表，协助寻求特定问题的解决方法。[99]

斡旋和调停活动的发展最初的产生是作为“冷战”施加给联合国行动之上的严重限制的结果。“冷战”的终止使得联合国的活动大为增加，结果，随着秘书长着力实现该组织开展的广泛行动，他的作用便得以扩展。20 世纪 90 年代中期索马里和波斯尼亚的经历，以及 1991 年和 2003 年的伊拉克战争，联合国组织都令人大失所望。

维持和平与观察员行动[100]

《联合国宪章》中并没有维和行动的明确法律依据。它们的产生并没有第 43 条详细规定的那种为联合国提供的军队和便利。因此，自联合国伊始，一系列安排和行动就已经演变而成，这些安排和行动创设了可接受的、联合国在特定危机情势中作出反应的清晰模式。这些活动的广泛基础存在于《宪章》关于安理会和大会权力的一般性规定之中。例如，安理会可以设立其认为于行使职务所必需之辅助机关（第 29 条），而那些职务规定在第 34 条（调查权）、第 36、37、38 条（建议适当程序和争端解决方法的权力）和第 39 条（维持和恢复国际和平与安全的建议或决议权）中。尤其根据第 42 条，安理会可以采取必要的空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。这是明确根据《宪章》第 1225
七章采取行动的基础所在。[101]

但是，大部分维和行动并非得到如此授权，而且第 42 条不大可能被视为所有这些行动的法律基础。根据第 98 条，安理会可以向秘书长托付职务，这一机制在实践中证明是有意义的。根据第 10 条和第 11 条，大会有广泛的权力就《联合国宪章》范围内的事项进行讨论并作出建议，其中包括有关维持国际和平与安全的建议。[102] 根据第 14 条，大会可以对于它所认为足以妨害国际间公共福利或友好关系的任何情势，无论其起源，建议

---

[98] 例如，参见：在中美洲自 20 世纪 80 年代中期开始的和平进程中与美洲国家组织秘书长呼应而行动，参看 Report of the UN Secretary-General, A/42/127-S/18688, 1987.

[99] 关于整个名单，见 http://www.un.org/Depts/dpa/prev_dip/fst_prev_dip.htm.

[100] 例如，参看 R. Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo*, Cambridge, 2007; United Nations, *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines*, New York, 2008, and UN, *The Blue Helmets: A Review of United Nations Peacekeeping*, 2nd edn, New York, 1990; D. W. Bowett, *UN Forces*, London, 1964; *The Evolution of UN Peacekeeping* (ed. W. J. Durch), London, 1994; White, *Keeping the Peace*; R. Higgins, *United Nations Peacekeeping*, Oxford, 4 vols., 1969—8 1; S. Morphet, “UN Peacekeeping and Election Monitoring” in Roberts and Kingsbury, *United Nations, Divided World*, p. 183; A. James, *Peacekeeping in International Politics*, London, 1990, and Simma, *Charter*, pp. 648 及其以下。

[101] 安理会根据第 42 条诉诸武力的权力将在下文中阐述，第 1251 页。

[102] 但是，根据第 11 条(2)款，凡对于需要行动之维持国际和平与安全之任何问题，应提交安理会。

和平调整办法。但是,它不能在这些事项中作出拘束性决议。[103] 大会还可以设立其认为于行使职务所必需的辅助机关(第 22 条)并向秘书长托付职务(第 98 条)。因为这些行动介于《宪章》第六章(争端和平解决)和第七章(执行)之间,所以人们将其称为"六章半"。[104]

维和行动本质上涉及部署联合国控制下的武装力量以控制和解决军事冲突。虽然维和行动最初设计是为了解决国家间的冲突,最近以来维和部队已被用于内战和其他国内冲突之中。同样,随着越来越多的民事职能被委托给这种部队,起初的军事部署已扩展到包含有民事人员。目前为止,已有过 63 次维和行动,目前尚有 17 个行动正在进行之中。[105] 维和与观察员行动在联合国行动的统一体之上运作,将这些行动联系起来考
1226 虑是很有帮助的。实际上,这一统一体在近些年已扩展到纳入执行行动的因素。[106]

联合国维和行动的源起可以追溯到停战监督活动。第一次此类活动发生在希腊,联合国巴尔干问题特别委员会(UNSCOB)于 1947 年在那里成立。[107] 1948 年,联合国停战监督组织(UNTSO)成立以监督 1948 年中东战争的停战。[108] 维和行动[109]的产生,是安理会在"冷战"中所面对的问题的直接结果。第一次维和行动发生于 1956 年,由苏伊士危机引起。大会设立了联合国紧急部队(UNEF)[110],将其置于敌对武装力量之间以监督

---

[103] 参看下文,第 1271 页。

[104] 参看 T. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, 2002, p. 39,似乎这是由秘书长哈马舍尔德首次使用的,参见 http://www.un.org/Depts/dpko/dpko/intro/1.htm.

[105] 参见 www.un.org/Depts/dpko/dpko/index.asp(2008 年 4 月)。

[106] 见下文,第 1257 页。

[107] 参见大会决议 109 号,其运作持续到 1954 年。另见 K. Birgisson, "United Nations Special Committee on the Balkans" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 5.

[108] 参见安理会决议 50 (1948)号,以及 M. Ghali, "The United Nations Truce Supervision Organisation" *in* Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 6,它的职能已经扩大到监督 1949 年停战协议以及 1967 年 6 月的停火安排。另见根据安理会第 47 号决议(1948)建立的、监督伊阿穆和克什米尔地区的停火的联合国印巴观察员部队(UNMOGIP):参见 K. Birgisson, "United Nations Military Observer Group in India and Pakistan" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 16.

[109] 它被秘书长界定为"联合国的战地部署,迄今经所有相关各方的同意,通常包括联合国军队和/或警察人员并时常包括平民",*An Agenda for Peace*, p. 11. 另一个定义由前联合国法律顾问提出,他指出维和军事行动是"包括在国际冲突情势下基于相关各方的同意,并且除非出于自卫不诉诸武力而使用军事人员的行动",E. Suy, "Peacekeeping Operations" in *A Handbook on International Organisations* (ed. R. J. Dupuy), Dordrecht, 1988, p. 379.

[110] 参见大会第 997 号、第 998 号以及第 1000 (ES-1)号决议。安理会不能够作出反应,因为两个常任理事国(英国和法国)直接卷入了该危机,并且否决了决议草案。参看 M. Ghali, "United Nations Emergency Force I" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 7.

英国和法国军队从苏伊士运河撤出，以色列军队从西奈半岛撤出。此后它被部署于停战线沿线直到1967年5月。第二次重要的维和行动发生在1960年的刚果危机中，这次危机在比利时给予殖民地独立之后不久爆发，导致叛变、起义和很多混战。安理会通过决议允许秘书长为刚果政府提供军事援助。[111] 这被时任秘书长哈马舍尔德博士解释为授 1227
权其建立类似联合国紧急部队的维和部队。由于安理会否决权的使用，在这种情况下如何继续，并没有给秘书长任何指示。因此，他做了很多1956年大会就中东问题曾经进行的工作。[112] 刚果危机从兵变向内战的发展意味着联合国部队（ONUC）面临着很多艰难的决定，并且这些决定大体上都须由秘书长作出。秘书长可以发挥的作用在此后的塞浦路斯危机（1964年）[113]和中东危机（1973年）[114]中以及后来针对这些地区建立的、由秘书长总指挥的联合国维和部队中得到强调。

传统维和部队的设立，无论是在1967年和1973年的中东，1960年的刚果或在1964年的塞浦路斯，都至为重要，因为这种部队往往可以在一定时间内稳定特定情势。这种联合国部队并非用来采取执行行动，而是通过在空间上分隔交战团体而充当一种和平安定的影响力量。它们有赖于驻在国的同意，并绝不可能防止已经确定的侵略。各种联合国维和行动在暂时防止重大动乱方面取得了一些有限的成功，但却未能防止1967年的 1228

---

[111] S/4387，1960年7月14日。根据1960年7月22日第S/4405号决议，安理会要求各方不得采取可能妨碍刚果恢复法律或秩序或者破坏刚果领土完整和政治独立的行动。根据1960年8月9日第S/4426号决议，理事会确认了早先的决议赋予秘书长的权力并呼吁成员国执行安理会的决定。例如，参看 G. Abi-Saab, *The United Nations Operation in the Congo 1960—1964*, Oxford, 1978; C. Hoskyns, *The Congo Since Independence*, Oxford, 1965; L. Miller, "Legal Aspects of UN Action in the Congo", 55 AIIL, 1961, p. 1, and W. J. Durch, "The UN Operation in the Congo" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 19.

[112] 参见 Abi-Saab, Congo, pp. 15 及其以下。

[113] 参见安理会决议186（1964）号。另见 Ehrlich, *Cyprus 1958—1967*, J. A. Stegenger, *The United Nations Force in Cyprus*, Columbus, 1968, and K. Birgisson, "United Nations Peacekeeping Forces in Cyprus" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 13，该部队以联合国塞浦路斯部队（UNICYP）著称。

[114] 1973年安理会建立了联合国紧急部队II（UNEF II）监督以色列—埃及的停火过程：参见决议340（1973）号以及一个关于以色列—叙利亚停火过程观察员部队：参见第350（1974）号决议。一般性参看 Pogany, *Arab-Israeli Conflict*, and M. Ghali, "United Nations Emergency Force II" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 8，同样注意安理会在1978年以色列人侵黎巴嫩之后根据第425号决议（1978）建立的联合国驻黎巴嫩南部维和部队（UNIFIL）：参看 M. Ghali, "United Nations Interim Force in Lebanon" in Durch, *The Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 10.

阿拉伯—以色列战争[115]以及1974年土耳其对塞浦路斯的入侵。[116] 在困难的政治形势下，人们应避免高估它们的作用。除了东道国的同意之外，维和部队还需要安理会的持续支持，如果失去或未能得到这种支持，这些部队就无以为继。[117] 与这些因素同等重要的是联合国及其会员国对完成既定使命所需的充足资源的提供。例如，波斯尼亚事件说明充足资源的缺位对这些行动的影响会多么严重。

尽管如此，维和与观察员行动确有其作用，特别是作为确保冲突情势在解决过程中不至因误解或误判而升级的一种方法尤其如此。一些新近的在这个领域内的联合国维和行动就说明了这一点。[118] 联合国在阿富汗和巴基斯坦的斡旋代表团是根据1988年4月14日关于苏联从阿富汗撤军的日内瓦协议而成立的[119]，而联合国伊朗—伊拉克军事观察团则在交战国接受要求停火的安理会第598号决议(1987)之后于同一年成立。[120] 1989年，依据纳米比亚问题的决议，联合国安哥拉核查团(UNAVEM I)开始行动，以监督
1229 古巴军队撤出安哥拉[121]，而联合国过渡时期援助团虽然最初于1978年根据安理会第435号决议(1978)成立，实际上它于1989年4月1日才开始有关纳米比亚独立进程的

---

[115] 事实上1967年5月秘书长在埃及的要求下匆忙撤回联合国紧急部队很大程度上酿成了冲突。一般性参看 Special Report of the Secretary-General on Removal of UNEF from Egyptian territory, A/6669, 1967, and T. M. Franck, *Nation Against Nation*, Oxford, 1985.

[116] 参看安理会第359(1974)号决议，谴责土耳其的入侵行动。

[117] 1979年以色列—埃及和平条约设想了部署联合国部队如联合国紧急部队监督双方建立的有限武装地带，但是由于苏联的行动，联合国紧急部队II的授权于1979年7月终止；参看 M. Akehurst, "The Peace Treaty Between Egypt and Israel", 7 *International Relations*, 1981, pp. 103 5, 1046, and M. N. Shaw, "The Egyptian-Israeli Peace Treaty, 1979", 2 *Jewish Law Annual*, 1980, pp. 180, 185，结果，双方和美国建立了一个独立于联合国的特别多国武装和观察员部队：参见20 ILM, 1981, pp. 1190 ff. 另见 M. Tabory, *The Multinational Force and Observers in the Sinai*, Boulder, 1986, and James, *Peacekeeping*, pp. 122 及其以下。

[118] 一般性参看 White, *Keeping the Peace*.

[119] 参见 S/19836 和安理会决议622(1988)号，这一行动持续到1990年；见 Morphet, "UN Peacekeeping", p. 213. 另见 K. Birgisson, "United Nations Good Offices Mission in Afghanistan and Pakistan" in Durch, Evolution of UN Peacekeeping, chapter 18.

[120] 这是为了监督停火并持续到1991年；参看 Morphet, "UN Peacekeeping", p. 213, and B. Smith, "United Nations Iran-Iraq Military Observer Group" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 14.

[121] 安理会决议626(1988)号。1991年撤出完成。于是安理会建立了联合国安哥拉核查团II(UNAVEM II)，监督安哥拉政府和争取安哥拉彻底独立全国同盟反叛军达成的和平协定的实施：参见安理会决议696(1991)号，和 V. P. Fortna, "United Nations Angola Verification Mission I" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 21, and Fortna, "United Nations Angola Verification Mission II" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 22. 该行动于1995年2月结束。

行动。[122] 在西撒哈拉举行全民公决的努力正得到联合国西撒哈拉全民公决代表团(MINURSO)的协助[123],此外,联合国成立了伊拉克—科威特观察团(UNIKOM)以监督海湾战争后这两个国家之间的非军事区。[124]

其他重要而复杂的维和与/或观察员活动还包括观察厄立特里亚关于脱离埃塞俄比亚的全民投票[125]以及1994年南非选举[126],监督东斯拉沃尼亚(Slavonia)、巴拉尼亚和西锡尔米乌姆(克罗地亚)的非军事化以及监督难民的返回、训练警力、组织选举和协助在 1230
该地区排雷等[127],监督克罗地亚普雷维拉卡半岛的非军事化[128],协助海地政府实现警察职业化并维护安全环境等。[129]

联合国埃塞俄比亚和厄立特里亚特派团是一个更为传统的行动,其目的是监督这两个国家间的停火协议并协助它们划分边界。[130] 联合国格鲁吉亚观察团自1993年起一

---

[122] 安理会决议632(1989)号。UNTAG监督南非部队的撤离,将SWAPO部队限制在安哥拉和扎伊尔的各自基地内,并协助选举过程。这一行动于1990年3月结束。参见V. P. Fortna, "United Nations Transition Assistance Group in Namibia" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 20. 1992年,联合国成立了联合国莫桑比克行动(ONUMOZ)以监督政府与莫桑比克全国抵抗运动(RENAMO)之间的和平协定:参见安理会决议第797(1992)号。这一行动于1994年12月结束。另见联合国核查尼加拉瓜选举观察团(ONUVEN)被派遣监督1987年埃斯基普拉斯协议后该国举行的选举。这是第一个在独立国家监督选举的选举观察团:参见安理会决议第637(1989)号。另见Morphet, "UN Peacekeeping", pp. 216及其以下, and Franck, *Fairness*, pp. 105及其以下。

[123] 参看安理会第690(1991)号决议,另见W. J. Durch, "United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara" in Durch, *Evolution of UN Peacekeeping*, chapter 23. 另见联合国驻萨尔瓦多观察团,其建立旨在核查萨尔瓦多内战中的政府和叛军之间遵守1990年的协定,包括人权条款:参见第693(1991)号决议。

[124] 见安理会第689(1991)号决议。另见联合国驻柬埔寨先遣团(UNAMIC),根据该国内战中的和平努力而成立,后被联合国柬埔寨过渡当局(UNTAC)所取代:参见安理会决议第717(1991)号和745(1992)号。见上文,第5章,第231页。

[125] 见安理会第47/114号决议,1992年,以及联大第A/47/544号决议。

[126] 见安理会第894(1994)号决议,派出了超过1800名选举观察员:参见Franck, *Fairness*, p. 107.

[127] The UN Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium (UNTAES):见安理会第1037(1996)号决议。该行动既有军事成分,也有民事成分。

[128] The UN Mission of Observers in Prevlaka (UNMOP),见安理会第1038(1996)号决议。

[129] 联合国海地支助团(UNSMIH):参见安理会第1063(1996)号决议。1996年6月,这一支助团继承了根据第867号决议(1993)设立的联合国海地特派团(UNMIH)以协助在该国的军事和警察力量。但是,它被阻止部署。在第940号决议(1994)中,安理会授权设立多国部队(MNF):参见下文第1239页,并且扩大了UNMIH的授权和范围。在恢复了被赶下台的总统以及随后举行的选举后,UNMIH接管了多国部队的责任(1995年3月)。

[130] 例如,参看安理会第1312(2000)号、第1320(2000)号和第1640(2005)号决议。这一使命被延续多次:参见最近的决议第1798(2008)号。

直致力于解决格鲁吉亚的阿布哈兹冲突。它的使命自那时起便不断扩展。[131] 联合国在东帝汶走向独立方面发挥了广泛作用。在没有实施印度尼西亚占领下的领土上的人民就他们的未来作出决定之前，联合国东帝汶特派团于1999年成立，其使命是对过渡时期加以监督。在选举和独立投票之后，亲印尼的民兵组织发起了一场暴力运动，在与印尼达成协议之后，联合国通过了第1264号决议(1999)，成立了一支澳大利亚指挥下的多国部队以恢复和平与安全。第1272号决议(1999)设立了联合国东帝汶过渡行政当局，它有权在独立之前管理该领土。在2002年5月东帝汶领土独立之时，联合国东帝汶援助团成立并取代了东帝汶过渡行政当局。[132] 一个更为传统的维和部署是2006年8月在
1231 黎巴嫩，促使以色列撤军并允许黎巴嫩军队返回黎巴嫩南部，之后黎巴嫩真主党控制了该地区一段时期。[133]

维和与观察员活动的实际行为的法律框架反映出了它们作为联合国机关的地位，因此，它们受到规范整个联合国组织的法律的调整，例如有关联合国人员特权与豁免[134]以及责任的法律。[135] 联合国会对维和部队以及观察员团体成员违反法律的行为负责，而另一方面，也能够为其人员的损失和伤害主张赔偿。当部队驻扎在一国领土之上时，一般的做法是该国与联合国就设备、物资、人员和财产的特权与豁免以及争端解决程序达成协议。1990年，秘书长制作了一份《维和行动部队地位示范协定》[136]，它涵盖了这些事项。例如，它指出维和行动及其成员应尊重所有当地的法律和规章，而有关政府承诺尊重该行动的完全国际性质。它也涉及到了管辖和军事纪律问题。1994年，联合国还通过了《联合国人员和有关人员安全公约》，以处理不属于《宪章》第七章授权的执行行动、与当地武装战斗并根据武装冲突法进行的联合国行动中的情况。

东道国与联合国应尽快缔结一项关于联合国行动和所有参与行动人员的地位协议，包括特权和豁免问题(第4条)，并规定联合国及其人员应尊重东道国的法律和规章并避免从事与其职务的公正性和国际性不相容的任何行动或活动(第6条)。公约规定应将蓄意对联合国人员或有关人员进行谋杀、绑架，或对联合国人员或有关人员的公用驻

---

〔131〕 例如，参看安理会第849(1993)号、第881(1993)号、第1077(1996)号、第1364(2001)号、第1393(2002)号、第1427(2002)号、第1462(2003)号以及第1494(2003)号决议。

〔132〕 参见第1410(2002)号决议，关于东帝汶和科索沃的管理，另见上文，第5章，第232页。另见安理会于2007年成立的联合国—非洲联盟达尔富尔维和部队，见下文，第1280页。

〔133〕 参见决议第1701(2006)号。

〔134〕 尤其注意1946年《联合国特权与豁免公约》。

〔135〕 另见 Simma, *Charter*, pp. 694 及其以下。

〔136〕 联大第A/45/594号决议。

地、私人寓所或交通工具进行暴力攻击等行为定为国内法上的犯罪行为(第 9 条),而缔 1232
约国应采取必要措施,以在罪行发生在本国境内(或在本国登记的船舶或航空器上)或嫌疑犯是本国国民的情况下,确立其对这些罪行的管辖权(第 10 条)。此外,如果犯罪行为是惯常居住该国境内的无国籍人所为或是针对该国的国民,或企图迫使该国从事或不从事某种行为时,该缔约国也可以确立管辖权(第 10 条)。[137]

联合国部队是否应遵守武装冲突法或国际人道主义法的问题[138]是有争议的。既然联合国受到一般国际法的约束,自然它也受到有关武装冲突的习惯法规则的约束[139],但包含在联合国非其缔约方的条约中的规则除外。联合国在各个国家进行各种涉及军事人员的执行或维和行动时是否受到国际人道法的约束?这个问题的根本在于这些联合国行动可否被适当地归为"武装冲突"。[140] 将国际人道法适用于各种行动的问题一直受到关注,1991 年,一个关于此问题的模范协议得以提出。虽然就联合国执行行动来看,这并不是个大问题,因为长期以来各国都公认人道法规则应予以适用[141],虽然由于《联合国人员和有关人员安全公约》第 2 条第 2 款规定该公约不适用于应"适用国际武装冲突法"的联合国执行行动,因此存在一种抵消压力,然而,当联合国涉及具有维和兼执行性质的混合行动时,困境就出现了。但是,1991 年 5 月秘书长准备的示范协议规定"联合国维和行动应遵守并尊重可适用于军事行动的一般国际公约的原则和精 1233
神"[142],而且联合国与东道国签订的部队地位协议通常都包括一条人道法予以适用的规定。[143]

1999 年 8 月 6 日,联合国秘书长讨论了这一难题并发表一个声明宣称:

---

[137] 该公约也处理引渡(第 13—15 条)和对被控罪犯的公正待遇(第 17 条)。

[138] 参见上文,第 12 章。

[139] 参见 S. Will, "Occupation Law and Multi-National Operations: Problems and Perspectives", 77 BYIL, 2006, pp. 256, 277.

[140] 参见 L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edn, Manchester, 2000, chapter 20.

[141] 参看 D. W. Bowett, *United Nations Forces*, London, 1964, p. 56.

[142] 这些公约包括 1949 年《日内瓦公约》和 1977 年议定书以及 1954 年《保护文化财产公约》:参见 Green, *Armed Conflict*, p. 344; C. Greenwood, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations", 1 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, p. 3, and D. Shraga, "UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Responsibility for Operations-Related Damage", 94 AJIL, 2000, p. 406.

[143] 例如,参看 1993 与卢旺达签订的关于在该国的联合国使团地位的协议,Shraga, "UN Peacekeeping Operation", p. 325,脚注 16, 和 S/26927, 1993, para. 7,同样注意国际法研究院通过的决议,声明武装冲突法适用于联合国,54 (II) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1971, p. 465, and 56 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, p. 540.

> 当联合国部队作为战斗人员积极介入武装冲突情势时，在他们卷入的范围和时段内，国际人道法的基本原则和规则……适用于他们。因此它们也适用于执行行动，或在自卫时允许使用武力的维和行动。[144]

结论

就最广义的战略意义而言，维持和恢复世界和平在联合国体系的运作中尚未取得巨大成功。它只是国际争端解决中的一个附加因素，而且这个因素经常受制于政治压力。自联合国伊始，它在有些重大冲突和争端中只起到了最小的作用，无论是 1962 年的古巴
1234 导弹危机还是越南战争，苏联对捷克斯洛伐克和阿富汗的入侵抑或是尼日利亚和安哥拉的内战。

尽管如此，随着"冷战"的结束，以及苏联，即后来的俄罗斯态度的根本变化，联合国的地位得到了改善。[145] 得到更多强调的是在与美国不断增加合作的条件下联合国的重要性。这开始对联合国的工作和成就产生重大影响。新的合作思维导致纳米比亚独立的协议，而在为柬埔寨问题寻求解决方法时，安理会五个常任理事国取得了巨大进展。久拖不决的伊拉克争端以及如何处理其不能以全面落实安理会第 687 号(1991)决议的问题，随着 1441 号(2002)决议的通过似乎标示出取得进一步成就时刻的到来。但是，安理会的全体一致破裂了，在深重的分裂之中，美国和英国于 2003 年 3 月开始了针对伊拉克的军事行动。[146]

就过去的经验而言，联合国从事的行动范围和程度是令人吃惊的。现在，联合国行动不仅可在维和的传统意义上用于稳定紧张形势，也可以用于执行重要的管理职能；审核国际和国内的和平协议；监督人权协定的实施；监督和管理选举；训练并指导警察部

---

[144] ST/SGB/1999/13 (*Bulletin on the Observance by UN Forces of International Humanitarian Law*). 根据官方的《联合国维持和平行动：原则和准则》，第 15—16 页，这一声明确立了"适用于联合国维和人员的国际法基本原则和规则"。另见 P. Rowe, "Maintaining Discipline in United Nations Peace Support Operations", 5 *Journal of Conflict and Security Law*, 2000, pp. 45, 52 ff.; A. J. T. Dörenberg, "Legal Aspects of Peace-keeping Operations", 28 *The Military Law and Law of War Review*, 1989, p. 113; F. Hampson, "States' Military Operations Authorised by the United Nations and International Humanitarian Law" in *The United Nations and International Humanitarian Law* (eds. L. Condorelli, A. M. LaRosa and S. Scherrer), Paris, 1996, p. 371; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4th edn, Cambridge, 2005, pp. 162—3, and Will, "Occupation Law", pp. 274 及其以下。

[145] 例如，参看 A. Roberts and B. Kingsbury, "The UN's Role in International Society since 1945" in Roberts and Kingsbury, *United Nations*, Divided World, p. 1.

[146] 参见下文，第 1255 页。

队;监督撤军和非军事化安排以及协助排雷行动。

秘书长强调维和行动有三个重要原则。[147] 它们是各方同意、中立和不使用武力。虽然这三点描述了传统的维和与观察员行动的特点,即便它们在90年代已经有所扩展,但是它们并不必然适用于《宪章》第七章规定的一种新形式的维和行动。[148] 为了重整这一结构,秘书长任命了一个联合国和平行动问题小组进行彻底研究。小组报告中提出了一系列建议。[149] 这些建议包括鼓励秘书长在紧张地区更经常地使用事实调查团以支持 1235
短期的危机预防行动以及一种观念的转变,即在和平行动中使用民事警察和相关的法治要素,这些要素强调加强以团队思维关注维护法治和人权。[150] 该小组重申当地各方的同意、公正以及仅在自卫时使用武力构成"维和的基本原则",但也注意到,同意有时候可以被操纵而公正必须考虑对联合国原则的遵守。在一方违反这些原则时,平等对待是无法接受的。[151] 该小组还呼吁完善备用安排以使部队能够"满足该小组所主张的健全维和部队的需要"[152]并"针对那些违反其和平协议义务或试图以武力破坏协议的人,健全交战规则"。[153] 该小组还提出了很多其他建议,并启动了实施程序。[154] 2006年秘书长提出了"维和行动2010年"改革战略[155]并启动了一项支持维和行动方面的重大改革。[156]

---

[147] 《和平议程》附件,联大第A/50/60号决议,1995年,第33段。另见《联合国维持和平行动:原则和准则》,第3章。

[148] 见下文,第1257页。

[149] 参见A/55/305-S/2000/809, 2000年8月21日 and 39 ILM, 2000, p. 1432. 该报告也因其主席的名字而被称为布拉希米报告。

[150] 同上, paras. 29及其以下。

[151] 同上, paras. 48及其以下。

[152] 同上, paras. 86及其以下。

[153] 同上, para. 55.

[154] 参看秘书长关于执行2000年10月20日第A/55/502号决议、2001年6月1日第A/55/977号决议以及2001年12月21日第A/56/732号决议的报告。

[155] A/60/696, paras. 6及其以下。

[156] 参见A/62/11, paras. 51及其以下 and Press Release GA/SPD/382, 31 October 2007. 截至2008年1月,超过10万人参与了维和行动,资金来自119个国家超过70亿美元。巴基斯坦(10,616),孟加拉(9,717)和印度(9,345)构成了最大的正规维和人员派遣国,而美国(26%),日本(17%)和德国(9%)是提供预算最多的国家:参见UN Peacekeeping Factsheet, DPI/2429/rev.2, February 2008.

集体安全体制[157]

联合国建立的维护国际和平与安全的体制意欲在规定上全面化而在适用上普遍化。
1236 它常被称为一种集体安全体制，因为一个遭遇不公的国家会受到所有国家的保护而作恶者则受到所有国家的惩罚。1945 年以来集体安全的历史体现了灵活性和文本解释是如何防止这一体系免于彻底失败的。

安全理事会

借以实现这一目的的最初计划将主要的重点置于安理会的作用之上，虽然实践中该计划在一定程度上已被改变。根据《联合国宪章》第 24 条，安理会被赋予了维护国际和平与安全的主要责任，根据第 25 条其决议对所有会员国具有拘束力。因此，人们指望安理会完成一种积极的、执行性的职能。

虽然安理会根据《宪章》第六章所采取的和平解决争端的行动完全是建议性的，但是根据第七章有关威胁和平或破坏和平，或侵略行为的事项会引起安理会作出决议的权力。这是一个重要的特点，它强调在体制内赋予维护和平的优先性以及安理会为实现这一目标而被授予的权限范围。第 103 条使该体系得到完善，该条宣布《宪章》之下的义务优先于其他国际协议中的义务。[158]

---

[157] 例如，参看 Chesterman *et al.*, *United Nations*, chapter 10; Cot *et al.*, *Charte*, pp. 1131 ff.; Denis, *Pouvoir Normatif*; A. Novosseloff, *Le Conseil de Securite des Nations Unies et la Maîtrise de la Force Armée*, Brussels, 2003; E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, 2004; Franck, *Fairness*, chapter 9; C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2nd edn, Oxford, 2004, chapter 7; D. Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford, 1999; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, chapter 15; P. M. Dupuy, "Sécurité Collective et Organisation de la Paix", 97 RGDIP, 1993, p. 617; G. Gaja, "Réflexions sur le Rôle du Conseil de Sécurit dans le Nouvel Ordre Mondial", *ibid.*, p. 297; T. M. Franck and F. Patel, "UN Police Action in Lieu of War: 'The Older Order Changeth'", 85 AJIL, 1991, p. 63; C. Gray, "A Crisis of Legitimacy for the UN Collective Security System?", 56 ICLQ, 2007, p. 157; Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p. 989, and Simma, *Charter*, pp. 701 及其以下。

[158] 参见 *Lockerbie case*, ICJ Reports, 1992, p. 3; 94 ILR, p. 478，但是参看劳特派特法官在 *Genocide* (*Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia* (*Serbia and Montenegro*)) 案第二个临时措施令中对 103 条的讨论，ICJ Reports, 1993, pp. 325, 440; 95 ILR, pp. 43, 158, 以及贝加韦法官在"洛克比"案中的讨论，ICJ Reports, 1992, pp. 3, 47; 94 ILR, pp. 478, 530. 另见 Cot *etal.*, *Charte*, pp. 2133 ff., and A. Toublanc, "L'Article 103 et la Valeur Juridique de la Charte des Nations Unies", 108 RGDIP, 2004, p. 439.

情势之断定

在安理会采取有关世界和平的执行措施之前,《宪章》第 39 条要求它必须首先"断定任何和平之威胁、和平之破坏、或侵略行为之是否存在"。这是集体安全体制的关键所 1237
在。一旦作出了这种判断,这种判断可能是根据《宪章》第 39 条用语隐含之义而作出[159],采取建议或决议以处理该情势的道路就畅通了。第七章执行措施的采用构成《宪章》第 2 条第 7 款所指出的原则的例外,根据该款,没有授权联合国"干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件"。

在这个契合点上就提出了和平之威胁、和平之破坏、或侵略行为的定义问题。实践中产生的答案就是:这取决于具体情况,也取决于安理会五个常任理事国(英国、美国、俄罗斯、中国和法国)与有待审议的问题的关系,因为任一常任理事国的反对票都足以阻止程序性决议以外的所有安理会决议。[160]。

威胁和平是第 39 条规定的最为宽泛的分类,也是最不容易界定的一个分类。在某种意义上,它是当破坏和平或侵略行为所需的条件看似不存在的时候安理会行动的安全网。它也是随着构成对国际和平与安全的威胁概念的扩大化而迅速发展的一个分类。尤其是,这一概念已被用来涵盖从前本应受到《宪章》第 2 条第 7 款保护的国内情势。

对和平的威胁首次断定于 1948 年的中东战争,安理会在第 54 号决议(1948)中认定,邻接前托管领土巴勒斯坦的阿拉伯国家进入该领土从事针对新生国家以色列的敌对行动,由此造成的冲突情势构成"第 39 条意义中的和平之威胁"并要求各方停火。在第 221(1966)号决议中,安理会断定罗得西亚的白人少数政权构成对和平的威胁。[161]

随着"冷战"的结束,安理会得以将其在第七章之下的活动扩展到相当广泛的程度。在第 713 号决议(1991)中,安理会认定前南斯拉夫的情势[162]构成对和平的威胁,在第 1238
733 号决议(1992)中,它认为索马里的局势构成对和平的威胁。在第 794 号决议(1992)中,安理会强调"索马里冲突所导致的人类灾难的程度,并进而由对人道援助分配的障碍所加剧的局势,是对国际和平和安全的威胁"。[163] 在第 788 号决议(1992)中,安理会认定不断恶化的利比里亚内战局势构成对国际和平的威胁,而在第 955 号(1994)决议中,它认为卢旺达的种族灭绝构成对国际和平与安全的威胁。后面三种情形明显属于内战,

---

[159] Gray, *Use of Force*, p. 197.

[160] 《联合国宪章》第 27 条。

[161] 另见安理会第 217 (1965)号决议。

[162] 这一情势的特点在于"导致大量人员伤亡和物质损失的战斗,并且对该地区的国家,特别是相邻国家的边界地区产生影响",同上。

[163] 另见安理会第 751 (1992)号决议。

而在 1991 年决议通过之前的南斯拉夫局势也可以说是内战情势，虽然这个更为复杂一些。后来的有关前南斯拉夫的决议都断定存在对和平的威胁。[164] 在另一个具有重要意义的动作中，安理会也断定“对国际人道法的广泛违反”构成对和平的威胁。[165] 有关塞拉利昂局势的决议[166]确认该国内战构成对国际和平的威胁，而关于刚果民主共和国中内战与外国干涉相混合的冲突的决议认定其中存在“对该地区国际和平与安全的威胁”。[167]

实践中，威胁国际和平与安全意义的进一步扩展与利比亚有关。在第 748 号决议(1992)中，安理会断定“利比亚政府之未以具体行动证明其对恐怖主义的放弃，特别是其持续不予充分而有效地回应第 731 号决议(1992)中的要求[168]，构成对国际和平与安
1239 全的威胁”。还有，在第 1070 号决议(1996)中，安理会认定苏丹不遵循其早先决议的行为[169]构成对国际和平与安全的威胁，这些决议要求其向埃塞俄比亚引渡其领土上的试图暗杀埃及总统的嫌疑犯。在以上两种情形中，在断定对和平的威胁的情况中都提到了“国际恐怖主义”。这是打击此种现象的一个重要步骤，因为它为在这种情况下施加拘束性制裁铺平了道路。紧随 9·11 纽约世贸中心和五角大楼爆炸之后通过的第 1368 号(2001)决议和第 1372 号(2001)决议加强了这种步骤。[170]

海地局势同样标志着安理会在何谓威胁国际和平与安全理解上的发展。联合国观察团于 1990 年在该国监督了一场选举，但是在 1991 年 9 月 30 日，当选总统阿里斯蒂德却被驱逐出境。在一个体现危机局势中联合国各机关之间增长的互动的过程中，秘书长在 1991 年 12 月 11 日任命了一个海地事务特别代表，大会于 1993 年 4 月 20 日授权成立了一个联合国——美洲国家组织联合人权事务民事团(MICIVIH)[171]，1993 年 6 月 16 日，安理会对海地实施了武器和石油禁运，并且自 6 月 23 日起，除非秘书长和美洲国家组织提出此种措施没有必要继续实施。[172] 安理会提出一个事实，即“让·伯纳德·阿里斯蒂德总统的合法政府”尚未恢复，并指出“人道危机事件，包括大规模人口流离失所，

---

[164] 例如，参看安理会第 743 (992)号、第 757 (1992)号、第 787 (1992)号以及第 827 (1993)号决议。

[165] 关于前南斯拉夫，参见安理会第 808 (1993)号决议；关于卢旺达，参看安理会第 955 (1994)号决议。

[166] 参见下文，第 1263 页。

[167] 参见下文，第 1264 页。

[168] 该决议要求将在洛克比上空的飞机上声称要制造爆炸的人引渡到美国或英国。

[169] 安理会决议 1044(1996)号和 1054(1996)号。

[170] 见上文，第 20 章，第 1162 页。

[171] 参见大会决议 47/20 B 号。

[172] 安理会决议 841(1993)号。

正变成或加剧对国际和平与安全的威胁”。[173] 因此，安理会断定“在这些独特而非同寻常的情况下”，局势的持续构成了对国际和平与安全的威胁。这样，虽然安理会并没有宣布推翻合法政府本身构成对和平的危险，但显然它是一个诱发因素，与其他事项相结合就能够作出第39条下可以引致拘束性制裁的断定。这些制裁在1993年7月3日总督 1240
岛协议签署之后被暂停。[174] 但是，在第873号决议(1993)中，安理会断定海地军事当局不履行该协议中的义务的做法构成了对国际和平与安全的威胁，并重新施加制裁。[175] 正如上诉法庭在“塔迪奇”案中所称：

> 事实上，安理会有关将内战或国内冲突归为“和平之威胁”并根据第七章加以处理的实践非常丰富……因此，可以认为存在着得到联合国会员国普遍的“后续实践”所表明的共同认识，即作为类型之一，第39条中的“和平之威胁”可能包括国内武装冲突。[176]

在第1540(2004)号决议中，安理会进一步申明核武器、化学武器和生物武器及其运载工具的扩散，对国际和平与安全构成威胁，并着手设立一个由安理会的委员会监督的制裁机制。

经过几十年的讨论和考虑，联合国大会终于在1974年就侵略定义达成了一致。[177] 第1条规定侵略是指一个国家使用武力侵犯另一个国家的主权、领土完整或政治独立，或与《联合国宪章》不符的任何其他方式使用武力。第3条给出了侵略行为的很多例子，包括一个国家对另一国家的领土使用武器，一个国家的武装部队封锁另一国家的港口或海岸[178]，一个国家的武装部队攻击另一国家的陆、海、空军，以及一个国家或以其名义派遣武装小队对另一国家进行武力行为。[179] 这种对侵略概念某些特点的说明可能对安理会有些用处，然而安理会保留在根据第39条作出断定之前研究所有相关情况的权 1241

---

〔173〕 在第688号决议(1991)中，已经确认伊拉克在其国家的不同地区包括库尔德人居住的地区镇压平民，因而造成大量难民涌入土耳其和伊朗边境，其结果威胁到国际和平与安全。

〔174〕 安理会第861(1993)号决议。

〔175〕 安理会第873(1993)号决议。另外一些制裁由第917号决议(1994)加以规定。在以美国为主导的海地军事行动后总统阿里斯蒂德复位，制裁最终于1994年由第944号决议取消。

〔176〕 105 ILR, pp. 419, 466.

〔177〕 大会第3314(XXIX)号决议。

〔178〕 例如，1967年5月对以色列港口埃拉特的封锁，上文，第20章，第1138页。

〔179〕 参见“尼加拉瓜”案，ICJ Reports, 1986, pp. 14, 103—4; 76 ILR, pp. 349, 437。

利,包括任何特定事件的严重性。[180]

对实际破坏和平的认定有过四次。1950 年,由于朝鲜半岛发生战争,安理会通过决议断定对和平的破坏已经发生并要求会员国支援韩国;[181]在第 502 号决议(1982)中,安理会断定在阿根廷入侵以后,福克兰群岛地区已经发生对和平的破坏。安理会第三次作出破坏和平的认定是在有关两伊战争的第 598 号(1987)决议中,而第四次则是第 660 号决议(1990),其中安理会断定"伊拉克对科威特的入侵存在对国际和平与安全的破坏"。

第七章的措施[182]

不涉及使用武力的措施[183] 一旦安理会认定某个特定争端或情势涉及对和平之威胁或侵略行为,那么采取进一步措施的道路便畅通了。但是,在这种进一步措施之前,可以为防止局势恶化而采取临时行动。《宪章》第 40 条所规定的这种行动[184],并不影响各方的权利或主张,其目的是作为稳定危机局势的临时措施。安理会在这一规定下所采取的行动通常包括号召停火(如在 1967 年和 1973 年的中东)[185]以及呼吁从外国领土撤
1242 军。[186] 但是,安理会采取临时措施经常具有远远超过纯粹临时措施的效果。它们可以产生一种更为平静的气氛以便谈判解决困境,并可能在安理会要求临时措施的决议所设定的基础之上准备好了解决争端的步骤。

一旦安理会断定某个局势的存在构成对和平之威胁、和平之破坏或侵略行为,它所采取的行动可能有两种。既可能是实施第 41 条下不使用武装力量的措施,例如中断经济关系或断绝外交关系,也可能是号召使用第 42 条下维护或恢复国际和平与安全所必需的武力。

---

〔180〕 安理会作出的第一个有关侵略的断定是 1976 年就南非对安哥拉采取的行动,安理会第 387(1976)号决议。另见谴责罗德西亚对莫桑比克采取行动的安理会第 411(1977)号决议,谴责以色列对位于突尼斯的巴勒斯坦解放组织总部采取行动的第 573(1985)号决议,以及谴责伊拉克对在科威特的外交设施和人员的侵略行为的安理会第 667(1990)号决议。

〔181〕 安理会第 S/1501 号决议。

〔182〕 参看 P. Conlon, "Legal Problems at the Centre of United Nations Sanctions", 65 *Nordic Journal of International Law*, 1996, p. 73.

〔183〕 参看 M. Doxey, *Economic Sanctions and International Enforcement*, London, 1980; J. Combacau, *Le Pouvoir de Sanction de l'ONU*, Paris, 1974; N. Schrijver, "The Use of Economic Sanctions by the UN Security Council: An International Perspective" in *International Economic Law and Armed Conflict* (ed. H. Post), Dordrecht, 1994, and *Economic Sanctions: Panacea or Peace-Building in a Post-Cold War World* (eds. D. Cortright and G. Lopez), Boulder, 1995.

〔184〕 参见 Simma, Charter, p. 729, and Cot *et al.*, *Charte*, p. 1171.

〔185〕 见安理会第 234 (1967)号决议和第 338 (1973)号决议。

〔186〕 例如,关于以色列入侵黎巴嫩,参看安理会第 509 (1982)号决议。

直到最近,安理会都没有在很大程度上利用其在第41条之下的权力。第一个不涉及使用武力的重要行动发生在罗得西亚的白人少数政府在1965年发布单方独立宣言之后。[187] 在1965年的两个决议中,安理会号召会员国不承认或支持这一非法政权,尤其是与其断绝所有经济和武器关系。[188] 次年,安理会更进一步对罗得西亚施加了有选择的强制经济制裁[189],这一制裁于1968年被扩展为全面制裁[190],虽然有些国家也确实违反了这些决议。[191] 由于签订了导致津巴布韦独立的协议,结果制裁于1979年终止。[192] 1243

但是,目前为止,安理会施加的最为全面的经济制裁是紧随1990年8月2日伊拉克入侵科威特而采取的。[193] 安理会第661号决议(1990)指出伊拉克未能立即并无条件地撤出科威特,明确根据《宪章》第七章对伊拉克施加广泛的经济制裁[194],包括禁止各国与伊拉克和被占领的科威特间的所有进口与出口[195],以及为这些目的向伊拉克和科威特转移资金。此外,安理会决定各国不应向伊拉克政府或在伊拉克或科威特从业的任何商业、工业或公用事业机构提供任何资金或任何其他财政或经济资源,并应防止其国民或其领土上的人员向伊拉克或科威特的个人或机构汇出任何其他资金[196],而毋论已有的合同或许可证。

---

[187] 例如,参看 Simma, *Charter*, p. 735; Cot *et al.*, *Charte*, p. 1195; Nguyen Quoc Dinh *et al.*, *Droit International Public*, p. 997; R. Zacklin, *The United Nations and Rhodesia*, New York, 1974; J. E. S. Fawcett, "Security Council Resolutions on Rhodesia", 41 BYIL, 1965—6, p. 103; M. S. McDougal and W. M. Reisman, "Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern", 62 AJIL, 1968, p. 1, and J. Nkala, *The United Nations, International Law and the Rhodesia Independence Crisis*, Oxford, 1985. 另见 V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law*, Dordrecht, 1990, and Gowlland-Debbas, "Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility", 43 ICLQ, 1994, p. 55.

[188] 安理会第216(1965)号和第217(1965)号决议。

[189] 安理会第232(1966)号决议。注意根据安理会第221(1966)号决议,安理会呼吁英国"通过在必要时使用武力"以防止据信为罗得西亚运送石油的船只到达莫桑比克。

[190] 安理会第253(1968)号决议,另见安理会第409(1977)号决议。

[191] 参见 N. Polakas, "Economic Sanctions: An Effective Alternative to Military Coercion?", 6 *Brooklyn Journal of International Law*, 1980, p. 289,并注意1972到1977年间美国根据伯德修正案进口罗得西亚的金属铬以及其他矿物:参见 DUSPIL, 1977, Washington, pp. 830—4.

[192] 安理会第460(1979)号决议,另见 19 ILM, 1980, pp. 287 及其以下。另外注意安理会决议418(1977)号,对南非施加了武器禁运。

[193] 参见 Lauterpacht *et al.*, *Kuwait Crisis: Basic Documents*; *The Kuwait Crisis: Sanctions and their Economic Consequences* (ed. D. Bethlehem), Cambridge, 1991.

[194] 安理会第660号决议(1990)所要求。

[195] 严格用于医疗目的以及在人道主义情形下的供应品、粮食除外,第3(c)段。

[196] 专用于严格限定的医疗目的以及"在人道主义情形下"的供应品、粮食的支付除外,同上,第4段。

安理会还成立了一个由安理会所有会员国组成的委员会来监督这些措施的实施。[197] 根据安理会第666号(1990)决议,要求委员会持续审查伊拉克和科威特的粮食情况并密切注意粮食供给应通过联合国与红十字国际委员会或其他适当的人道机构合
1244 作,并由它们或在它们的监督下进行发放。另外,还赋予委员会审查《宪章》第50条下的援助请求的任务[198],并向安理会主席提出适当行动的建议。[199] 由于伊拉克入侵并意图吞并科威特而对伊拉克实施的有拘束力的经济制裁在安理会第670号决议(1990)中更加严格,安理会在该决议中要求所有国家,无论是否存在国际协议或合同、许可或授权,都应不予准许任何飞机自其领土起飞,如果该飞机向伊拉克或科威特或者从这些地方运载货物。[200] 此外,各国不应准许任何飞往伊拉克或科威特的飞机飞越其领空。[201]

安理会决议第665号(1990)强化了经济制裁,该决议授权那些在该地区与科威特的合法政府协调部署海军力量的联合国会员国"使用安理会授权下必要的与特定情况相称的措施"以执行对伊拉克的海上封锁。有关国家应"利用军事参谋团的适当机制"[202]来协调它们的行动并在咨询联合国秘书长之后向安理会以及根据第661号决议(1990)成立的委员会提交报告。假以长久时日,这种不寻常范围的制裁是否可能迫使伊拉克撤出科威特并不清楚,因为在1991年1月16日,开始使用武力了。

一旦建立了一套完善的经济和财政制裁措施以及监督机制,在其他情况下使用类似反应就变得较为容易了。1992年3月31日,安理会对利比亚实施了一种范围相对有限
1245 的制裁,因为后者拒绝放弃恐怖主义并拒绝充分而有效地回应第731号决议(1992)中有关向美国或英国引渡爆炸嫌疑犯的要求。[203] 这些制裁向利比亚施加了一种强制性的武器和空中禁运。它还要求各国大量降低驻利比亚的使馆和外交机构人员的数量和级别。

---

[197] 参看 M. Koskenniemi, "Le Comité des Sanctions Créé par la Résolution 661 (1990) du Conseil de Sécurité", AFDI, 1991, p. 121, and P. Conlon, "Lessons from Iraq: The Functions of the Iraq Sanctions Committee as a Source of Sanctions Implementation Authority and Practice", 3 5 Va. IIL, 1995, p. 632.

[198] 第50条规定,如果安理会采取针对任何国家的防止或执行办法,任何国家认为自己由于执行这些办法而遇到特殊经济问题,应当有权与安理会会商解决这些问题。同样注意到安理会第748号决议(1992)中也提及第50条,为利比亚施加制裁,以及第669(1990)号决议。参看 Dinstein, *War*, pp. 283—4; J. Carver and J. Hulsmann, "The Role of Article 50 of the UN Charter in the Search for International Peace and Security", 49 ICLQ, 2000, p. 528, and Cot *et al.*, *Charte*, p. 1313.

[199] 安理会第669(1990)号决议。

[200] 根据安理会或委员会授权在人道主义情形下提供食物或者严格限于医疗用途的供给除外。

[201] 除非该飞机出于检查的目的而登陆或者该飞行已经委员会批准或者该飞行被联合国证明是只用于联合国伊朗—伊拉克军事观察团(UNIIMoG)的目的。

[202] 见下文,第1251页。

[203] 安理会第748(1992)号决议。

安理会设立了一个委员会以监督对制裁的遵守。第1192号(1998)决议规定当秘书长确认被控爆炸嫌疑人已到达荷兰接受审判时,则暂停制裁。这适时地发生了[204],于是安理会主席在1999年7月9日发表声明,指出制裁因此暂停。[205]

1992年5月30日,在根据第713号决议(1991)对所有国家在前南斯拉夫领土内实施了武器禁运之后,安理会在第757号决议(1992)中对南斯拉夫联邦共和国(塞尔维亚和黑山)实施了广泛的经济制裁。[206] 这一根据《宪章》第七章通过的决议禁止从南斯拉夫联邦共和国(塞尔维亚和黑山)进口货物,并禁止各国或其国民出口或中转货物以及向南斯拉夫联邦共和国内的任何人或机构,或为在该国进行或从该国操作的商业活动的目的而销售或提供任何商品或产品。此外,该决议第5条禁止国家向南斯拉夫联邦共和国(塞尔维亚和黑山)的权力机关或向任何商业、工业或公用事业机构提供任何资金或任何其他财政或经济资源。各国也应禁止其国民或其领土上的人员向南斯拉夫联邦共和国的个人或机构提供任何其他资金或资源,除非完全是为了严格意义上的医疗或人道主义支付目的和粮食需要。[207]

这些制裁被安理会第820号决议(1993)扩展到被波斯尼亚塞族部队所控制的克罗地亚和波斯尼亚地区。此外,多瑙河被纳入了制裁控制体系之中,所有跨越陆地边界前往或来自南斯拉夫联邦共和国港口的货物(医疗物资和食品除外)运输都被禁止。[208] 第942号决议(1994)将制裁扩展到涵盖各国之内由居住于波斯尼亚塞族部队所控制的波斯尼亚地区的个人或实体直接或间接拥有或控制的实体所进行的经济活动。

随着谈判的进行,针对南斯拉夫联邦共和国的制裁逐渐减轻。[209] 在代顿协议签署后,除了针对波斯尼亚塞族部队的制裁以外,1995年11月22日的第1022号决议

---

[204] 参见 S/1999/726.

[205] 参见 S/PRST/1999/22.

[206] 根据安理会第724号(1991)决议建立了一个制裁委员会。

[207] 另参见第787号决议(1992)。该决议决定,任何船只只要其主要的或支配性的利益是由在南斯拉夫联邦共和国的个人或在该国或从该国操作的机构所掌握的,应为制裁机制的目的而视其为南斯拉夫,无论悬挂哪国旗帜。这一决议还采取了其他的海上控制措施。

[208] 第820号决议还决定,各国应扣押所有船只、运货车、机车车辆和飞机,只要其领土上的、其主要的或支配性的利益是由在南斯拉夫联邦共和国的个人或在该国或从该国操作的机构所掌握的。该决议第21段规定各国应冻结南斯拉夫联邦共和国各机关或那里的商业、工业或公用事业机构的资金,以及直接或间接由这些机关或机构或者,无论位于何地或如何组织,由这些机关或机构所拥有或控制的实体所控制的资金。

[209] 参看安理会第943(1994)号、第988(1995)号、第992(1995)号、第1003(1995)号以及第1015(1995)号决议。

(1995)撤销了武器禁运[210]并无限期暂停制裁。[211] 在波斯尼亚依据和平协议的要求进行了选举之后,第1074号决议(1996)完全撤销了制裁,制裁委员会被解散。因为科索沃局势,1998年再次实施武器禁运,但于2001年撤销。[212]

武器制裁也曾施加于索马里[213]、卢旺达[214]、利比亚[215]以及埃塞俄比亚和厄立特里
1247 亚。[216] 对塞拉利昂[217]的武器禁运扩展到包括进口原产地证书制度下非由政府控制的粗切钻石。[218] 1999年,空中禁运和资产冻结被施加于阿富汗的塔利班政权。[219] 第1493(2003)号决议将武器禁运施加于在刚果民主共和国北基伍(Kivu)、南基伍和伊图里(Ituri)境内活动的一切外国和刚果武装集团和民兵,以及不是《包容各方的全面协定》缔约方的集团[220],而在第1718(2006)号决议中,将武器禁运施加于朝鲜,呼吁停止与弹道

---

[210] 安理会第1021(1995)号决议。

[211] 这一决议还规定开放冻结的资产,"任何受到任何主张、留置、判决或抵押限制的资金或资产,或者属于任何经裁决或根据法律或该国通用的会计规则而被认为已经破产的个人、合伙、公司或其他实体的资金,应继续冻结或被扣押,直到根据可予适用的法律而予以解冻"。

[212] 安理会第1160(1998)号和第1367(2001)号决议。

[213] 见安理会第733(1992)号、第751(1992)号、第1356(2001)号、第1407(2002)号、第1425(2002)号、第1744(2007)号及第1772(2007)号决议。

[214] 参见第918(1994)号、第1005(1995)号、第1011(1995)号、第1013(1995)号、第1053(1996)号以及第1161(1998)号决议。

[215] 参见第788(1992)号决议和第985(1995)号决议。制裁经第1343号决议(2001)终止,但是在第1521(2003)号决议中被重新采用。另见第1532(2004)号和第1683(2006)号决议。这一制度最近一次被第1713(2006)号决议所延续。

[216] 参见第1298(2000)号决议。制裁经2001年5月的主席声明而终止,S/PRST/2001/14。这是首次将制裁施加于冲突双方:参见 C. Gray, "From Unity to Polarisation: International Law and the Use of Force against Iraq", 13 EJIL, 2002, pp. 1, 3.

[217] 参见第1132(1997)号决议和第1171(1998)号决议。

[218] 参见第1306(2000)号决议、第1385(2001)号决议以及第1446(2002)号决议。钻石制裁于2003年6月终止:参见 SC/7778。另外注意对象牙海岸的制裁包括武器禁运、特定人员的旅行禁止、个人及特定团体的财产冻结以及钻石制裁:参见决议第1572(2004)号、1584(2005)号、1643(2005)号和172(2007)号。制裁还施加于与黎巴嫩前总理哈里里及其他人员的遇害事件有关的个人:参见决议第1636(2005)号。

[219] 参见第1267(1999)号决议。制裁通过一系列决议得以加强,包括第1333(2000)号、1390(2002)号、1455(2003)号、1526(2004)号、1617(2005)号以及1735(2006)号。制裁目前涉及与基地组织、本·拉登和/或塔利班有关的个人和团体,而不论其身在何处。

[220] 另见决议第1533(2004)号、1596(2005)号、1649(2005)号和1698(2006)号,扩大了武器禁运的范围,并施加了更多的制裁措施(旅行禁止和财产冻结),还拓宽了个人受制于这些措施的标准。在第1807(2008)号决议中,武器禁运限制在刚果领土内活动的所有非政府团体和个人,而旅行禁止和财产冻结则扩展到在刚果民主共和国境内活动,并严重违反国际法,在武装冲突局势中以妇女为目标的个人。另见决议第1804(2008)号,重申制裁适用于在刚果境内的各类卢旺达武装团体。

导弹计划相关的一切活动，并以完全、可核查和不可变更的方式放弃所有核武器和现有核计划，以及所有其他的大规模杀伤性武器和弹道导弹计划。对苏丹的武器禁运施加于2004年，针对在达尔富尔北部、南部和西部活动的包括阿拉伯民兵在内的所有非政府团体和个人[221]，由于怀疑伊朗违反其《不扩散核武器条约》义务而获得核武器，制裁也曾施加于伊朗。[222] 1248

虽然根据第41条所采取的措施传统上多是经济制裁，但也存在其他可能性。例如，安理会可以要求采取行动降低目标国在其他国家的外交人员的数量和级别。[223] 更为引人注目的是，安理会曾两度通过第七章下的拘束性决议设立国际法庭来审判战争罪犯。[224] 此外，安理会可以就国家的法律责任通过一系列决定，这具有相当重要的后果。

根据《宪章》第七章通过的安理会决议第687号(1991)是这种情况的最好说明，依据该决议，伊拉克承认其为停火安排[225]的一部分。该决议规定了结束海湾冲突的一系列条件。该决议要求伊拉克和科威特尊重于1963年10月4日双方签署的议定备忘录中规定的国际边界的不可侵犯性。然后安理会开始保障这一国际边界的不可侵犯性，这是联合国历史上一个具有重要意义的发展。该决议还规定立即部署一个联合国观察团以监控将予设立的从国际边界深入伊拉克10公里以及深入科威特5公里的非军事区。[226] 它要求伊拉克销毁所有化学和生物武器以及所有射程大于150公里的弹道导弹。为确保做到这一点，它还规定成立一个特别委员会。[227] 伊拉克应无条件同意不获取或发展核武器。该安理会决议重申，根据国际法，伊拉克对于因其非法入侵和占领科威特所造成的任何直接损失、损害，包括环境损害以及自然资源的损耗，或对外国政府、 1249

---

[221] 参见第1556(2004)号决议。第1591(2005)号决议扩大了武器禁运的范围，并增加了措施，包括对特定个人的旅行禁止和财产冻结。

[222] 制裁包括扩散敏感核计划和弹道导弹计划相关的禁运；禁止武器及相关材料从伊朗出口；以及针对个人的制裁(对特定个人和团体的旅行禁止、旅行告知要求和财产冻结)：参见决议第1737(2006)号、第1747(2007)号和第1803(2008)号。

[223] 关于利比亚，参见安理会第748(1992)号决议。

[224] 关于前南斯拉夫，见安理会第808(1992)号和第827(1992)号决议；关于卢旺达，参见第955(1994)号决议。另见前南战犯法庭的 Milutinovic 案，IT-99-37-PT，6 May 2003.

[225] 参见 S/22456，6 April 1991。

[226] 见上文，第1229页。

[227] 另见安理会第707(1991)号决议和第715(1991)号决议，以及特别委员会报告，如 S/23165；S/23268；S/24108 与 Corr. 1；S/24984；S/25977；S/26910；S/1994/750；S/1994/1138；S/1994/1422 以及 S/1994/1422/Add. 1.

国民和公司的损害负有责任。[228]

这一拘束性决议的范围和程度堪称安理会解决争端努力的一个大发展。关于要求伊拉克放弃某些类型武器以及伊拉克拒付外债属于无效的要求似乎标志着安理会的一个新开端。这其中也包括对国际边界不可侵犯性的保障,虽然边界问题仍是双方之间争端的一个主题。除了上述规定,安理会还设立了一个基金以支付赔偿请求[229]并成立了一个联合国赔偿委员会。[230]

制裁在停火之后仍然继续,因为安理会认为伊拉克未能完全遵守第 687 号决议(1991)。关切集中在它没有按决议的要求销毁大规模杀伤性武器。该决议要求伊拉克将其所有的可用于核武器的材料置于国际原子能机构(IAEA)的专门控制之下,并无条件地同意不获取或发展核武器或可用于核武器的材料。[231] 联合国成立了联合国特别委员会(UNSCOM)以实施该决议中的无核规定并在核领域协助国际原子能机构。

伊拉克在 1998 年终止了与联合国特委会的部分合作。安理会通过了第 1205 号决议(1998),谴责这是对第 687 号决议(1991)的"公然违反"。特委会核查员在 1998 年 12 月撤出,而特委会最终报告的结论是伊拉克没有向其提供安理会决议所要求的必要的声明和通告。[232] 安理会在第 1284 号决议(1999)中指出伊拉克没有完全执行安理会决议,
1250 因此不能撤销制裁,安理会成立了联合国监督、核查和视察委员会(UNMOVIC)取代了特委会。[233] 在一致通过的第 1441 号决议(2002)中,安理会指出伊拉克没有遵守第 687 号决议(1991),并决定伊拉克仍然"实质违反"了其在安理会决议下承担的义务。第 986 号决议(1995)制定的由联合国管理的"石油换食品"计划缓和了持续有效的制裁安排。[234]

制裁功效这一一般性问题仍然悬而未决,但是制裁能带给一国大众的经济损害可能

---

[228] 在另一个有趣但有争议的条款里,该决议声明"所有 1990 年 8 月 2 日以来伊拉克作出的拒付其外债的声明都是无效的,并要求伊拉克谨慎地遵守它所有的偿付外债的义务"。

[229] 第 687(1991)号决议第 18 段。

[230] 同上,第 16 段以及安理会第 692(1991)号决议,参看上文,第 18 章,第 1045 页。

[231] 第 12 段。

[232] 参见 S/1999/103 7,另见 S/1999/94 详细说明了联合国特别委员会面临的问题以及伊拉克局部销毁了禁止的武器以及隐藏禁止事物包括武器的事实,以及掩盖其违反安理会决议的活动,同上,第 5 段。

[233] 参看 C. de Jonge Oudraat, "UNSCOM: Between Iraq and a Hard Place", 13 EJIL, 2002, p. 139.

[234] 见 S/1996/356,以及最近的 S/2002/1239。在针对伊拉克的军事行动开始后的八天,安理会第 1472 号决议(2003)获得通过,规定由于情况发生了变化暂时延长石油换食品安排。该计划进一步被第 1284 号决议(1999)和第 1409 号决议(2002)所修订。第 1483 号决议(2003)支持在该国被英国和美国占领之后由伊拉克人民在"当局"(英国和美国)的帮助下建立伊拉克"过渡政府",并取消所有的经济制裁(武器除外):参见下文,第 1256 页。

是巨大的，尤其当相关政府缺乏善意时更是如此，这带来了制裁是否可以更好地聚焦或瞄准，或使之“更为明智”的讨论。[235] 其中一种表现为不断增加的针对特定个人或团体（由安理会为处理这一事项而建立的制裁委员会决定）的制裁诉求。这就提出了相关个人或团体质疑其被列入相关名单的能力问题。负责监督受制裁的各种制裁委员会建立了不同的除名（从名单上删除）程序，但是还没有允许相关个人或团体除名的直接方法，而这引发了一些人权问题。[236] 相应地，安理会通过了第 1730（2006）号决议，提请秘书长在秘书处（安理会附属机关事务处）建立一个中心，接收个人或团体的除名申请。申 1251
请需要转交给提名国政府（以及居住国或国籍国政府），他们能够直接接触制裁委员会或者通过中心，提议将个人或团体从制裁名单上除名。然后由制裁委员会作出决定。[237]

涉及使用武力的措施 当安理会认为第 41 条规定的不涉及武力的措施已经或即将不敷用时，它可以采取“必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全”。第 42 条还规定这种行动可以包括联合国会员国示威、封锁、及其他军事举动。为了在这方面有效地行使职责，第 43 条规定会员国可与安理会缔结协定以提供军队、协助、及便利，而第 45 条规定会员国应根据第 43 条的协定将其本国空军部队供给国际共同执行行动随时调遣。通过这种方式，联合国意在创立一种联合国军团作为安理会的左膀右臂以抑制威胁和平、破坏和平或侵略行为。

第 47 条规定设立军事参谋团，由安全理事会各常任理事国的参谋总长或其代表组成，在军事需要方面协助安理会并贡献意见，对于受安理会支配的任何军队负战略上的指挥责任。实际上，第 46 条规定武力使用之计划“应由安全理事会以军事参谋团之协助决定”。但是，在 1990—1991 年的科威特危机中，军事参谋团发挥了重要的协调作用，而根据安理会第 665 号决议（1900），它被赋予了一种更为一般的协调职能。 1252

---

[235] 参看大会决议第 51/242 号，和 UKMIL, 70 BYIL, 1999, p. 549. 另见 Gray, *Use of Force*, p. 209, and Forum, 13 EJIL, 2002, p. 43.

[236] 参看 E. Rosand, “The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al-Qaida/Taliban Sanctions”, 98 AJIL, 2004, p. 745, and B. Fassbender, *Targeted Sanctions and Due Process*, 2006, a study commissioned by the UN Office of Legal Affairs, www. un. org/law/counsel/Fassbender study. pdf. See also C. Tomuschat, *Human Rights*, Oxford, 2003, p. 90, and K. Wellens, *Remedies against International Organizations*, Cambridge, 2002, p. 89.

[237] 如果在三个月内没有收到任何意见，制裁委员会将把此情形通知委员会所有成员，任何成员都可以要求除名。2007 年 3 月 30 日，秘书长通知安理会协调人已经确立，S/2007/178。注意，在 *Yusuf and Kadi* 案中，相关人员声称被错误列入名单，而实施联合国制裁的欧盟法规第 881/2002 号应当对其无效：参见欧盟初审法庭于 2005 年 9 月 21 日作出的判决，T-306/01 and T/3 15/0 1（拒绝审查该法规））以及欧洲法院佐审官（advocate-general）意见，C-402/05 P, 2008 年 1 月 16 日，建议驳回初审法庭的判决，并且判决该法规对相关人员无效。目前该案仍在欧洲法院审理。

由于大国分歧和其他原因，安理会从未签订任何此类协议，而第 43 条仍未发生实效。就第 42 条的实施所规划的程序不得不予以放弃而言，这削弱了第 42 条。这意味着联合国通过后续行动的解释过程重新配置了集体安全体制。

实践中的第一个执行行动的例子就是联合国在 1950 年对朝鲜半岛发生战争的反应[238]，它的发生仅仅是各种情况偶然聚合的结果。1950 年 6 月，北朝鲜军队跨越分割南北朝鲜的北纬 38 度线并因此挑起武装冲突。安理会随即讨论了这一问题，在宣布破坏和平已经发生之后，它号召会员国协助联合国促成北朝鲜的撤军。两天之后，另一决议得以通过，它建议联合国会员国向南朝鲜当局提供所有必要的援助，而关于此问题的安理会决议三重唱的第三个则授权美国任命总指挥以协助南朝鲜而成立的联军，并允许该军队使用联合国旗帜。[239]

这些决议实际上得以在安理会通过的唯一原因就是苏联缺席安理会以抗议中国国民党代表团的出席。[240] 这防止了苏联使用否决权并给予了美国指挥的对抗北朝鲜军队的联军一把权威的联合国保护伞。苏联于 1950 年 8 月初返回安理会，并有效地阻止了安理会在这一问题上的进一步行动，但是它也不能推翻既定事实，即便有观点认为考虑到苏联的抵制，这些决议在本质上并没有效力。[241]

但是，虽称为联合国军，派出军队的十六个国家的先遣队实际上根据美国与每个参加国订立的一系列协议而处于美国的有效控制之下，而且除了根据一个安理会决议的一
1253 般授权进行之外，他们在任何实际意义上都不是由联合国指挥。这种即兴式的行动清楚地揭示了联合国维护和平体制上的缺点，因为《宪章》中起初酝酿的集体安全体制无法运作，但它也说明该体制可被重新解释以使其发挥作用。[242]

执行行动的第二个例子发生在 1990 年 8 月 2 日伊拉克入侵科威特之后。[243] 安理会在同一天一致通过的第 660 号决议(1990)谴责了入侵行为并要求伊拉克立即无条件撤军。第 662 号决议(1990)宣布伊拉克企图吞并科威特没有合法性，是无效的。它要求各国和国际组织制止任何可能被解释为间接承认吞并行为的行动或交易。安理会明确

---

[238] 例如，参看 Dinstein, *War*, pp. 292 ff.; Gray, *Use of Force*, pp. 199 ff., and Franck, *Fairness*, p. 223.

[239] 安理会第 82(1950)号、第 83(1950)号和第 84(1950)号决议。

[240] 例如，参看 L. Sohn, *Cases on United Nations Law*, 2nd edn, Brooklyn, 1967, pp. 479 ff.

[241] 同上，第 481 页及其以下，关于中国参与到冲突后的局势，见同上，第 509 页及其以下。

[242] 弗兰克指出，当提到联合国的“适应能力”，“第 42 条作为部署集体武力的自立权威的逐渐释放，防止了《宪章》机制在缺乏第 43 条设想的部队的情况下的崩溃”，*Recourse*, p. 23.

[243] 参见 Lauterpacht *et al.*, *Kuwait Crisis: Basic Documents*，另见：O. Schachter, “United Nations Law in the Gulf Conflict”, 85 AJIL, 1991, p. 452.

根据《联合国宪章》第七章在第 664 号决议(1990)中要求伊拉克允许第三国国民立即离开[244]并在第 667 号决议(1990)中谴责了伊拉克针对在科威特的外交馆舍和人员的侵犯行为,包括对这些场所中外国国民的绑架行为,要求对外交馆舍和人员加以保护。[245] 最终,在认识到伊拉克对前述所有通过的决议和措施的回应无法使人满意,安理会在 1990 年 11 月 29 日通过了第 678 号决议(1990)。该决议再次给予伊拉克遵守先前决议并从科威特撤军的另一个宽限期。这一"最后机会"于 1991 年 1 月 15 日结束。在此之后,与科威特政府合作的会员国被授权使用所有必要措施以支持和实施安理会第 660 号决议(1990)并在该地区恢复国际和平与安全。所有国家应对根据该决议所采取的行动提供适当的支持。在美国领导下的多国联合部队的军事行动于 1991 年 1 月 16 日开始[246],因 1254
此这可被认为是联合国安理会根据《宪章》第七章规定的执行权力授权下合法的使用武力,并根据第 25 条对所有会员国有拘束力。[247] 这应在安理会有拘束力的决议中规定的目标的背景下来加以理解,那就是伊拉克立即和无条件地从科威特撤军并在该地区恢复国际和平与安全,并应在没有第 43 条中的安排的情况下实施执行行动的框架内加以认识。

但是,问题在于通过后续行动重新解释《宪章》的过程是否超越了安理会授权会员国在没有军事参谋团支持的联合国军队的情况下采取措施的范围。尤其是,是否可以说在某些情况下这种授权是隐含的,而不是明确赋予的?[248] 海湾战争之后,反对伊拉克中央政府的叛乱导致伊拉克军队对该国南部的什叶派和北部的库尔德人的广泛镇压。安理会通过第 688 号决议(1991)谴责了这种镇压,该决议不是根据第七章通过且不授权使用武力,认为"其后果威胁了国际和平与安全",并坚持要求伊拉克允许国际人道组织立即援助该国在危难中的人们。由于这种镇压,美国、英国和法国派遣部队到伊拉克北部,为人道行动设立了一个安全港。很快他们就被撤出,并在伊拉克的同意下代之以少量联合国卫队。[249] 此外,在 1991 年 4 月在伊拉克北部设立禁飞区之后,西方国家在 1992 年

---

[244] 另见安理会第 674(1990)号决议。

[245] 一般性参看 *Keesing's Record of World Events*, pp. 37631 ff. and pp. 37694 ff. (1990).

[246] 下列国家为执行联合国决议提供了武装部队和/或军舰或飞机:美国、英国、法国、埃及、叙利亚、沙特阿拉伯、摩洛哥、荷兰、澳大利亚、意大利、西班牙、阿根廷、比利时、加拿大、巴基斯坦、挪威、丹麦、苏联、孟加拉、塞内加尔、尼日尔、捷克斯洛伐克和海湾合作委员会(科威特、卡塔尔、巴林、阿曼和阿联酋):参见 *Sunday Times* "War in the Gulf" Briefing, 27 January 1991, p. 9.

[247] 以及以集体自卫形式的合法使用武力:见上文,第 20 章,第 1146 页。

[248] 参看 Gray, *Use of Force*, pp. 264 及其以下。

[249] 参看 White, *Keeping the Peace*, p. 192 and F. L. Kirgis, *International Organisations in their Legal Setting*, 2nd edn, St Paul, 1993, pp. 854 及其以下。

8月又在伊拉克南部宣布了一个禁飞区。这些禁飞区的正当性据称在于支持第688号
1255 决议。[250] 此外，有观点主张禁飞区上空的飞机具有自卫权，因此允许进行与伊拉克行动相称的反应。[251] 是否可以这样解释第688号决议并不清楚。但有一点是清楚的，这种行动并没有联合国的明确授权。还应指出，英国特别地将这些行动建立在受到第688号决议支持的防止人道危机的需要之上。例如，2001年3月，它指出禁飞区的建立是为了"支持第688号决议"，并"作为对压倒性的人道主义需要的局势的回应而具有国际法上的正当性"。[252]

更为引人注目的是，当英国和美国在2003年3月开始了针对伊拉克的军事行动时，隐含性地基于安理会决议的武力使用就发生了。[253] 该行动的法律基础被认为在于"第678号、第687号和第1441号决议的联合作用"。[254] 第1441号决议(2002)[255]认定伊拉克不遵行安理会决议以及扩散大规模杀伤性武器的做法构成了对国际和平与安全的威胁，并再次提起678号决议授权会员国使用所有必要措施恢复国际和平与安全。该决议
1256 引证第七章认为伊拉克从前和当时都仍然实质违反了各个决议，包括第687号决议，决定给予该国"遵守它在相关的安理会决议下的裁军义务的最后机会"，并设立了一种强化的核查机制。安理会要求伊拉克作出声明，详细说明其大规模杀伤性武器和弹道导弹

---

[250] 例如，参看英国外交大臣1993年1月27日的声明，UKMIL, 64 BYIL, 1993, p. 739, 以及，同上，p. 728和UKMIL, 65 BYIL, 1994, p. 683，另见布什总统的声明，Kirgis, *International Organisations*, p. 856，1996年9月3日，为了应对伊拉克军队和坦克为协助一个库尔德团体攻击另一个库尔德团体而进入北部库尔德"禁飞"区，美国飞机对伊拉克进行了一系列的空袭并将南部的"禁飞"区从纬度32度扩展到33度。美国政府为此引用了安理会第688号决议(1991)：参见 *The Economist*, 1996年9月7日, pp. 55—6，另见 Gray, "Unity to Polarisation", p. 9.

[251] 关于1993年1月13日西方国家对伊拉克目标的空袭，见 AJIL, 64 BYIL, 1993, pp. 728 和 740。另见 UKMIL, 69 BYIL, 1998, p. 592 以及 UKMIL, 70 BYIL, 1999, pp. 565, 568 and 590.

[252] 参见 UKMIL, 72 BYIL, 2001, p. 694，另见上文，第20章，第1156页。

[253] 1998年12月，针对伊拉克撤销与联合国武器观察员的合作，英国和美国飞机袭击了伊拉克的目标，并将此次行动建立在根据《宪章》第7章通过的第1154号(1998)和第1205号(1998)决议之上。这两个决议并没有授权武力，但是前者指出伊拉克作出的任何违反给予联合国特别委员会和国际原子能机构"直接、无条件、以及无限制的接近"义务的行为，都将产生"最严重的后果"，后者宣称伊拉克决定终止与联合国特别委员会的合作是对第687号决议(1991)的"公然违反"：参见 UKMIL, 69 BYIL, 1998, pp. 589 及其以下, and Gray, "Unity to Polarisation", pp. 11 及其以下。

[254] 参见司法部长 Hansard, House of Lords, vol. 646, 书面回复，2003年3月17日，英国的这一表态得到了美国国务卿毫不犹豫的支持，2003年3月17日简报：参见 http://www.state.gov/secretary/rm/2003/18771.htm 另见英国、美国和澳大利亚的常驻代表2003年3月21日发给安理会主席的信函，S/2003/350-2。另见 52 ICLQ, 2003, pp. 812 ff.

[255] 关于第678(1990)号和第687(1991)号决议，见上文，第1253页和第1248页。

的所有方面，指出虚假陈述或遗漏将构成进一步的实质违反。该决议决定，伊拉克应向联合国监督、核查和视察委员会以及国际原子能机构提供直接、无妨碍的、无条件以及无限制的接近所有有关地点、记录和官员的机会。安理会决定再次开会以“考虑该局势以及完全遵守所有相关的安理会决议的需要，以确保国际和平与安全”，并在这一背景下再次指出“安理会不断警告伊拉克因其持续违反它的义务，它将面临严峻的后果”。这一决议得到一致通过。

但是，后来的情况显示了伊拉克在遵守决议方面的不足。[256] 安理会在是否需要制定第 1441 号决议的跟进决议以使用武力的问题上陷入分歧，而当一个或多个常任理事国将行使否决权的情况变得明显时，英国、美国和西班牙提出的一个决议草案只得于 3 月 17 日撤回。[257] 3 月 20 日，军事行动开始。安理会可以授权会员国诉诸武力以维持国际和平与安全，正如 1990—1991 年间的科威特冲突，而且安理会也的确曾确认伊拉克不遵守其在第 687 号决议中销毁大规模杀伤性武器的义务构成了对国际和平与安全的威胁。第 1441 号决议的意图就是一个最后机会，它指出伊拉克不遵守决议将会导致严重后果。但是，面对其他安理会成员国的反对，这是否可以作为国际法上英国和美国使用武力的合法依据，仍然是有争论的。[258] 1257

在非执行情况中对武力的使用

在一些最近的维和行动中，一些并非根据宪章第七章成立的行动后来被拓展到全部或部分地明确依据第七章所产生的使命，在某些情况下，这导致联合国对武力的使用。结果是各种各样的。在波斯尼亚和索马里，在缺乏充足政治或军事资源或支持的情况下，诉诸包含使用武力的更为强硬的策略的倾向（经常出于人道主义原因）造成了严重的困境。

---

[256] 例如，参看 UNMOVIC 2003 年 2 月 28 日报告，S/2003/232，pp. 3，12—13 以及 UNMOVIC Working Document on Unresolved Disarmament Issues: Iraq's Proscribed Weapons Programme（“Cluster Document”），2003 年 3 月 6 日。

[257] 见美国国务卿 2003 年 3 月 17 日简报，http://www.state.gov/secretary/rm/2003/18771.htm.

[258] 例如，参看“Agora”，97 AJIL，2003，p. 553；Gray，*Use of Force*，pp. 270 及其以下；Dinstein，*War*，pp. 297 及其以下；E. Papastavridis，“Interpretation ofSecurity Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis”，56 ICLQ，2007，p. 83；J.-M. Sorel，“L'ONU et l'Irak: Le Vil Plomb N'Est Pas Transformé en Or Pur”，108 RGDIP，2004，p. 845；S. Wheatley，“The Security Council，Democratic Legitimacy and Regime Change in Iraq”，17 EJIL，2006，p. 531；and C. Greenwood，“International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan，Al-Qaida and Iraq”，4 *San Diego Journal of International Law*，2003，p. 7. See also Sarooshi，*Collective Security*，chapter 4 and pp. 174 ff. 关于第七章权力向会员国的授权及其限制。

前南斯拉夫 南斯拉夫敌对行为的爆发使得安理会在1991年9月25日通过的第713号决议(1991)中对该国实施了武器禁运。随着局势的恶化,联合国决定成立维和部队(又称联合国保护部队或UNPROFOR)以确保位于克罗地亚的三个保护区(由塞族人居住)的非军事化。[259] 这一决议没有提到第七章,但明确指出了南斯拉夫政府寻求维和行动的请求。[260] 第749号决议(1992)授权全面部署部队。在以后的几个月里,UNPROFOR的任务逐渐扩大。例如,第762号决议(1992)授权监控处于南斯拉夫军队控制下的克罗地亚各地区的局势[261],而第779号决议(1992)赋予UNPROFOR监督靠近杜布罗夫尼克的普雷维拉卡半岛的非军事化的责任。[262] 同时,波斯尼亚和黑塞哥维那的局势已经恶化。在第757号决议(1992)中,克罗地亚和南斯拉夫联邦共和国(波斯尼亚和黑山)在波斯尼亚的行动都受到了批评[263],而且后者被施以制裁。在第758号决议(1992)
1258 中,安理会批准了对UNPROFOR的任务和力量的扩大,并授权在波斯尼亚首都萨拉热窝部署军事观察员以及相关人员和装备。[264]

作为回应紧急局势的进一步措施,安理会依据第七章通过了第770号决议(1992),要求所有国家"采取全国性的或通过地区组织或安排的所有必要措施"以便利与联合国协调一致向波斯尼亚并在其内投放人道主义援助。可以说,"所有必要措施"的措辞在联合国的术语中就意味着允许诉诸武力。[265] 第776号决议(1992)扩大了UNPROFOR的使命,纳入了对联合国难民事务高级专员(UNHCR)的人道救助活动的支持,尤其是,应其请求提供保护。在秘书长的报告中指出并被这一决议所批准的一点是,维和行动通常的交战规则应予遵守,这样在自卫中就可以使用武力,尤其是在有人试图阻挠其履行职责的时候。[266] 但是,第776号决议(1992)既没有提到第七章也没有提到"所有必要措

---

[259] 安理会第743(1992)号决议,另见秘书长报告,S/23592和安理会第721(1991)号和第724(1991)号决议。

[260] 但是该决议并没有提及第25条。

[261] 另见安理会第769(1992)号决议。

[262] 同样注意安理会第802号决议(1993),该决议批评克罗地亚在联合国保护区域内或周边的袭击以及对联合国保护部队人员的袭击。

[263] 在该决议中安理会明确表示依据《宪章》第七章行动,另见第752(1992)号决议,也批评了没有依据《宪章》第七章而对波斯尼亚的外部干预。

[264] 第761号决议(1992)增加了其他因素以确保机场的安全。这些决议没有一个提到《宪章》第七章。关于联合国保护部队与萨拉热窝机场有关的任务,另见S/1994/300。人道主义供给空运到该机场是历史上此类空运持续时间最长的,并有超过150,000吨的物资被运送:参见S/1995/444, para. 23.

[265] 但是,秘书长谨慎地表示该决议没有为联合国保护部队增加授权:参见S/1995/444, para. 25.

[266] 参见S/24540,很多决议将《宪章》第七章的适用范围扩展到联合国保护部队的自由行动,如第807号决议(1993)和第847号决议(1993),并且武力在很多自卫情形下加以使用:参看S/1995/444, para. 55.

施”。

UNPROFOR 作用的演进的另一个阶段开始于安理会决议第 781 号(1992)施加于波斯尼亚上空的军事飞行的“禁飞”令。UNPROFOR 被赋予监督各方遵守此禁令的任务。[267]

为了保护某些遭受波斯尼亚塞族军队围困的波斯尼亚穆斯林地区,安理会设立了很多“安全区”。[268] 虽然在这些决议中都提到了第七章,但它只是在处理 UNPROFOR 人员 1259
的安全问题的第 815 号决议(1993)的背景中被援引。因此,“安全区”的执行须由被授权仅在保护自身的情况下方可使用武力的 UNPROFOR 的人员来完成。[269] 虽然秘书长指出将额外需要大约三万四千名军人,但仅获准增加七千名。[270] 应秘书长的请求,北约设立了一个 3 公里长的“完全禁区”,一个环戈拉日德的 20 公里长的“军事禁区”和一个环萨拉热窝的 20 公里长的“重武器禁区”。虽然没有安理会决议提到这种禁区或为它们设立任何特别制度,但是这些禁区在必要时会由空袭加以实施。[271] UNPROFOR 与波斯尼亚塞族人的关系导致 1995 年春天的一系列冲突事件。后者违反了萨拉热窝的重武器禁区安排,这激起了北约的空袭行动,而空袭又导致好几百名 UNPROFOR 的士兵被挟为人质。后来,波斯尼亚塞族军队又在 1995 年 7 月夺取了斯雷布列尼察的“安全区”,并发生了对当地人权的严重侵犯。在涉及“安全区”和萨拉热窝的诸多事件之后,北约在联合国的批准下发动了一系列空袭行动。[272] 同时,波斯尼亚和克罗地亚军队夺取了波斯尼亚塞族人占据的地区。一个停火协议于 1995 年 10 月 12 日生效。[273]

在克罗地亚军队夺取了克罗地亚由塞族人居住的四个保护区中的三个之后,联合国在前南斯拉夫的维和行动于 1995 年 3 月得以重新组织。这样,联合国行动就包括了波

---

[267] 另见安理会第 786 (1992)号决议。第 816 号决议(1993)将对空中活动的禁令扩大到包括所有固定翼和旋转翼飞机的飞行。在秘书长的请求下,禁飞区由北约的飞机实施:参见秘书长报告,S/1995/444, 第 30 段。这里使用了一种“双钥匙”制度,据此,使用北约空军力量锁定目标和进行攻击的决定都应由联合国和北约指挥官联合作出,并重申了对违反行为的回应的比例性原则:参看 1994 年 10 月 29 日的联合新闻声明,PKO/32。

[268] 见决议 819 (1993)和 824 (1993)号,安全区包括斯雷布雷尼察、萨拉热窝、图兹拉、泽帕、格拉日代和比哈奇。

[269] 另见安理会第 836 (1993)号决议。

[270] 安理会第 844(1993)号决议,另见 S/25939,秘书长呼吁将安全区非军事化,S/1994/1389,在秘书长的要求下,也赋予联合国保护部队监督波斯尼亚和克罗地亚军队之间的停火协议的任务,见安理会第 908 (1994)号决议,并赋予有关萨拉热窝的其他责任,见安理会第 900(1994)号决议。

[271] S/1995/444, paras. 48—9.

[272] 关于建立快速反应部队的建议,另见安理会第 998(1995)号决议。

[273] 参见 S/1995/987.

斯尼亚的 UNPROFOR[274]，联合国克罗地亚信心恢复行动（UNCRO）[275] 以及在前南斯拉
1260 夫马其顿共和国的联合国预防部署部队（UNPREDEP）。[276] 作为 1995 年 11 月发起的代顿和平协议的结果，UNPROFOR 被一个多国执行部队所取代（IFOR）[277]，它主要由来自北约成员国的部队组成。此外，安理会建议设立一个联合国国际警察任务部队以执行各种与警察相关的训练和协助任务。[278]

联合国在复杂的南斯拉夫灾难中的角色演变可被描述为一系列回应创伤事件的即时行动。在执行其快速扩大的职责时，从未授权 UNPROFOR 在自卫所需以外使用武力。联合国试图通过与交战各方在中立和同意的维和原则基础之上展开合作来履行其基本的规定中关于萨拉热窝和人道援助运输的责任。但是局势与通常意义上对同意分隔的敌对武装加以分隔的维和情况大不一样。结果，UNPROFOR 得到使用空中力量的授权，以保护 UNPROFOR 人员并阻止对"安全区"的攻击。最终，在害怕波斯尼亚塞族夺取更多"安全区"的担心之下，北约诉诸于空袭。虽然作出的人道主义努力非常重要，但是传统意义上的维和行动是否可能真正地设置在当时波斯尼亚所面临的条件之上，必然深受怀疑。只有一种有意义的执行行动授权才可能使联合国有机会终止争斗。但是这需要一种强大的政治意愿和大量的资源，而各国很少会愿意提供这些，除非它们自己国家的重大利益受到了威胁。

索马里[279] 索马里局势是联合国解决内战条件下产生的人道主义危机的一个类似努力，也是一个从维和行动转变为执行行动的努力。在漫长的内战之后，安理会要求各方达成停火协议并实施了武器禁运，并要求秘书长组织人道主义援助。[280] 然后，联合国成立了一个技术团来研究提供这种援助的机制并审查维和的可能性。[281] 不久之后，联合国索马里行动（UNOSOM）成立[282]，但这一温和的行动（50 名停火观察员和一个安全

---

[274] 另见安理会第 1026（1995）号决议。

[275] 另见安理会第 990（1995）号决议和第 994（1995）号决议。

[276] 安理会第 981（1995）号、第 982（1995）号和第 983（1995）号决议，安理会在第 795 号决议（1992）中授权在马其顿部署预防性部队，另见 S/24923，附件。

[277] 见安理会第 1031（1995）号决议。

[278] 参看 S/1995/1031 和安理会第 1026（1995）号决议，根据第 1035 号决议（1995）建立了国际警察特别工作组。

[279] 参看 Franck, *Fairness*, pp. 301 ff., and I. Lewis and J. Mayall, "Somalia" in *The New Interventionism 1991—1994* (ed. J. Mayall), Cambridge, 1996, p. 94，另见 J. M. Sorel, "La Somalie et les Nations Unies", AFDI, 1992, p. 61.

[280] 安理会第 733（1992）号决议，另见 S/23829, 1992.

[281] 安理会第 746（1992）号决议。

[282] 安理会第 751（1992）号决议，最初这并不是一个《宪章》第七章下的行动。

部队)被认为不足以确保人道援助的递送,因此联合国授权部署了用以保护分发中心和人道主义护送的额外的联合国安全部队。[283] 但是,局势持续恶化,由于不断的攻击,人道主义供给很少能送达需要的地方。[284] 因此,在安理会认定第七章行动成为需要之后[285],安理会决定"索马里争端引起的严重人道灾难,并导致对人道援助的分发造成的障碍进一步加剧,构成了对国际和平与安全的威胁",授权使用"所有必要手段以尽快为人道救援行动创造安全环境",并成立了联合特遣部队(UNITAF)。[286] 这个由来自 20 多个国家的部队组成的部队,包括大约三万名美军士兵。[287]

这一行动在第二年春天得以扩展,并成立了具有第七章之下的执行权力的第二期联合国索马里行动。[288] 它被赋予了 UNITAF 的人道主义使命,以及"巩固、扩大和维护索马里全境的安全环境的责任",并为协助遣返难民和重新安置流离失所人员提供安全保障。该部队还应促成各派解除武装,执行 1993 年 1 月的亚的斯亚贝巴协议以及协助国家重建。[289] 在第二期联合国索马里行动部队遭到一次攻击后,采取所有必要措施的授 1262
权在第 837 号决议(1993)中得到重申。这一授权包括对那些应为攻击负责的人采取行动并在整个国家树立第二期联合国索马里行动的有效权威。然后,发生了一系列涉及联合国部队的军事事件。[290] 安理会决议第 897 号(1994)在谴责该国国内持续的、特别是针对联合国人员的暴力的同时,授权将第二期联合国索马里行动的部队减少到两万两千人。[291] 在第 954 号决议(1994)中,安理会决定在 1995 年三月底结束这一行动,授权第二期联合国索马里行动采取必要行动保护这一行动以及人员和财产的撤离,并为此目的呼吁会员国提供援助以协助撤离过程。秘书长在其 1994 年 10 月 14 日的报告中总结指出,该国民事机构和政府机构的真空状态严重阻碍了联合国的工作,而"面对持续的部落间争斗和匪盗行为,第二期联合国索马里行动的存在对和平进程只具有有限影响,对安

---

[283] 安理会第 775(1992)号决议,另见 S/244480, 1992. 根据第 767 号决议(1992),出于运送食物和停火目的,索马里被分成四个行动区域。

[284] 参见 S/24859, 1992.

[285] S/24868, 1992.

[286] 安理会第 794(1992)号决议。

[287] 该行动被称为"重拾希望行动",它于 1992 年 12 月到达索马里;参见 S/24976, 1992 and S/25168, 1993.

[288] 安理会第 814(1993)号决议,另见 S/25354, 1993.

[289] 参见 S/25168, 附件三。

[290] 参看 S/26022, 1993, 以及安理会第 865(1993)号、第 878(1993)号、第 885(1993)号和第 886(1993)号决议。

[291] 另见安理会第 923(1994)号和第 946(1994)号决议。

全问题也只有有限的作用”。[292]

卢旺达[293] 在政府军与卢旺达爱国阵线(RPF)的内战之后,安理会授权在乌干达边境一侧部署联合国乌干达—卢旺达观察团(UNOMUR)。[294] 各方在阿鲁沙签署了和平协议,联合国也设立了联合国卢旺达援助团(UNAMIR),使其确保首都基加利的安全,监督停火协议并在新政府成立之前总体监控安全局势。[295] 但是,计划中的过渡机构未能成立,而安全局势更为恶化。随着 1994 年 4 月 5 日卢旺达总统和布隆迪总统在一次坠机中死亡,全面内战爆发,并导致了对胡图族反对派领导者的屠杀以及对少数民族图锡
1263 族的种族灭绝。面对这种情况,安理会否定了强化联合国卢旺达援助团的主张,根据第七章授权从该国撤出援助团的主要部分。[296]

随着局势不断恶化,安理会对该国实施了武器禁运,授权将联合国卢旺达援助团增加至 5500 人并在卢旺达重新部署,还将其使命扩大到包括建立和维护人道安全区。[297] 但是,实施的延宕使得法国提出建议成立一支由法国指挥的部队,使其根据《宪章》第七章以及安理会授权保护危难中的流离失所人员和平民。第 929 号决议(1994)接受了这一建议,安理会根据《宪章》第七章授权了一个为期两个月的行动(“绿松石行动”),直到援助团得到加强。它授权会员国使用所有必要措施以达到它们的人道主义目的。这样,像 1990—1991 年海湾战争的联军一样,该部队在安理会根据《宪章》第七章授权的基础上在卢旺达西南部设立了一个人道保护区。联合国卢旺达援助团不断得到加强,并于 1994 年 8 月 10 日开始在保护区部署军力,此后接收了法国主导的部队的责任,并在该国全境进行部署。联合国卢旺达援助团的使命于 1996 年 3 月 6 日结束。[298]

塞拉利昂 经过长期斗争,一个军政府取得该国权力,安理会对其实施了石油和武器禁运,并在民选总统回归之后终止。[299] 此后,联合国成立了联合国塞拉利昂观察团,以监督非军事化进程并重整安全力量。[300] 随着进一步的暴力行为,其使命得以增

---

[292] S/1994/1166, Part 2, para. 22.

[293] 参看 Franck, *Fairness*, pp. 300 及其以下。

[294] 参见安理会第 846(1993)号决议,另见第 812(1993)号和第 891(1993)号决议。该任务被第 928(1994)号决议所结束。

[295] 安理会第 872(1993) 决议,另见第 893(1994)号和第 909(1994)号决议。

[296] 安理会第 912(1994)号决议。

[297] 安理会第 918(1994)号决议,另见第 925(1994)号和第 935(1994)号决议。

[298] 见安理会第 1029(1995)号决议。

[299] 见第 1132(1997)号和第 1156(1998)号决议。

[300] 见第 1181(1998)号决议。

加。[301] 1998 年 10 月,安理会在前一年 7 月签署的《洛美协定》的背景下,成立了一个由六千名军事人员组成的联合国塞拉利昂特派团(UNAMSIL)以取代前一个观察团。它具有一种强化的任务,包括在该国关键地点确立存在,监督停火以及协助人道主义援助。特别是在第七章之下,依据第 1270 号决议(1999)第 14 段,安理会决定"在执行其使命时,UNAMSIL 可以采取必要措施以确保其人员的安全和自由行动……为处于直接身体暴力威胁下的平民提供保护"。第 1289 号决议(2000 年)增加了该部队的数量,并在第 10 段明确援引第七章将其使命修订为包括在关键地点和其他地点提供安全保护以协助塞拉里昂法律执行机构履行其责任。UNAMSIL 得到"采取必要行动"以完成这些额外任务的进一步授权。[302]

刚果民主共和国 安理会还关注了刚果民主共和国(前扎伊尔)的内战和外国干涉。在经历了由国内军队和国外军队卷入的战斗之后,卢萨卡停火协定于 1999 年 7 月得以签署。[303] 安理会对该协议表示欢迎,并授权部署少量联合国军事联络部队。[304] 该部队称为联合国驻刚果特派团(MONUC)。[305] 该特派团后来得以被扩充,其使命扩展为(除其他外)包括监督停火以及监控和核实脱离接触安排。[306] 该决议第 8 段,特别援引第七章并指出安理会已决定 MONUC"可以采取必要行动……以保护联合国以及协同的 JMC(联合军事委员会)的人员、设施、装置和装备,确保其人员的安全与行动自由,并保护处于直接身体暴力威胁下的平民"。2000 年夏,乌干达和卢旺达军队在刚果爆发战斗,安理会在第 1304 号决议(2000)中援引第七章,要求乌干达和卢旺达从刚果撤出它们的所有军队,所有其他外国的军事存在和活动,无论直接的或间接的,应予以终止。该决议要求 MONUC 监督敌对各方的停火、军队的脱离接触以及外国军队的撤离。[307] 第 1265
1341 号决议(2001)和第 1355 号决议(2001)仍然根据第七章重申了这一要求。[308] 在第

---

[301] 参见第 1220(1999)号、第 1231(1999)号、第 1245(1999)号和第 1260(1999)号决议。

[302] 该特派团被进一步延期和扩充:参看第 1299(2000)号、第 1346(2001)号、第 1400(2002)号和第 1436(2002)号决议。特派团于 2005 年终止,而由联合国塞拉利昂综合办事处接替:参看第 1562(2004)号和 1610(2005)号决议。关于 ECOWAS 的作用,另见下文,第 1278 页,注 365。

[303] 参见 S/1999/815 和第 1234(1999)号决议。另见 P. Okawa, "Congo's War: The Legal Dimensions of a Protracted Conflict", 77 BYIL, 2006, p. 203, 以及上文,第 20 章,第 1154 页。

[304] 第 1258(1999)号决议。

[305] 第 1279(1999)号决议。

[306] 第 1291(2000)号决议。

[307] MONUC 的使命又在一系列的决议中被延续:第 1316(2000)号、1332(2000)号、1493(2003)号、1565(2004)号、1592(2005)号、1635(2005)号、1711(2006)号以及 1794(2007)号。

[308] 另见第 1376(2001)号、第 1399(2002)号、第 1417(2002)号、第 1457(2003)号和第 1468(2003)号决议。

1797(2008)号决议中,MONUC 被授权协助刚果当局组织、筹备和举行地方选举,在第1804(2008)号决议中,秘书长要求在刚果民主共和国东部活动的武装团体和民兵立即放下武器,立即无条件向刚果当局和 MONUC 报到,以接受解除武器、复员、遣返、重新安置和重返社会。在几乎所有这些决议中,局势都被描述为"对该地区国际和平与安全的威胁"。[309]

苏丹 经过南部地区长期内战,2002 年 7 月 20 日双方达成了协议(《马查科斯议定书》),并基于此在 2004 年签订了后续协议。同年 6 月,联合国建立了政治特派团(联合国驻苏丹先遣团,UNAMIS)协助双方。面对苏丹西部达尔富尔地区的局势恶化,安理会根据《宪章》第七章,通过了第 1556(2004)号决议,呼吁双方政治对话,赞同部署国际观察员,包括非洲联盟设想的保护部队,并赋予驻苏丹先遣团特定职责。[310] 2005 年 1 月 9 日,一项全面和平协议签署(《全面和平协定》),结束了苏丹南部的内战。在第 1590(2005)号决议中,安理会根据《宪章》第七章,建立了联合国苏丹特派团(UNMIS),支持执行《全面和平协定》并接管先遣团的职责,授权它"采取必要行动"保护联合国人员及人道主义工作人员。该决议还呼吁和平解决达尔富尔冲突。[311] 非洲联盟寻求解决达尔
1266 富尔冲突的努力促成了 2006 年 5 月 5 日签署的《达尔富尔和平协议》。在联合国秘书长提出一项建议后[312],安理会根据《宪章》第七章通过了第 1706(2006)号决议,决定达尔富尔地区局势构成了对国际和平与安全的威胁,并决定在不妨碍现有任务的前提下,在达尔富尔增加和部署联合国苏丹特派团力量,支助执行《达尔富尔和平协议》。特派团被授权采取一切必要手段保护联合国人员,支持执行《达尔富尔和平协议》,防止针对平民的攻击和威胁,以及收缴武器。[313]

就达尔富尔局势与非洲联盟进行一系列磋商之后[314],鉴于非洲驻苏特派团(AMIS)力量的存在[315],安理会认定达尔富尔的局势继续对国际和平与安全构成威胁,通过了第1769(2007)号决议,建立联合国—非盟达尔富尔混合行动(UNAMID),组织了一支包括

---

[309] 关于制裁的施加,见上文,第 1247 页。

[310] 另见第 1564(2004)号决议,授权人权机构的进入,以及第 1574(2004)号决议。

[311] 注意在 2005 年 2 月 1 日,根据第 1564(2004)号决议成立的联合国达尔富尔调查委员会在报告中称,苏丹政府没有实施种族灭绝,但是政府军队和民兵在达尔富尔各地"不分青红皂白地发动攻击,包括杀害平民、施加酷刑、强迫失踪、毁坏村庄、强奸和实施其他性暴力行为、抢掠和强迫流离失所",S/2005/60。

[312] S/2006/591.

[313] UNMIS 的使命被延续:决议第 1709(2006)号、1714(2006)号和 1755(2007)号。

[314] 参见 S/2007/307/Rev.1. 关于实施制裁,见上文,第 1247 页;关于达尔富尔局势被提交到国际刑事法院的相关情况,见上文,第 8 章,第 412 页。

[315] 见下文,第 1280 页。

特派团在内的至多19,555人的军事力量。决议规定了指挥和控制的统一,包括指挥和控制结构以及联合国提供的支持。根据《宪章》第七章,安理会决定授权达尔富尔混合行动采取一切必要的行动,保护其人员、设施、装置和装备,并确保自身人员和人道主义工作者的安全和行动自由,以及在不妨碍苏丹政府履行责任的情况下,支持早日切实履行《达尔富尔和平协议》,防止干扰执行的行动和武装袭击,从而保护平民。

从人道援助到执行行动的联合国行动之范围——结论

联合国未能按照最初设想的那样运作第七章。但是,它已能发展出多种机制来弥补 1267
由第43条的不能执行性所留下的罅隙。首先而且是主要的,安理会可以将自己的执行权力委派给会员国。这发生在朝鲜、海湾战争以及某种意义上的卢旺达。但是,有关伊拉克的事件显示出从安理会通过的决议中引申此种授权的程度的不确定性。联合国还创设了维和部队,其传统上的使命就是根据各方的同意分隔敌对武装,例如在中东和塞浦路斯。维和活动的发展后来包括了在战斗未结束和没有长期停火的混乱的内战局势中开展行动,虽然这种发展酝酿于20世纪60年代的刚果危机中,但实际发生则是最近几年的事情。这带来了伴随出现的危险,因为正如所看到的,从维护和平到较为宽泛意义上的自卫活动并从而到事实上的执行行动的转变,有时候很难避免而且很复杂,难以依法律使其正当化。同意是传统维和行动的基础而在执行活动中则不相关。在职能转化过程中非常明显的一点就是,在某些情况下,同意和强加的因素会以一种使联合国的作用复杂化的方式同时出现。但是,联合国面临的困难背后,是会员国为完成复杂的执行行动所表现出的政治意愿和提供的物质资源的不足。

近些年所看到的发展表现出了对一种更为宽泛的、关于什么构成对国际和平与安全的威胁的概念的接受,从而不仅外来侵略,还有单纯的内部动乱都可能构成,并从而进一步限制了第2条第7款的范围以及国家的专属管辖权。其次,安理会根据第七章所采取的行动的范围已扩大到了涵盖多种行动,包括成立国际刑事法庭以审讯在特定国家内战时犯了罪的战争罪犯。不仅如此,而且就伊拉克而言,安理会采取了一系列在范围上史无前例的拘束性措施,从保障有争议的边界到实施对某些种类武器的严格控制以及成立由石油出口税收所资助的赔偿委员会等。最后,在创建和使用这些部队时已经彰显不断增加的灵活性。建立联合国—非盟达尔富尔混合行动是一个有意思的发展,并且可以预想此类行动会大量出现,因为各地区会不断希望将地区人员与来自地区外的专业技能、设备和后勤支持结合起来。 1268

安全理事会、国际法与国际法院

由于安理会快速增长的活动范围和性质,其拘束性决议与一般国际法的关系的问题

近些年凸现出来。这一问题涉及国际法院作用的特殊思考。[316] 当然，安理会受到《宪章》本身规定的制约。它必须遵循《宪章》第五章到第七章详细规定的程序并在《宪章》授权的范围内行动。《宪章》也规定了它的组成与表决程序，以及它采取拘束性执行措施的条件。如同国际法院强调指出的，“当《宪章》所确立的条约规定是对其权力的限制或是其裁决的标准时，一个机关的政治性质不能使其免于遵守这些规定”。[317] 尤其是，根据第 24 条第 2 款，安理会必须根据《宪章》的宗旨和原则行事，而《宪章》第 1 条第 1
1269 款宣布该组织的宗旨之一是通过和平方式，并“依正义及国际法之原则”解决国际争端。[318]

安理会最近不仅作出了一些第 39 条下对国际和平与安全的威胁或破坏的断定，而且也作出了第七章之下的拘束性决议，涉及边界位置、监督武器销毁、国际法下对损失和

---

[316] 例如，参见 G. R. Watson, “Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court”, 34 *Harvard International Law Journal*, 1993, p. 1; Gowlland-Debbas, “Security Council Enforcement”, p. 55, and Gowlland-Debbas, “The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the *Lockerbie* Case”, 88 AJIL, 1994, p. 643; R. St J. Macdonald, “Changing Relations between the International Court of Justice and the Security Council of the United Nations”, Canadian YIL, 1993, p. 3; R. F. Kennedy, “*Libya* v. *United States*: The International Court of Justice and the Power of Judicial Review”, 33 Va. JIL, 1993, p. 899; T. M. Franck, “The ‘Powers of Appreciation’: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?”, 86AJIL, 1992, p. 519, and Franck, *Fairness*, pp. 242 ff.; W. M. Reisman, “The Constitutional Crisis in the United Nations”, 87 AJIL, 1993, p. 83; E. McWhinney, “The International Court as Emerging Constitutional Court and the Co-ordinate UN Institutions (Especially the SecurityCouncil): Implications of the *Aerial Incident at Lockerbie*”, Canadian YIL, 1992, p. 261; J. M. Sorel, “Les Ordonnances de la Cour Internationale de Justice du 14 Avril 1992 dans l’Affaire Relative a des Questions d’Interpretation et d’Application de la Convention de Montreal de 1971 Resultant de l’Incident Áerien de Lockerbie”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, p. 689; M. N. Shaw, “The Security Council and the International Court of Justice: Judicial Drift and Judicial Function” in *The International Court of Justice* (eds. A. S. Muller, D. Raič and J. M. Thuránszky), The Hague, 1997, p. 219; J. Alvarez, “Judging the Security Council”, 90 AJIL, 1996, p. 1, and D. Akande, “The International Court of Justice and the Security Council: Is There Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?”, 46 ICLQ, 1997, p. 309.

[317] *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations*, ICJ Reports, 1948, p. 64; 15 AD, p. 333，另见贝加韦法官的意见，the *Lockerbie* case, ICJ Reports, 1992, pp. 3, 45; 94 ILR, pp. 478, 528.

[318] 参看 Weeramantry 法官在“洛克比”案中的反对意见，ICJ Reports, 1992, p. 65 以及贝加韦法官的意见，同上，p. 46; 94 ILR, pp. 548 and 529，另见 Fitzmaurice 法官在“纳米比亚”案中的意见，ICJ Reports, 1971, pp. 17, 294; 49 ILR, pp. 2, 284—5.

损害的赔偿责任、赔偿方法、拒付外债[319]、设立审理个人战争罪的法庭[320]、以及主张对那些对联合国人员进行攻击和煽动攻击负有责任的人使用武力，包括逮捕、审判和惩罚。[321] 此外，安理会还坚称某些特定行为是无效的，要求不予承认。[322]

由于这种活动的不断增加及其对会员国的影响，从而提出了是否有一个机构能够确保安理会依据《宪章》和国际法行事的问题。由于国际法院是联合国的"主要司法机关"[323]，它似乎应是一个自然而然的选择，然而实际上在两个最近的案子中也提出了这个问题。在"种族灭绝(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫(塞尔维亚和黑山))"((*Bosnia and Herzegovina* v. *Yugoslavia* (*Serbia and Montenegro*))案中[324]，波斯尼亚称安理会对前南斯拉夫施加的武器禁运应予以重新解释，以不被剥夺波斯尼亚根据《宪章》第51条和习惯国际法所固有的自卫权。[325] 在"洛克比"案中[326]，利比亚称美国和英国试图强迫它违背1971年《蒙特利尔公约》交出爆炸嫌疑人(该公约要求对嫌疑人应或起诉或引渡)，因此安理会在第731号决议(1992)和第748号决议(1992)[327]中的行动违反了国际法。 1270

虽然在波斯尼亚案中法院没有讨论安理会决议是否符合国际法的问题，但在洛克比案中，这个问题占据了中心位置。法院在该案中指出，所有会员国都应根据《宪章》第25条接受并执行安理会的决议，显然，这一义务也及于因为利比亚未能引渡嫌疑人而对其施加了制裁的第748号决议(1992)。这样，根据《宪章》第103条，宪章下的义务优先于其他国际协议中的义务，因此该决议优先于《蒙特利尔公约》。[328] 沙哈布丁(Shahabuddeen)法官在其个别意见中强调指出，该案中的问题是安理会决议是否可以剥夺国家的法律权利，而且如果可以，对安理会下述权力是否存在限制，即将一个局势确定为可以使

---

[319] 关于海湾战争后的伊拉克，见安理会第687(1991)号决议。

[320] 关于前南斯拉夫，见安理会第808(1993)号和第827(1993)号决议，关于卢旺达，见安理会第955(1994)号决议。另见前南战犯法庭上诉庭判决的"塔迪奇"案，Case No. IT-94-1-AR72, pp. 13 ff.; 105 ILR, pp. 419, 428 ff.

[321] 关于索马里的安理会第837(1993)号决议。

[322] 关于伊拉克吞并科威特，见安理会第662(1990)号决议，第541(1983)号决议称土耳其吞并塞浦路斯"法律上是无效的"。

[323] 《宪章》第92条。

[324] ICJ Reports, 1992, pp. 3, 6; 95 ILR, pp. 1, 21.

[325] 另见第二个临时措施指令，ICJ Reports, 1993, pp. 325, 327—8; 95 ILR, pp. 43, 45—6，法院将自身审理权限限定在灭种公约上。

[326] ICJ Reports, 1992, pp. 3, 14; 94 ILR, pp. 478, 497.

[327] 呼吁利比亚交出嫌疑人，否则就对其施加制裁。

[328] ICJ Reports, 1992, p. 15; 94 ILR, p. 498.

其作出产生这种结果的决议正当化。[329]

在"刚果诉乌干达"案的请求临时措施阶段,又提出了这个问题。乌干达认为刚果对临时措施的要求将"直接与卢萨卡协议以及安理会决议——包括呼吁实施该协议的第1304号决议相冲突"。[330] 法院指出第1304号决议是根据第七章通过,但是在援引该决议文本之后认定安理会没有作出任何决议,根据初步证据排除了刚果所宣称的适于通过临时措施加以保护的权利的决定。[331] 无疑,在宪章体制之下,安理会断定是否存在对国
1271 际和平与安全的威胁和破坏的权力几乎是绝对的,仅受到善意和不滥用权利的内在观念的限制[332],而且它根据这种断定采取措施以维护和恢复国际和平与安全的自由裁量无疑也是很广泛的[333],确定特定局势的合法性或非法性本质上是安理会关于具体事实与现存国际法规则是否相符的看法。这种看法,在根据第七章通过之后,将拘束会员国,但当它明显存在法律上的错误且安理会后来无法收回的时候,那么对这个机制的挑战就明白无疑地提出来了。法院可以,而且也曾经在裁判案件或提出咨询意见的时候审议并分析了联合国的决议,但是要它主张全面意义上的司法审查权,以使其能够宣布安理会的拘束性决议无效,也同样会挑战现存的体制。在否定第七章决议和接受明显包含违反国际法的要素的决议之间,存在一个含糊而不确定的区域。

大会的作用[334]

20世纪50年代期间,安理会常任理事国对否决权的使用导致人们感觉安理会效率低下,关注的焦点开始从安理会转移到大会。因为从未设想大会可以在维护国际和平与安全方面发挥重大作用,所以《宪章》中规定的它的权力是模糊而不精确的。第10到第14条规定大会可以讨论《宪章》范围内的任何问题或事项,并可以考虑关于维持国际和

---

[329] ICJ Reports, 1992, p. 32; 94 ILR, p. 515. Lachs 法官认为,法院一定要"尊重"安理会作出的具有拘束力的决定,将其作为国际法的一部分,ICJ Reports, 1992, p. 26; 94 ILR, p. 509. See Franck, *Fairness*, p. 243,他强调动词"尊重"并不意味着"顺从"。Lachs 法官同样指出法院作为"国际社会整体合法性的守护者,不论在联合国体系之内还是之外",同上。

[330] ICJ Reports, Order of 1 July 2000, para. 30.

[331] 同上, para. 36.

[332] 参看 Gowlland-Debbas, "Security Council Enforcement", pp. 93—4. 另见前南国际刑事法庭上诉庭判决的"塔迪奇"案, Case No. IT-94-1-AR72, pp. 13 ff.; 105 ILR, pp. 419, 428 及其以下。

[333] 注意根据第1条第1款,产生可能导致破坏和平的国际争端或情势的调整或解决的行动,必须符合"公平原则和国际法",而涉及防止和消除对和平的威胁以及抑制破坏和平或侵略行为的有效的集体措施,则不存在这样的要求。

[334] 参看 Simma, *Charter*, pp. 247 及其以下, and White, *Keeping the Peace*, part II.

平及安全之合作的普遍原则。大会可以向会员国或安全理事会或兼向两者提出有关国际和平的问题的建议，只要（除了合作的普遍原则，包括裁军之外）安理会没有正在处理该特定事项。此外，任何有关国际和平与安全且具有行动必要的问题都必须提交给安理 1272
会处理。

1950 年，联大通过了联合一致共策和平决议，并且建立于下述观点之上，即根据第 24 条安理会具有维护和平的主要责任，因此可以认为联大在这些事务方面具有次要责任，它在安理会遇到阻碍时就可被发动起来。该决议[335]宣布如果安理会在对和平的威胁和破坏或侵略行为发生之时由于常任理事国成员使用否决权而不能履行其职责，联大应立即审议该事项以向会员国提出有关集体措施的适当建议。这些措施包括在威胁或破坏和平或侵略行为的情况下，可以在必要的时候使用武力，而且如果不在会期之中，联大应能够在二十四小时内召开特别紧急会议。[336]

但是，在大会于 1956 年成立联合国紧急部队以监督中东地区的停火以及联合国秘书长于 1960 年成立联合国驻刚果部队时，问题很快就出现了。《宪章》第 11 条规定任何涉及国际和平与安全且有必要采取行动的问题都应提交给安理会，于是这些部队的合法性问题受到质疑。一些国家拒绝支付分摊由此发生的开支，于是这个问题被提交给了国际法院。在“某些开支”案中[337]，法院以“行动”[338]一语指称“执行行动”，这就使得联大和秘书长可以要求采取不构成执行行动的行动。[339] 这种意见，虽然导致了一些解释上的问题，但着实允许在因超级大国的对抗而使得安理会不可能作出决定的时候设立联合 1273
国维和部队，只要这种部队不参与执行行动。采取执行行动仍然完全属于安理会的特权。

实践中，联合一致共策和平决议的通过所激起的希望并没有真正实现。例如，该决议中所规定的程序被适用于 1956 年的苏伊士和匈牙利危机、1958 年的黎巴嫩和约旦问题、1960 年的刚果剧变、1967 年的中东、1971 年导致孟加拉国产生的冲突、1980 年的阿富汗、1981 年的纳米比亚以及 1980 年和 1982 年的巴勒斯坦问题。但是，并不能说联合

---

[335] 大会第 377（V）号决议，参看 J. Andrassy, “Uniting for Peace”, 50 AJIL, 1956, p. 563, 另见 M. J. Petersen, “The Uses of the Uniting for Peace Resolution since 1950” 8 *International Organisation*, 1959, p. 219, and F. Woolsey, “The Uniting for Peace Resolution of the United Nations”, 45 AJIL, 1951, p. 129.

[336] 根据《联合国宪章》第 20 条，联大的会议只有年度常会以及必要时召开的特别会议。

[337] ICJ Reports, 1962, p. 151; 34 ILR, p. 281.

[338] 《宪章》第 11 条第 2 款规定，联大可以讨论与维护国际和平与安全相关的任何问题，但是任何涉及“需要行动”的问题必须提交安理会。

[339] 相应地，1956 年成立的中东联合国紧急部队并没有违反第 11 条第 2 款，因为它并不意在采取执行行动，ICJ Reports, 1962, pp. 151, 165, 171—2. 这促成了有关拒绝支付会费的国家之欠款的危机。

一致共策和平体系实际上已经对维护国际和平与安全产生了重大影响。它提供了一种使争端在大会前以一种本不可能的方式进行公开讨论的方法，但是作为维护或恢复国际和平的保留机制，它并不是很成功。

联合国与区域办法和机关[340]

安理会在维持和平与执行和平中不断使用区域组织。《宪章》第八章涉及区域办法。第52条规定不得认为宪章排除用以应付关于维持国际和平及安全而宜于区域行动的事件的区域办法或区域机关，只要此项办法或机关及其工作与联合国的宗旨及原则相符合。[341] 第53条规定安全理事会在适当情形下，应在其授权之下在执行行动中利用这
1274 种区域办法或区域机关。没有安理会的授权，地区执行行动是不可能的。[342] 第54条规定区域组织所采取或正在考虑中的行动，应随时向安全理事会做充分报告。宪章对"区域办法或机关"未加定义，这样就规定了一种有用的灵活性措施，使得该用语可以涵盖那些严格为防卫合作而成立的组织以外的广泛的区域组织。[343]

这就出现了一些问题。首先有一个什么时候区域行动才是适当的问题。最近的例子表明了一种较为宽泛的灵活措施，类似于对国际和平与安全的威胁的扩展定义。第二个是区域行动与联合国宗旨和目的相符程度的问题，这里应强调第103条确立的宪章义务优先于其他国际条约中的义务的规定。第三个问题是应当接受一种广义的还是狭义的执行行动的定义。[344] 第四个问题，也是一个很重要的问题，即是否需要安理会的事先批准才能使区域组织介入符合第八章的行动。最近的实践似乎非常具有争议，不仅不需

---

[340] 参看 Simma, *Charter*, pp. 807 ff., and Cot, *et al.*, *Charte*, pp. 1367 ff. 另见 Gray, *Use of Force*, chapter 9; A. Abass, *Regional Organisations and the Development of Collective Security: Beyond Chapter VIII of the UN Charter*, Oxford, 2004; Sarooshi, *Collective Security*, chapter 6, and O. Schachter, "Authorised Uses of Force by the United Nations and Regional Organisations" in *The New International Order and the Use of Force* (eds. L. Damrosch and D. J. Scheffer), Boulder, 1991, p. 65.

[341] 同样注意到根据习惯国际法和《宪章》第51条的集体自卫权的相关性：见上文，第1146页。

[342] 例如，参看 M. Akehurst, "Enforcement Action by Regional Agencies", 42 BYIL, 1967, p. 175; *Les Forces Régionales du Maintien de la Paix* (ed. A. Pellet), Paris, 1982; C. Borgen, "The Theory and Practice of Regional Organization Intervention in Civil Wars", 26 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1994, p. 797, and I. Pogany, "The Arab League and Regional Peacekeeping", 34 NILR, 1987, p. 54.

[343] 一些组织明确将自身认定为第8章下的区域机构，例如美洲国家组织（参见1948年《美洲国家组织宪章》第1条），欧洲安全与合作组织（参见1992年《赫尔辛基峰会宣言》第25段，2000年《欧洲安全宪章》，39 ILM, 2000, p. 255，以及联大决议第47/10号），以及独立国家联合体（参见35 ILM, 1996, p. 783）。关于欧洲安全与合作组织根据代顿和平安排在波斯尼亚的作用，见上文，第18章，第1034页。

[344] 即涵盖的是第41和42条中的所有行动还是仅仅是那些使用军事武力的行动。

要事先批准，而且直到行动实际上已经开始也不需要安理会的授权。[345] 但是，很明显，联合国非常希望与地区组织开展协调行动。[346] 1275

第52条第2款和第3款确立在诉诸安理会之前应通过区域机制和平解决争端，这是更合意的路线，而且大体上也一直是联合国的实践。[347] 执行行动是另外一回事，根据《宪章》安理会在这个方面具有优先权。但是，第51条对固有集体自卫权的引述的确有些减损第八章的效果，另外看似清楚的一点是，基于各方同意且除自卫外避免使用武力的传统意义上的区域维和行动，也不需要安理会的授权。

冷战之后的实践充分显示了安理会对区域组织潜力不断增加的认识。安理会决议中对此的提示是多种多样的。有些在不提到第八章的情况下明确提及、称赞或支持区域组织的工作[348]，有些则明确提到了第八章[349]，另有一些则指出安理会根据第八章而行动。[350]

区域组织和联合国之间互动的一个特别有趣的例子发生于海地问题上。美洲国家组织在1991年当选总统让·伯纳德·阿里斯蒂德被推翻之后对海地采取了制裁措施。[351] 虽然联大欢迎这些行动[352]，但安理会却没有作出反应。最终，在1993年6月，安 1276
理会根据第七章对海地实施了武器和石油禁运。第841号决议(1993)明确提到了美洲

---

[345] 注意"威胁、挑战与变革"高级别专家组的报告，A/59/565，2 December 2004，指出，"地区和平行动在任何情况下都应当寻求安理会的授权，并承认在某些紧急情况下，授权可以在行动开始后获得"，同前，第272(a)段。

[346] 参见，例如，秘书长，《和平议程》，A/47/277，1992年6月17日，第37页以及秘书长，《大自由》，A/59/2005，2005年3月21日，第213段，建议联合国与拥有冲突预防或维和能力的区域组织签署谅解备忘录，建立这些组织与联合国待命安排制度的联系。另见2005年世界首脑会议成果，联大决议第60/1号和安理会决议第1631(2005)号，以及随后秘书长的报告，A/61/204-S/2006/590，2006年7月28日，第94段及以后。另见S/25184(1993)。

[347] 尽管第52条(4)款规定"本条不妨碍第34和35条的适用"。例如，参见：Simma, *Charter.*, p. 848.

[348] 例如安理会第743号决议(1992)，称赞欧共体和欧安会在前南斯拉夫所做的工作以及第855号决议(1993)，认同欧安会在前南斯拉夫的行动；以及第865号决议(1993)，指出阿拉伯联盟、非洲统一组织和伊斯兰会议组织在索马里问题上作出的努力。

[349] 例如，关于前南斯拉夫的安理会第727(1992)号决议；关于马其顿的第795(1992)号决议；关于前南斯拉夫的第757(1992)号决议；扩大波斯尼亚禁飞区的第816(1993)号决议，以及关于前南斯拉夫的第820(1993)号决议；关于索马里的第751(1992)号决议，"认识到联合国与区域组织在《联合国宪章》第八章框架下合作的重要性"。

[350] 参看关于海上封锁前南斯拉夫的安理会第787(1992)号决议；关于索马里的第794(1992)号决议。

[351] 美洲国家组织决议MRE/RES1/91，MRE/RES.2/91 and MRE/RES.3/92，见OAS宪章第19条，另见S/23109，1991.

[352] 参见大会第46/7号决议，1991年。

国家组织的一系列决议[353],称赞了美洲国家组织秘书长的工作并强调了"区域组织与联合国之间有效合作的"必要。[354] 在第 875 号决议(1993)中,安理会根据第七章和第八章呼吁会员国"单独或通过区域机关或方法"与海地合法政府合作,以确保武器和石油禁运的实施。[355]

利比里亚是另一个有益的例子。[356] 1989 到 1990 年间该国爆发了错综复杂的内战,在联合国和非洲统一组织都没有行动的情况下,西非国家经济共同体(ECOWAS)决定采取行动。该组织,由包括利比里亚在内的 16 个国家组成,意在改善该地区的生活水准。[357] 1978 年,该组织签署了一个不侵犯议定书,并于三年之后生效。[358] 该议定书禁止成员国之间的相互侵略,但并没有明确提出维持和平行动或规定单边干涉的权利。1990 年 5 月,ECOWAS 设立了一个常设调停委员会,它呼吁利比里亚各方立即停火,并呼吁由 ECOWAS 监督团(ECOMOG)监督停火的实施。该监督团在尼日利亚的领导下,
1277 于 1990 年 8 月进入利比里亚,并卷入了实际战斗。ECOWAS 是否为自己提供了足够的法律基础来论证其所采取的行动,这一点并不清楚,而联合国直到 1991 年 1 月才介入此事,当时安理会主席发表了一个声明,称赞了 ECOWAS 在利比里亚促进和平的努力,并要求冲突各方与 ECOWAS 充分合作。[359] 1992 年 4 月,ECOMOG 进而在利比里亚与塞拉利昂边界确立了 1991 年 10 月谅解协议(亚穆苏克罗第四协议)中设想的利比里亚各方之间的缓冲区,以保护该国所有的出入点并解除战斗人员的武装。[360]

但是局势持续恶化,安理会于该年 11 月通过了第 788 号决议(1992)。该决议断定

---

[353] 除了已经提到的,还包括 MRE/RES.4/92, MRE/RES.5/93 and CP/RES.594 (923/92), 以及 CP/Dec. 8 (927/93), CP/Dec. 9 (931/93)和 CP/Dec. 10 (934/93)号宣言。

[354] 另见安理会第 917(1994)号决议和第 933(1994)号决议。

[355] 另请注意美国就其入侵格林纳达所作的充满疑问的辩护称,1981 年成立东加勒比国家组织的条约就是必要的"现有的"或"专门的"条约。但是,东加勒比国家组织防卫委员会只能在外部入侵的情况下以全体一致作出行动,而在格林纳达事件中,美军登陆该岛国以推翻马克思主义政府的做法并没有满足这些要求:例如,参见:J. N. Moore, *Law and the Grenada Mission*, Charlottesville, 1984, pp. 45—50, and W. C. Gilmore, *The Grenada Intervention*, London, 1984. 另见 American Bar Association Section of International Law and Practice, Report on Grenada, 1984.

[356] 例如,参看 G. Nolte, "Restoring Peace by Regional Action: International Legal Aspects of the Liberian Conflict", 53 ZaöRV, 1993, p. 603.

[357] 参见 1975 年 ECOWAS 条约第 2 条。另见 F. Olonisakin, *Reinventing Peacekeeping in Africa: Conceptual and Legal Issues in ECOMOG Operations*, The Hague, 2000.

[358] 另见 1981 年《关于防卫互助的议定书》。

[359] S/22110/Add.3, 1991.

[360] S/23863, 1992. 这也得到了安理会主席声明的支持,S/23886, 1992,另见 S/24815, 1993.

局势的恶化构成了对"尤其是整个西非"的国际和平与安全的威胁并重申了《宪章》第八章。该决议称赞了 ECOWAS"在利比里亚恢复和平、安全与稳定的努力",并根据第七章,对该国实施了武器禁运。第 813 号决议(1993)重申了这种支持,还指出了非统组织对 ECOWAS 的努力的认可。[361] 在联合国秘书长特别代表的协助下,一个新的和平协议于 1993 年 7 月 25 日在科托努签署,它呼吁 ECOWAS 和联合国协助该协议的实施。[362] 联合国利比里亚观察团因此成立以协助这一进程。[363] 安理会第 866 号决议(1993)特别指出"这将是第一个联合国开展的与另一个已经由其他组织所设立的维和行动进行合作的维和行动,在这里也就是 ECOWAS"。此后的决议继续称赞了 EOWAS 的行动,并且扩展了联合国利比里亚观察团。最后,选举得以进行。[364] 2003 年当 ECOWAS 试图干涉利 1278
比里亚时,安理会根据《宪章》第七章通过了第 1497(2003)号决议,授权在 ECOWAS 基础上建立一支多国部队,以支持执行 2003 年 6 月 17 日的停火协议。并赞扬了 ECOWAS 在《宪章》第八章框架下的作用。2003 年 10 月通过的第 1509 号决议将管理权限从 ECOWAS 部队转移到新的联合国利比里亚特派团。

因此,利比里亚局势具有以下明显特点:第一,区域组织干涉内战以确保停火,而该组织在这个领域的权力与清晰的组织章程授权相去甚远;第二,直到 1992 年安理会才作出迟延的在第八章背景下的支持;第三,第一个联合国与区域组织共同设立的维和行动;第四,联合国接受了区域组织与具有一种不确定的监督和鼓励和平作用的联合国行动在军事问题方面的责任。还应该指出,除了第 788 号决议(1992)实施的武器禁运以外,安理会决议都避免提及第七章。因此,联合国承担了一个非常次要的角色。很明显,虽然安理会最终支持了 ECOWAS 所采取的行动,但这与第八章的精神与条款是否完全相符仍是值得质疑的。[365] 最终,安理会全面通过了 ECOWAS 的行动,并授权采取进一步的

---

[361] 另见 S/25402, 1993.

[362] 该和平协议规定,ECOMOG 将负有监督该协议军事条款的主要责任,联合国监督并确认该过程, S/26200, 1993, 以及安理会 866 (1993)号决议序言。

[363] 参见安理会第 856(1993)号和第 866(1993)号决议,另见 S/26200 以及 S/26422 和 Add. 1, 1993。

[364] 例如,安理会第 911 号决议(1994),称赞非洲国家向 ECOMOG 派出部队;第 1014 号决议(1995),鼓励非洲国家派出部队加入 ECOMOG;关于选举的第 1020 号决议(1995),第 1071 号决议(1996),第 1100 号决议(1996),第 1116 号决议(1997)。还有在选举后安理会主席于 1997 年 7 月作出的声明中称赞了 ECOMOG,S/PRST/1997/41. 关于 ECOWAS,见上文,第 18 章,第 1029 页。

[365] 同样注意到 ECOWAS 根据几内亚比绍共和国政府与反对派军政府之间达成的协议从而参与到该国事务中:38 ILM, 1999, p.28。安理会第 1233 号决议(1999)欢迎 ECOMOG 发挥的作用。ECOMOG 也对塞拉利昂危机产生了影响:例如安理会第 1162 号决议(1998)就称赞了 ECOWAS 和 ECOMOG 在恢复国际和平与安全方面发挥了重要作用,以及第 1270 号决议(1999)和 1289 号决议(2000)。

此类行动，之后又将 ECOWAS 的行动纳入到联合国维和行动中。

继 20 世纪 90 年代早期联合国在索马里的失败经验之后，联合国在实践中经历了一个长时间的忽略期，在此期间联合国保持对该国的武器禁运，并表达对寻求解决这一复杂内战的区域行动的支持。例如在一些安理会决议中，安理会根据第七章，呼吁继续武器禁运并赞扬非洲联盟和东非政府间发展组织（IGAD）、以及支持索马里过渡联邦政府的次地区组织的努力。[366] 在第 1725（2006）号决议中，理事会根据《宪章》第七章以及东非政府间发展组织和非盟随后通过的各项决定，授权东非政府间发展组织以及非盟成员国在索马里建立一个“保护和培训特派团”，其使命包括监督过渡联邦机构和伊斯兰法院联盟执行对话过程中达成的协议的进展以及维持拜多阿（过渡联邦政府的总部）的安全。2007 年 1 月，非盟决定向索马里部署一个 6 个月的特派团（AMISOM），旨在稳定局势，并发展为联合国索马里长期稳定和冲突后恢复行动。[367]

正如已经指出的，联合国在波斯尼亚局势中，尤其是为了实施对前南斯拉夫所有国家的武器禁运以及实施对南斯拉夫联邦共和国（塞尔维亚和黑山）的制裁而借助了北约组织。[368] 北约飞机从 1993 年 4 月起特别使波斯尼亚（禁飞行动）上空的“禁飞”区得到执行，1994 年 2 月 28 日，四架战机因侵犯禁飞区而被北约飞机击落。北约飞机还自 1993 年 6 月起为 UNPROFOR 提供了密切的空中支持，以及自 1994 年 4 月，开始了保护“安全区”中的联合国人员的空中支持。北约在 1994 到 95 年间应联合国的请求对很多地方实施了空袭。[369] 代顿和平协议于 1995 年 11 月签署之后，六万名由北约领导的执行部队（IFOR）开始了在波斯尼亚的行动。这一行动由安理会根据第七章在第 1031 号决议（1995）中授权进行，根据这一决议，执行权力由 UNPROFOR 转移给了 IFOR。在很短的时间内，该组织让位于由北约领导但也包括非北约国家的 SFOR（稳定部队）。[370]
1280 SFOR 于 2004 年被欧盟部队，欧盟驻波黑多国稳定部队（EUFOR）替代。[371] 在科索沃，

---

〔366〕 参见决议第 1630（2005）号、1676（2006）号和 1724（2006）号。

〔367〕 经由安理会决议第 1744（2007）号授权。

〔368〕 北约在亚得里亚海上根据“鲨鱼卫士”行动进行的海事活动得到了西欧联盟的协助。

〔369〕 参看 S/1995/444，1995 年。

〔370〕 参见安理会第 1088（1996）号决议，另见 http://www.nato.int/sfor/index.htm.

〔371〕 由安理会决议第 1575（2004）号授权。注意 2003 年 5 月 30 日安理会通过的第 1484 号决议授权在布尼亚部署临时紧急多国部队。通过 2003 年 6 月 5 日的决定，欧盟理事会授权根据安理会决议派遣一只维和部队另见另见 EUFOR2006 年在刚果民主共和国采取的行动；参见 Council Joint Action 2006/3 19/CFSP（被 Council Joint Action 2007/147/CFSP 撤销）and Council Decision 2006/412/CFSP as authorised in Security Council resolution 1671（2006）；以及自 2007 年在乍得和中非共和国的行动：参见 Council Joint Action 2007/677/CFSP and Council Decision 2008/101/CFSP 由安理会第 1778（2007）号决议授权。

一个国际安全存在与一个国际民事存在并存[372]，而这一部队，KFRO，如同波斯尼亚的SFOR一样，也由北约领导。[373] 科索沃于2008年2月宣布独立。[374] 2001年12月，安理会根据波恩协定授权建立阿富汗国际安全支援部队（ISAF）。[375] 2003年3月，开始于2001年8月的北约在前南斯拉夫马其顿共和国的维和行动移交给欧盟，这成为欧盟的第一个此类行动。[376]

与区域性组织在维和及执行方面最为引人注目、影响最深远的合作是联合国—非盟达尔富尔混合行动。2004年7月设立了非盟驻苏丹特派团，作为与欧盟订立的停火监督安排的一部分。同年8月，非盟派遣部队保护监督人员，部队从此发展起来。由于不断恶化的局势，包括苏丹政府的问题以及资源问题，非盟部队最终与联合国部队融合，并于2007年形成了影响最深远的合作是联合国—非盟达尔富尔混合行动。[377]

进一步阅读推荐书目

Bowett's Law of International Institutions (eds. P. Sands and P. Klein), 5th edn, London, 2001

The Charter of the United Nations (ed. B. Simma), 2nd edn, Oxford, 2002

S. Chesterman, T. M. Franck and D. M. Malone, *Law and Practice of the United Nations*, Oxford, 2008

J. P. Cot, A. Pellet and M. Forteau, *La Charte des Nations Unies: CommentaireArticle par Article*, 3rd edn, Paris, 2005

J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edn, Cambridge, 2005, chapter 10

---

[372] 参见安理会第1244(1999)号决议，另见上文，第5章，第1232页。

[373] 例如，参看 http://www.nato.int/kfor/welcome.html.

[374] 见上文，第9章，第452页。

[375] 参见决议第1386(2001)号。其使命在不同的领导下被不断延期：参见决议第1413(2002)号、1444(2003)号、1510(2003)号，将其作用覆盖到全国，1563(2004)号、1623(2005)号、1707(2006)号及1776(2007)号。自2003年8月11日，ISAF由北约支持和领导：参见 www.natootan.org/isaf/topics/history/index.html.

[376] 参见 See www.nato-otan.org/issues/nato fyrom/evolution.html.

[377] 参见 www.africa-union.org/DARFUR/homedar.htm; www.unmis.org/english/au.htm and www.accord.org.za/ct/2005-4/ct4 2005 pgs52 53.pdf. 关于UNAMID，进一步参见上文，第1266页。

23
国际机构[1]

导论

现代民族国家的进化和后来建立于不断增加的独立主权领土单位之上的国际秩序的发展，不可避免地引发了国际合作的问题。[2] 第一个有组织的国际合作的重要事件是1648年的威斯特伐利亚和会，它结束了中欧的30年宗教冲突并正式建立了现代欧洲政治的世俗民族国家安排。[3] 一个多世纪以后，1815年的维也纳和会则结束了拿破仑

---

〔1〕 经常称为"国际组织"。这两个术语将互换使用。

〔2〕 参看 C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2nd edn, Cambridge, 2005; J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, 2005; D. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005; H. G. Schermers and N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd edn, The Hague, 1995; J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002; *Bowett's Law ofInternational Institutions* (eds. P. Sands and P. Klein) 5th edn, London, 2001; N. White, *The Law of International Organizations*, Manchester, 1996; P. Reuter, *International Institutions*, London, 1958; *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 1983, vols. V and VI; G. Schwarzenberger, *International Law*, London, 1976, vol. III; E. Lauterpacht, "The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals", 152 HR, p.377; F. Kirgis, *International Organizations in their Legal Settings*, 2nd edn, St Paul, 1993; A. El Erian, "The Legal Organization of International Society" in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, p.55; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1968, vol. XIII; *A Handbook of International Organizations* (ed. R. J. Dupuy), Dordrecht, 1988; I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations In and Under International Law*, Cambridge, 1987; F. Morgenstern, *Legal Problems ofInternational Organizations*, Cambridge, 1986, and Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier and A. Pellet, *Droit International Public*, 7th edn, Paris, 2002, p.571. 另见：G. Schiavone, *International Organizations: A Dictionary and Directory*, London, 1992, and Union of International Associations, *Yearbook of International Organizations*, 39th edn, Brussels, 5 vols., 2002—3.

〔3〕 参看 L. Gross, "The Peace of Westphalia, 1648—1948" 42 AJIL, 1948, p.20.

战争，使其成为第一个通过定期国际会议调整国际事务的制度化尝试。[4] 该次大会的 1283
体系以各种形式持续了几乎一个世纪，不仅使政治权力的平衡制度化，也使一种半正式的国际秩序机构化。[5]

直到第一次世界大战爆发以前，世界事务在很大程度上都受到在欧洲召开的定期会议的影响。1856 年的巴黎会议和 1871 年的柏林会议解决了巴尔干问题，而 1884 到 1885 年间的柏林会议则为开始出现的对非洲的瓜分规定了某种秩序。这些会议，与其他类似会议一样，是设立国际机构的前奏，但是它们自身也变得越来越难以完成它们希望完成的任务。会议只有在有关各国中的一个和多个国家通常在国际危机之后倡导时才可能召开，而这种临时程序严重拖延了问题的解决。它意味着只有受到特别邀请的国家才能与会，而且这些国家在全体一致的基础上才能作出决定，这一因素严重限制了对这种体制的利用。[6]

国际非政府协会也在 19 世纪得到巨大发展，例如红十字国际委员会（成立于 1863 年）以及国际法协会（成立于 1873 年）。这些民间国际联合体[7]表明在特定问题上存在广泛的利益共同体，人们也认识到只有国际合作才会有效。这些联合体创设了定期会议机制，而且很多还设立了常设的秘书处。这些组织的工作在影响政府活动和刺激世界行动方面曾具有，而且依然具有巨大的价值。[8]

此外，在 19 世纪发展出了一系列公共国际联合体。它们是为了特定目的而将政府各部门和行政机关联结起来并通过多边条约而设立的职能协会。最初的此类政府间协会的例子是为了莱茵河和多瑙河，以及后来中欧和西欧其他作为交通要道的河流更加有 1284
效地运作而设立的国际委员会。[9] 给予这些委员会的权力各不相同，但是它们大多都执行重要的管理和立法职能。1865 年，国际电信联盟成立，它具有一个常设办事处或秘书处，九年之后万国邮政联盟设立。它将常设办事处与定期会议结合起来，通过多数票作出决议。这标志着又向前迈出一步，因为临时会议的政治秩序的弱点之一就是一致同意的必要性。

19 世纪后半叶特别标志着此类公共国际联盟的增加，涵盖了交通、通讯、卫生和经济合作。这些联盟将自身限制在处理特定领域问题方面，并不具全面性，但是它们引入

---

〔4〕 参看 El Erian, "Legal Organisation", p. 58. 另见 A. Zamoyski, *Rites of Peace*, London, 2007.

〔5〕 参看 Reuter, *Institutions*, pp. 55—6. 另见 *Bowett's International Institutions*, chapter 1.

〔6〕 *Bowett's International Institutions*, p. 3.

〔7〕 同上，第 4—65 页。

〔8〕 关于红十字国际委员会在国际人道主义法中的作用，见上文，第 21 章，第 1200 页。

〔9〕 参见 *Bowett's International Institutions*, pp. 6—9.

了崭新的理念，这为20世纪普遍性组织铺设了道路。常设秘书处、定期会议、多数表决、加权表决和按比例分担财政等概念对于便利管理合作都很重要，并且它们也为当代国际机构奠定了基础。

国际组织（或者机构）如今不可或缺。在全球化的世界中，它们跨越国界推进合作，顾及到了诸多领域内困难的确认、讨论和解决，从维持和平和实施和平行动，到环境、经济和人权问题。国际法律体系的这一维度容许新的规则、新的行为模式和新的合规机制的较快产生。无疑，如果现代国际法存在一种至为重要的特征的话，那就是国际机构的发展和影响——无论是普遍性的、全球性的、地区性的还是次区域性的国际机构。

国际组织概览

普遍性组织

20世纪的创新就是全球化、全面性的国际组织，例如国际联盟和联合国的创立。在
1285 很多方面，它们是民间和公共国际联盟先驱工作合乎逻辑的顶点，它们中的很多组织都要求某些形式的中央协调。这是国联[10]和联合国都试图提供的职能。[11] 与联合国形成联合的则是其专门机构。这些是由政府间协议建立起来的、在经济、社会、文化和其他与联合国建立关系的领域内负有广泛国际责任的组织。[12] 多数专门机构都设计出了一些方法可使得特定组织的决定实际上对其会员有拘束力。就国际劳工组织（成立于1919年，保护和扩展工人权利）、联合国教科文组织（联合国教育、科学及文化组织的创立是为了通过各种活动促进知识的增长和传播，包括技术援助以及与各国政府的合作行动）和世界卫生组织（成立于1946年，目的是统一卫生保健标准）而言，则尤其如此。[13] 虽然这些机构不能进行通常意义上的立法，但是它们能够非常有效地施加压力以阻止不

---

〔10〕 参看 *Bowett's International Institutions*, chapter 2; G. Scott, *Rise and Fall of the League of Nations*, London, 1973; El Erian, "Legal Organization", pp. 60及其以下, and F. P. Walters, *A History of the League of Nations*, Oxford, 2 vols., 1952.

〔11〕 见上文，第22章。

〔12〕 宪章第57条。另见第62-6条以及J. Harrod, "Problems of the United Nations Specialised Agencies at the Quarter Century", 28 YBWA, 1974, p. 187, and Klein, in Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. V, pp. 349—69. 另见El Erian, "Legal Organization", pp. 55, 96—106.

〔13〕 另见粮农组织，成立于1943年，收集并传播与农业和营养问题有关的信息：参见R. W. Phillips, *FAO, Its Origins, Formation and Evolution 1945—1981*, Rome, 1981. 另见www.fao.org/.

遵行建议和公约的行为。[14]

国际复兴开发银行(IBRD—世界银行)产生于1944年的布雷顿森林会议,其目的是鼓励金融投资,它与国际货币基金组织(IMF)紧密合作,后者旨在协助货币合作并增加世界贸易。一个国家只有是国际货币基金组织的会员才能成为世界银行的会员。这两 1286
个机构的全权机关是董事会;执行机关则是执行董事会。这些机构位于华盛顿,由国际发展协会(IDA)和国际金融公司(IFC)协助工作,这两个机构隶属于世界银行,鼓励金融投资和以宽松条件获得贷款。这些金融组织与其他专门机构不同之处在于,它们的权力属于董事会,表决则根据出资份额进行加权。非常重要的决定需要总票数70%到85%的赞成票。国际复兴开发银行、国际发展协会和国际金融公司与多边投资保证机构一起构成了"世界银行集团"。[15]

诸多越来越重要的国际经济安排与机构(不是专门机构)建立了起来。1947到1948年在哈瓦那召开的国际会议决定设立一个国际贸易组织,催生了关税及贸易总协定。[16]这一组织实际上并没有产生。但是,在会前不久,各方达成了《关税及贸易总协定》,包括一系列关税减让和贸易规则,这一最初是临时性的文件一直持续有效。这种安排在双边贸易谈判的基础上运作,配以对最惠国原则的无条件接受(据此一国得到的最惠国利益也给予其他国家),虽然在这一方面对发展中国家存在特殊条件。在关贸总协定的主持下,举行了一系列回合的关税和贸易谈判,提供一揽子贸易谈判,实现了广泛的关税减 1287
让,并达成有关减少非关税壁垒的协议。第八轮此种回合,被称为乌拉圭回合,开始于

---

[14] 下列专门机构也应当顺便提及:国际民用航空组织;万国邮政联盟;国际电信联盟;世界气象组织;国际海事组织;世界知识产权组织;国际农业发展基金;联合国工业发展组织。国际原子能机构作为联合国内的自治组织而存在。例如,参看 L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3rd edn, St Paul, 1993, chapter 18.

[15] 例如,参看 *Bowett's International Institutions*, pp. 87 ff. 另见 W. M. Scammell, "The International Monetary Fund" in *The Evolution of International Organizations* (ed. E. Luard), London, 1966, chapter 9; A. Shonfield, "The World Bank", 同上, chapter 10; R. Townley, "The Economic Organs of the United Nations", 同上, chapter 11, and C. W. Alexandrowicz, *The Law-Making Functions of the Specialised Agencies of the United Nations*, Sydney, 1973, chapter 9. 另见 www.worldbank.org/.

[16] 例如,参看 A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2nd edn, Oxford, 2008; J. H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of InternationalLaw*, Cambridge, 2006; K. W. Dam, *The GATT, Law and International Economic Relations*, Chicago, 1970; J. H. Jackson, *The World Trading System*, 2nd edn, Cambridge, MA, 1997; T. Flory, "Les Accords du Tokyo Round du GATT et la Réforme des Procedures de Règlement des Différends dans la Système Commercial Interétatique", 86 RGDIP, 1982, p. 235; A. H. Qureshi, *International EconomicLaw*, London, 1999, and I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 2nd edn, Dordrecht, 1992, p. 90.

1986 年,并于 1994 年 4 月 15 日以在马拉喀什签订了一个冗长繁复的协议而告终结,该协议涵盖了一系列经济问题。该协议还规定在 1995 年 1 月 1 日成立世界贸易组织,作为一个具有秘书机构的常设组织。该组织包括一个部长会议,由所有成员的代表组成,至少每两年召开一次会议;一个由所有成员的代表组成的总理事会,在适当时召开会议并在各届会议之间执行部长会议的职能[17];在总理事会总体指导下有货物贸易、服务贸易以及与贸易有关的知识产权问题三个理事会;一个秘书处和一个总干事。[18] 该组织的主要宗旨是监管和实施共同构成世界贸易组织的多边贸易协定,充当多边贸易谈判的平台,审理和解决贸易争端,并监督国内贸易政策。1947 年的关税及贸易总协定一直持续到 1995 年底,经修订后作为 1994 年关税及贸易总协定被有效地囊括在了世界贸易组织体系之中。[19]

区域组织

第二次世界大战结束以来,在地理和观念上联结相关国家的区域组织的蓬勃发展振奋人心。诸多因素可以解释这一现象。冷战的开始和安理会执行程序上的挫败刺激了区域防卫联盟(例如北约组织和华约组织)和集团政治的成长。北约及其各种覆盖中东和远东的姐妹组织对抗了华沙条约组织。非殖民进程产生了几十个独立国家,它们中的多数迫切希望在东西方之间扮演不结盟的角色,而全球化的兴起则意味着所有国家都构成同一个经济贸易体系的一部分,不再能有效地单独行动,从而促进了地区经济安排的发展。

1288 欧洲

区域主义是在欧洲才在组织机构上有了最大的发展。尤其是,欧洲经济共同体(后称欧盟)的建立意在为具有深远意义的经济和政治一体化的西欧复兴奠定基础。[20] 它

---

[17] 总理事会还将举行会议履行争端解决机构和贸易政策审查机构的职责:参见 1994 年的协议第 4 条第 3 款和第 4 款。

[18] 参见该协议第 9 条。

[19] 另见关于 WTO 争端解决机制,上文,第 18 章,第 1036 页。

[20] D. Chalmers and A. Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge, 2007; P. Craig and G. De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 4th edn, Oxford, 2007; T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 6th edn, Oxford, 2007; J. Steiner, L. Woods and C. Twigg-Flesner, *EU Law*, 9th edn, Oxford, 2006; *Lasok's Law and Institutions of the European Communities* (eds. D. Lasok and K. P. E. Lasok), 7th edn, London, 2001, and D. Wyatt and A. Dashwood, *European Community Law*, 4th edn, London, 2000.

已经发展成为具备超国家要素的重要区域组织。最初由三个互相关联的共同体(1951年欧洲煤钢共同体,1957年欧洲原子能共同体和欧洲经济共同体)组成,欧盟力图建立一个单一的统一市场,具有共同的外部关税,消除内部关税和配额,并促进资本和劳动力的自由流动。1986年《单一欧洲法案》以及1992年《欧洲联盟条约》都引入了重要变革。2007年签署的、正待批准的《里斯本条约》,意图简化欧盟的治理。欧盟的成员国不断扩大,目前包含27个国家。欧盟的机关主要包括欧洲议会、部长理事会、委员会和欧洲法院。[21]

欧洲理事会成立于1949年,具有广泛的合作目标。[22] 目前有47个成员国。理事会包括部长委员会,由各国政府代表组成,以及议会大会,由代表各个成员国议会的代表组成。欧洲理事会最重要的一部分工作就是准备和制定公约和议定书。[23] 它们数量庞大,包括著名的《欧洲保护人权和基本自由公约》(1950),还包括《欧洲社会宪章》 1289
(1961),以及针对文化和教育问题的协议和涵盖了专利、引渡、移民、国家豁免、恐怖主义和其他问题的很多公约。

欧洲安全与合作组织(OSCE)[24]最初随着欧洲大国(以及美国和加拿大)的赫尔辛基会议而成立于1975年。《赫尔辛基最后文件》并非一个拘束性的条约,而是一个政治文件,涉及三个领域或者说"篮子",即欧洲安全问题、经济、科学和科技领域的合作以及人道事务领域的合作。会议本身(当时称为欧洲安全与合作会议,CSCE)是一个定期召开跟进会议审查《赫尔辛基最后文件》的实施的外交会议,但是到20世纪80年代末东欧剧变之后,组织才发展起来。1990年签署的《新欧洲巴黎宪章》规定了第一批常设机构。欧洲安全与合作组织本质上是个冲突预防组织,设有民主机构与人权署,负责在组织区域推动人权和民主。它还监督选举。执行行动的总体职责由轮值主席负责,并受到三人

---

[21] 注意经济合作与发展组织,成立于1960年,它发展自执行意在复兴欧洲经济的美国马歇尔计划的欧洲机制。参见 C. Archer, *Organising Europe*, London, 1994, chapter 3; *Bowett's International Institutions*, pp. 167 ff., and Miller, "The OECD", YBWA, 1963, p. 80.

[22] 参见 Archer, *Organising Europe*, chapter 4; A. H. Robertson, *The Council of Europe*, 2nd edn, London, 1961, and T. Ouchterlony, *The Council of Europe in the New Europe*, Edinburgh, 1991. See also above, chapter 7, p. 345, and www. coe. int.

[23] 参见《欧洲理事会规约》第15、16条。

[24] 参见 *The CSCE* (ed. A. Bloed), Dordrecht, 1993; J. Maresca, *To Helsinki—The CSCE 1973—75*, Durham, 1987; *Essays on Human Rights in the Helsinki Process* (eds. A. Bloed and P. Van Dijk), Dordrecht, 1985; A. Bloed and P. Van Dijk, *The Human Dimension of the Helsinki Process*, Dordrecht, 1991, and D. McGoldrick, "The Development of the Conference on Security and Co-operation in Europe—From Process to Institution" in *Legal Visions of the New Europe* (eds. B. S. Jackson and D. McGoldrick), London, 1993, p. 135. See also www. osce. org/and above, chapters 7, p. 372, and 18, p. 1032.

领导小组(即现任、前任和继任主席)的协助。1992 年,该组织任命了少数民族高级专员[25],还设有多种协助争端解决的使团。该组织在波斯尼亚和平安排中也发挥了作用。[26] 该组织目前有 56 个参与国。

北大西洋公约组织(NATO)[27]设立于 1949 年,以对抗可能来自东方的威胁。它联
1290 合了美国、加拿大和 14 个欧洲国家,实质是为了保护西欧(虽然希腊和土耳其也参与其中)。根据这一条约[28],各方同意当其中一国的领土完整、政治独立或安全受到威胁的时候进行磋商[29],并认可对欧洲或北美一个或多个国家的武装攻击是对所有这些国家的攻击。[30]

这一联盟(现在包括 26 个国家)包括一个作为最高机关的理事会,所有成员在理事会都有代表[31],以及一个北约议会大会(北大西洋议会),它是一个官方咨询机构。冷战的结束为这个组织带来了很多变化。1997 年建立了欧洲—大西洋伙伴关系理事会(EAPC)(现有 50 个成员,包括北约国家和前华沙条约成员国,包括苏联的各个继承国)。[32] 1994 年启动了和平伙伴关系项目,将欧洲—大西洋伙伴关系理事会和其他欧洲安全与合作组织国家联结为一个合作框架,这有可能为北约提供扩大自身会员国的机制。它目前有 34 个合作伙伴。和平伙伴关系项目关注实际的、与防卫相关的军事合作,而欧洲—大西洋伙伴关系理事会则是一个广泛磋商政治和安全问题的平台。参加和平伙伴关系的国家签署一个框架文件,申明承诺保持民主社会,维护国际法原则,善意履行

---

[25] 见上文,第 7 章,第 376 页。

[26] 见上文,第 18 章,第 1034 页。

[27] 参见 *The NATO Handbook*, Brussels, 2002 and at www. nato. int/docu/handbook/2001/index. htm; Archer, *Organising Europe*, chapter 9; *Bowett's International Institutions*, pp. 180 ff.; K. Myers, *NATO, The Next Thirty Years*, Boulder, 1980, and L. S. and R. W. Clawson, *NATO After Thirty Years*, Wilmington, 1981.

[28] 43 AJIL, 1949, Supp., p. 159.

[29] 第 4 条。对土耳其的支援被提出并且与 2003 年初根据第 4 条加以提供:参见 http://www. nato. int/docu/pr/2003/p030216e. htm.

[30] 第 5 条。本条首次被援引是在 2001 年 9 月 12 日,其时各盟国宣称对美国的恐怖主义袭击被认为是对该联盟所有成员的袭击:参见 http://www. nato. int/docu/pr/2003/p030216e. htm.

[31] 第 9 条。

[32] 取代了 1991 年成立的北大西洋合作理事会(NACC)。

《联合国宪章》的义务和《世界人权宣言》中的原则以及尊重现有边界。[33]

独立国家联合体根据俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰于1991年12月8日在明斯克签署 1291
的协议而成立,同年12月21日,其他八个前苏联加盟共和国于阿拉木图加入联合体。格鲁吉亚于1993年加入,这样该组织现在就包括了除了波罗的海三国以外所有的前苏联加盟共和国。该组织建立的基础是尊重成员国领土完整,成员国同意在联合指挥之下,维持和保持一个共同的军事和战略空间,包括对核武器的联合控制。各国还同意设立共同的协调机构。[34] 1993年1月独联体在明斯克通过了一个宪章。[35] 根据该宪章,独联体被描述为建立在成员国主权平等的基础之上,这些成员国是独立的国际法主体。它明确指出独联体不是一个国家,也没有超国家的权力。[36] 独联体的最高机关是国家元首理事会,而政府首脑理事会则具有协调职能。[37] 这两个理事会的决议都应以共同同意作出。[38] 1993年,除乌克兰和土库曼斯坦外,独联体国家的国家领导人签订了成立经济联盟的条约,而1995年,12个成员国中的7个又签署了一个维护独联体外部边界的协定。成员国在各个方面也签署了很多协定,包括防止贩毒和恐怖主义,但是这些协定中的很多都没有得到批准。[39]

美洲大陆[40]

美洲国家组织出现于第二次世界大战之后,是在泛美联盟和1980年以来各种美洲国家间会议已经完成的工作的基础上形成的。它包括两个基本条约:1947年《美洲国家间互助条约》(里约条约),这是一个集体自卫体系,以及1948年的《波哥大宪章》,即美 1292

---

〔33〕 关于北约参与维和与和平执行,见上文,第22章,第1279页。同样注意,根据1992年欧盟条约,西欧联盟是欧盟不可分割的一部分,并且是加强大西洋联盟中欧洲这一支柱的防务要素。西欧联盟在南斯拉夫危机中也发挥了作用,既与北约合作实施了安理会制裁,还构成了1994年7月波斯尼亚莫斯塔尔市的欧盟/西欧联盟联合管理委员会的一部分。1997年,西欧联盟还在阿尔巴尼亚开展了警察培训并自1997年开始在克罗地亚实施扫雷行动。参见 Archer, *Organising Europe*, chapter 10, and T. Taylor, *European Defence Co-operation*, London, 1984. See also www. weu. int/.

〔34〕 参见《明斯克协议》第5,6,7条,31 ILM, 1992, pp. 143 及其以下。

〔35〕 参见 4 Finnish YIL, 1993, p. 263.

〔36〕 参见第1条。

〔37〕 第21和22条。

〔38〕 第23条。此外还有与各类部长有关的其他理事会,见第27,28,30,31条,以及一个经济法庭和一个人权委员会,见第32和33条。

〔39〕 参见 www. cis. minsk. by/main. aspx? uid = 74.

〔40〕 参见 *Bowett's International Institutions*, chapter 7; A. V. W. Thomas and A. J. Thomas, *The Organization of American States*, Dallas, 1963; M. Ball, *The OAS in Transition*, Durham, 1969, and M. Wood, "The Organization of American States", 33 YBWA, 1979, p. 148. 另见 www. oas. org/.

洲国家组织的最初宪章,1967 年的《布宜诺斯艾利斯议定书》、1985 年的《卡塔赫纳德印第亚斯议定书》、1992 年的《华盛顿议定书》和 1993 年的《马那瓜议定书》修订了这一宪章。组织现有 35 个成员国。美洲国家组织是一个集体安全体系,对一个国家的攻击会被认为是对所有国家的攻击。该组织包括大会,这是组织的最高机关,是一个全体出席的具有广泛权限的机关;外交部长磋商会议,执行广泛的职权;以及一个常设理事会,在前述各机构和许多附属机关的权限之下同时履行秘书监督和政治职能。该组织通过了一个人权公约[41],它是欧洲之外区域组织中最发达的一个,但是没有欧盟所具有的任何超国家权力。[42]

阿拉伯联盟[43]

阿拉伯联盟成立于 1944 年,具有广泛的宗旨。联盟理事会是最高机关,发挥了有用的调和作用,并设立了各种处理经济、文化和社会问题的附属机关。它的总部设在突尼斯,是在 1979 年以色列与埃及的和平条约签订之后从埃及迁移而至。该组织也有一个常设秘书处和秘书长。联盟理事会参与了 1961 年在科威特的维持和平行动,在那里成立了阿拉伯国家间部队以阻止伊拉克的威胁,并于 1976 年在黎巴嫩充当了叙利亚部队
1293 的军事行动的保护伞。[44] 在 1980 年到 2003 年的海湾战争和危机中,它没有发挥什么有意义的作用。[45]

---

〔41〕 参见上文第 7 章,第 381 页。

〔42〕 还存在许多具有有限权能的其他美洲组织:参看 *Bowett's International Institutions*, 第 7 章。包括,例如,美洲国家间银行(1959 年);安第斯协定(1969 年);加勒比海共同体和共同市场或称为 CARICOM (1973 年);拉丁美洲一体化协会(1980 年);南锥共同市场(1991 年) 或称为 MERCOSUR;以及加勒比地区国家联盟(1994 年)。

〔43〕 参看 *Bowett's International Institutions*, p. 237, and R. W. MacDonald, *The League of Arab States*, Princeton, 1965. 另见 B. Boutros-Ghali, "La Ligue des Etats Arabes", 137 HR, 1972, p. 1, and H. A. Hassouna, *The League of Arab States*, Dobbs Ferry, 1975. 同样注意 1960 年成立并于 1973 年获得了确定原油价格权力的石油输出国组织:参看 I. Seymour, OPEC, *Instrument of Change*, London, 1980, and I. Skeet, *OPEC: Twenty-five Years of Prices and Politics*, Cambridge, 1988. 另见 www. Arabji. com/ArabGovt/Arab-League. htm.

〔44〕 参看 *Bowett's International Institutions*, p. 238, and G. Feuer, "Le Force Arabe de Securite au Liban", 22 AFDI, 1976, p. 51. 另见上文,第 18 章,第 1031 页。

〔45〕 同样注意海湾阿拉伯国家合作委员会:参见 *Bowett's International Institutions*, p. 240.

非洲[46]

非洲统一组织1963年成立于埃塞俄比亚,2001年被非洲联盟所取代。《联盟组织法》在第3条列举了一系列目的,其中包括实现非洲国家更大程度的一体化;维护成员国主权、领土完整和独立;促进大陆的和平、安全和稳定,根据《非洲人权和民族权利宪章》以及其他有关的人权文件促进人权和民族权利。《联盟组织法》第4条规定了联盟的原则,其中包括尊重获得独立时的既存边界;为非洲大陆设定一个共同的防卫政策;和平解决联盟成员国之间的争端,联盟成员国之间禁止使用武力或以使用武力相威胁。有趣的是,除了强调领土完整以外,原则中也规定了联盟根据首脑大会的决定,在事态严重的情况下,即在有关战争犯罪、种族灭绝和反人类罪时干涉成员国的权利,以及成员国要求联盟干涉以恢复和平和安全的权利。[47] 此外还包括尊重民主原则、人权、法治和良政的原则;谴责和反对非宪法性政府更迭。联盟的机构包括一个大会,即联盟的最高机关,由各国国家元首或政府首脑或其代表组成,制定联盟的共同政策;一个执行理事会,由外交部 1294
长或其他部长组成,它对有关会员国共同利益的领域加以协调并作出决定,例如外贸、水资源和能源;以及泛非议会和法院,其管辖权包括对组织法的适用和解释,目前正与非洲人权法院合并。[48]

亚洲

东南亚国家联盟(ASEAN)成立于1967年。[49] 它既有经济目的,又有政治目的,它聚合了文莱、柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国和越南。1976年,三个协议得以签署:《友好合作条约》,重申各方遵守和平义务并规定和平解决争端;《东盟协调一致宣言》,号召更多政治和经济协调与合作;以及《建立常设秘书处协议》,以协调根据1967年东盟宣言设立的国内秘书处。1987年,修订友好条约的议定书

---

[46] 参看 *Bowett's International Institutions*, p. 243; Z. Cervenka, *The Organisation of African Unity and Its Charter*, London, 1969, and *The Unfinished Quest for Unity*, London, 1977; B. Andemicael, *The AU and the UN*, London, 1976; M. Wolfers, *Politics in the Organisation of African Unity*, *London*, 1976; C. A. A. Packer and D. Rukare, "The New African Union and Its Constitutive Act", 96 AJIL, 2002, p. 365, and K. D. Magliveras and G. J. Naldi, "The African Union—A New Dawn for Africa?", 51 ICLQ, 2002, p. 415. 另见上文,第18章,第1026页,以及 http://www.africa-union.org/.

[47] 例如,参见 B. Kioko, "The Right of Intervention under the African Union's Constitutive Act: From Non-Interference to Non-Intervention", 85 *International Review of the Red Cross*, 2003, p. 807.

[48] 关于和平解决争端机制和其他非洲组织,参见上文,第18章,第1026页。

[49] 例如,参看 *Bowett's International Institutions*, p. 228. 另见 T. W. Allen, *The ASEAN Report*, Washington, 2 vols., 1979, and *Understanding ASEAN* (ed. A. Broinowski), London, 1982. 另见 http://www.aseansec.org/.

得以签订,据此东盟地区以外的国家可以加入该条约。很多经济协定也得以签署,从1987年的《马尼拉宣言》到1992年的《促进东盟经济合作的框架协议》以及关于在十五年内成立适用共同的有效优惠关税机制的东盟自由贸易区的决议。2003年,《东盟协调一致第二宣言》签署,确立了东盟安全共同体、经济共同体和社会文化共同体[50],2007年11月20日通过了《东盟宪章》。

东盟的最高机关是首脑会议,包含国家或政府首脑,以及由外交部长组成的协调理
1295 事会。[51] 还建立起各种共同体理事会和部门部长机构。[52] 提出了建立东盟人权机构的建议,其条件尚未确定。[53] 原则上,东盟的决策应由协商一致作出。[54]

国际组织的一些法律问题[55]

毫无疑问,国际组织数量和种类的不断增加对国际法总体上的贡献是非常显著的。在很多领域,国际组织的实践一直具有重要的作用,但却经常没有得到足够重视。此外,这种组织之内的国家实践越来越成为习惯法形成的一般过程中的重要因素。就联合国来看,考虑到它的会员国的普遍性以及活动和关注的广泛领域,这一点尤其正确,但是并非所有这些实践都能转化为习惯法,特别是就法律确信,或者说拘束力标准而言,尤其要求慎重对待。[56]

除了国际组织的实践对国际法的影响以外,这些组织运作中的国际法律规范的重要性也值得一提。有关的规范指引了国际组织的工作和发展,而且可能具有矫正非法行为

---

[50] 参见43 ILM, 2004, p. 18.

[51] 参见《宪章》第7和8条。

[52] 参见第9和10条。此外还设有秘书长和秘书处,以及常设代表委员会:参见第11和12条。

[53] 第14条。

[54] 第20条。如果不能达成一致,将由东盟首脑会议就特定问题决定如何处理。第22条呼吁建立争端解决机制。

[55] 参看 Amerasinghe, *Principles*; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*; *Bowett's International Institutions*, part 3; Klabbers, *Introduction*; A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge, 2000; I. Brownlie, *Principles of Public InternationalLaw*, 6th edn, Oxford, 2003, chapter 31, and Reuter, *International Institutions*, pp. 227—64. See also E. Lauterpacht, "Development" and "The Legal Effects of Illegal Acts of International Organizations" in *Cambridge Essays in International Law*, Cambridge, 1965, p. 98; K. Skubiszewski, "Enactment of Law by International Organizations", 4 BYIL, 1965—6, p. 198; Whiteman, *Digest*, vol. XIII; R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, 以及注脚2所引各资料。

[56] 参见上文,第3章,第84页。

的作用。[57] 国际组织过去在国际条约中被简单定义为"政府间"组织,以声明这类团体的关键特征是其成员由国家组成。[58] 但是,国际法委员会在《国际组织责任条款草案》 1296
第2条中提及"由条约或国际法下的其他文件设立的、具有独立法律人格的组织",并表示国际组织"成员可以包括国家之外的其他主体"。[59] 阿莫拉辛格(Amerasinghe)提出组织"通常由国家作为缔约方的条约或公约所创建,而由此创建的组织其成员一般为国家",并指出其基本特征,诸如由国家间的国际协议所创建,具备章程,拥有独立于成员的机关,根据国际法创立,以及全部或主要由国家或政府作为成员。[60]

因此有人会将本章中的国际公共组织区别于私营或非政府组织以及国际公众公司[61],前者可能范围广泛,成员资格开放或具有普遍性(例如联合国及专门机构),或者成员资格有限或封闭(例如非洲联盟或经济合作与发展组织)。取决于其章程,组织可以具有或宽或窄的职能,联合国是前者很好的范例,世界卫生组织是后者很好的范例。一个团体是否被视为国际组织主要取决于它事实上是否具备某些或全部前述的标准。

人格[62]

世界秩序中国际组织的角色的核心在于它们拥有国际法律人格。此种人格有别于 1297
并附加于国内法上的人格。一旦具备这种人格,它们就成为了国际法主体,并因此能够在国际层面实施权利和承担义务,这与单纯在国内管辖权的范围内运作完全不同。并非

---

[57] 参看 the IMCO case, ICJ Reports, 1960, p. 150; 30 ILR, p. 426; the *Conditions of Admission of a State to the United Nations* case, ICJ Reports, 1948, p. 57; 15 AD, p. 333; and the *Certain Expenses of the United Nations* case, ICJ Reports, 1962, p. 151; 34 ILR, p. 281. 另见 E. Lauterpacht, "Development", pp. 388—95.

[58] 例如,参见1975年《关于国家在其对国际组织关系上的代表权的维也纳公约》;1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》;1986年《关于国家和国际组织间或国际组织间条约法的维也纳公约》。

[59] 国际法委员会报告,2003, A/58/10, pp. 38 及其以下。

[60] *Principles*, pp. 9 and 10.

[61] 见上文,第5章,第248页。

[62] 例如,参看 H. Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960—1989 (Part Eight)", 67 BYIL, 1996, p. 1; Klabbers, *Introduction*, chapter 3; *Bowett's International Institutions*, chapter 15; Amerasinghe, *Principles*, chapter 3; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, chapter 11; C. W. Jenks, "The Legal Personality of International Organizations", 22 BYIL, 1945, p. 267; M. Rama-Montaldo, "International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations", 44 BYIL, 1970, p. 111; M. Sørensen, "Principes de Droit International Public", 101 HR, 1960, pp. 1, 127 ff.; H. Barberis, "Nouvelles Questions Concernant la Personalité Juridique Internationale", 179 HR, 1983, p. 145; F. Seyersted, "Objective International Personality of Intergovernmental Organizations", 34 *Nordisk Tidskrift for International Ret*, 1964, p. 1, and C. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, Dobbs Ferry, 1978. 另见上文,第15章,第195页。

所有两个或多个国家的合作安排都会产生独立的法律人格。国际法院在“瑙鲁诉澳大利亚”一案[63]中指出,1947 年澳大利亚、新西兰和英国根据联合国认可的托管协定而成为对瑙鲁的联合“管理机构”,这种安排并没有创设一个与国家不同的单独的国际法律人格。

人格问题首先取决于设立该组织的文件的用语。如果国家希望特别赋予该组织以国际人格,就会表现在组织条约之中,这对该问题具有决定性作用。[64] 但这只在很少几个情况中发生过。但是,国际层面的法律人格可以从组织的权利和宗旨以及其实践中推断出来。[65] 这是更通常的情况,国际法院也在“联合国公务中所受伤害的赔偿”案[66](*the Preparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* case)中作出了权威讨论和结论。法院认为联合国具有国际法律人格,因为这是其实现其宗旨和宪章中的原
1298 则所不可或缺的。也就是说,这是该组织所实施和享有的职能和权利的必然结果。法院强调说它必须:

> 承认其(即联合国的)会员国,通过委托给它某些职能,以及伴随的义务和责任,已给它冠以其有效执行那些职能所要求的权能。[67]

具有国际人格意味着该组织是国际法主体,能够承担国际权利和义务,并能够通过提出国际诉求来予以实施。

在作出这一结论时,国际法院审视了《联合国宪章》和有关的后续条约和实践以决定联合国的组织性质以及其权力和职责范围。它指出了会员对于组织的义务、其缔结国际协议的能力以及《联合国宪章》第 104 条和第 105 条中的规定,借此联合国在每个会员国领土内享有实现其目的所必要的法律能力、特权和豁免。

法院强调指出:

> 代表了国际社会绝大多数的五十个国家,有权力根据国际法创立一个实体,该实体具有客观法律人格,而不仅仅是为它们所认可的人格。[68]

---

[63] ICJ Reports, 1992, pp. 240, 258; 97 ILR, pp. 1, 25.

[64] 参看 1951 年《欧洲煤钢共同体条约》第 6 条以及 1957 年《欧洲共同体条约》第 210 条(现在合并后的《欧洲共同体条约》第 281 条)。另见 Costa (Flaminio) v. ENEL [1964] ECR 585; 93 ILR, p. 23.

[65] 另注意斯耶斯缇德(Seyersted)支持的方法,他认为国际组织根据事实本身已成为国际层面的法律人格,因为至少存在一个其意志区别于其成员国的意志的机关:参见 Seyersted, “Objective International Personality”, and Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, p. 978.

[66] ICJ Reports, 1949, p. 174; 16 AD, p. 318.

[67] ICJ Reports, 1949, p. 179; 16 AD, p. 322.

[68] ICJ Reports, 1949, p. 185; 16 AD, p. 330.

据此，法院从会员国直接或隐含的意图中推断出了联合国的客观国际人格。这种人格之所以是客观的是因为它也可以如同针对会员国一样针对非会员国而存在。客观人格不取决于有关非会员国的事先承认，而似乎更是来自于组织本身的性质和职能。有关组织的会员国的数量可能和客观人格问题相关，但并不是决定性的。[69]

因此，国际组织拥有国际法律人格对于该组织具有重要意义，因为它是作为一个实 1299
体直接在国际舞台上行动，而不是使该组织承允通过其几十个甚至更多的会员国在国际上行动。后一种情况将会不可避免地为达成协议带来巨大的复杂性，也会引起如何在国际上落实这种组织的责任或诉求的问题。国际人格对影响该组织的会员国责任的效力问题会在本章下文论及。[70] 但是，我们需要谨慎地不将国际法律人格与国内法律人格相混淆。很多国际组织的组织文件都明确地或隐含地规定该组织应具有国内法上的人格以使其能够订约、获得或处理财产、在当地法院提起法律程序，以及具有履行职能所必需的法律能力。[71]《联合国宪章》第 104 条本身就规定联合国“于每一会员国之领土内，应享受与执行其职务及达成其宗旨所必需之法律行为能力”。当这种规定存在时，该组织的会员国就接受了一个在其法律体制内认可这一法律人格的义务。至于这种义务如何实现则因国而异，取决于国内法律体系。[72]

这里还会引出另一个问题，即那些并非有关条约缔约方从而不是特定国际组织会员国的国家是否有义务承认该组织的人格。这既可以通过与该组织达成协议的直接方式——允许该组织设立在其管辖范围内的总部协定就是一个明显的例子[73]，又可以间 1300
接地通过国际私法（或冲突法）的规则来实现。

当然，多数国际组织需要在特定国家内运作，因此它们的人格不仅需要国际法的认可也需要特定国家国内法的认可，使其能够提出诉求和辩护以及一般性地实施国内法上的法律行为。这可以通过多种途径来实现。在很多法律体系中，国内法院将通过参考可

---

〔69〕 参见 the *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, vol. I, p. 141，指出“一个拥有大量成员的国际组织是国际法上的一个人格者，即使相对于非该组织成员国的国家而言。但是，一个国家不必承认一个组织的法律人格，如果它不是其成员，或者该组织只有很少的成员，或者该组织是区域性的，而该国不属于该区域”，比较 Amerasinghe, *Principles*, p. 90. 应当注意到，客观人格的问题并不与这样的非会员国的承认在本质上相关。但是，重要的将是非会员国与这些组织交往的方式。

〔70〕 见下文，第 1314 页。

〔71〕 参看《国际货币基金组织协定条款》第 9 条第 2 款以及《国际复兴开发银行协定条款》第 7 条第 2 款。另见《粮食和农业组织宪章》第 16 条、《世界卫生组织宪章》第 6 条以及《联合国教科文组织宪章》第 12 条。

〔72〕 另参看《欧洲共同体条约》（合并后的版本）第 282 条以及 Klabbers, Introduction, p. 49.

〔73〕 例如，参看 *Re Poncet*, 15 AD, p. 346（关于瑞士和联合国）。

适用的或适当的法律决定一个法人的法律地位和能力，在国际组织的情况下，这种法律就是国际法。因此如果该组织在国际法上具有人格，这将能够使它在国内法上确立人格。[74] 的确，在条约经议会批准即构成国内法之一部分的国家，国内法律人格就会是成为国际协议缔约国的结果，该协议建立明确赋予法律人格的国际组织，例如联合国。[75]

但是在英国，方法却很不相同，对待国际条约它采取了二元论，为使此类协定在国内法体系中运作，必须在立法中明文纳入。[76] 1968 年的《国际组织法案》赋予任何经由枢密院颁令而宣布为联合王国和一个或多个外国国家为其会员国的组织，以公司实体的法律能力。上议院在"国际锡理事会"案[77]中所持的观点是，1972 年枢密院关于国际锡理
1301 事会(ITC)所颁命令的法律效力是创设一个独立于并区别于其会员国的法人，因为"作为一个国际法律人格者，它在英国法上没有任何地位"。[78] 也就是说，如果没有这种立法行动，国际组织在英国就不具有法律存在性。这一严格做法存在一个例外，就是当该组织在另一国家被赋予了法律人格的情况。"阿拉伯货币基金组织诉哈希姆"案(*Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 3)*)[79]涉及阿拉伯货币基金组织试图在英国法庭提起诉讼以追回被挪用的资金。与此相关，1976 年，一些阿拉伯国家之间的条约赋予阿拉伯货币基金组织"独立的法律人格"，而且阿布扎比还通过一个法令赋予该组织独立的法律地位以及在阿联酋法律下起诉和被诉的能力。但是，根据 1968 年的《国际组织法案》，却不存在赋予阿拉伯货币基金组织在英国的法律人格的枢密院令。上诉法院认为上议院在国际锡理事会案中[80]的决定，意思是允许认可根据外国法设立的实体的通常的法律

---

[74] 例如，参看 *International Tin Council v. Amalgamet Inc.* 524 NYS 2d 971 (1988)，另见 UNRAA v. Daan 16 AD, p. 337 以及 *Branno v. Ministry of War*, 22 ILR, p. 756.

[75] 例如，参看 *UN* v. *B* 19 ILR, p. 490 and *International Tin Council* v. *Amalgamet Inc.* 524 NYS 2d 971 (1988). See also Amerasinghe, *Principles*, pp. 69 及其以下。关于国际法与国内法关系的一般性问题，见上文，第 4 章。

[76] 参看 J. W. Bridge, "The United Nations and English Law", 18 ICLQ, 1969, p. 689; G. Marston, "The Origin of the Personality of International Organisations in United Kingdom Law", 40 ICLQ, 1991, p. 403, 以及 F. A. Mann, "International Organisations as National Corporations", 107 LQR, 1991, p. 357. 另见，R. Higgins, Report on the "Legal Consequences for Member States of the Non-Fulfilment by International Organisations of their Obligations toward Third States", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1995 I, p. 249.

[77] *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry* [1989] 3 WLR 969, 982 and 1004 ff.; 81 ILR, pp. 678 and 703 及其以下。

[78] [1989] 3 WLR 1008; 81 ILR, p. 708 (per Lord Oliver). 但是，参看 Lord Templeman 在 *Arab Monetary Fund v. Hashim* (No. 3) [1991] 2 WLR 729, 738; 85 ILR, pp. 1, 11, 指出在"锡理事会"案中基于被一个或多个外国国家组成公司的观点并不相关也没有被详细讨论。

[79] [1991] 2 WLR 729; 85 ILR, p. 1.

[80] [1989] 3 WLR 969; 81 ILR, p. 670.

冲突规则不能适用于根据国际法设立的组织，因为这将明显规避一个原则，即设立于管辖范围之外而具有法律人格的国际组织在没有枢密院颁令授权的情况下，不会具有在英国起诉的能力。[81]

但是，上议院却以四比一的多数票表示，国际锡理事会案中的结论使得上诉法院的多数法官感到不自在，但是该案并没有影响下述原则，即承认外国是王室事项，如果王室承认了一个外国，英国的法院将认可该国所设立的法人团体。上议院指出，英国法院实际上可通过礼让承认国际组织为独立的实体，只要该实体是由一个或多个会员国设立的。[82]

也就是说，在英国，可以通过多种方法中的一种认可一个国际组织具有人格：首先，议会通过立法将设立该组织的国际条约纳入国内法[83]；其次，政府明示承认该国际组 1302
织[84]；再次，《国际组织法案》下的枢密院令如此规定；最后，法院通过礼让承认在一个或多个会员国具有人格的国际组织。[85] 这并不是一个没有困难的办法，特别是因为这意味着，即使存在设立具有国际人格的国际组织的国际条约，但如果该国际组织不是英国枢密院令的主体且没有纳入会员国国内法，它在英国将不会被认可为具有人格。另一方面，认为国际组织具备法律人格只是因为它事实上在另一国国内法中具有法律人格并从而根据冲突法规则在英国适用，这种观点本身是有问题的。但是，法院在阿拉伯工业化组织案（*Westland Helicopters Ltd* v. *AOI*）[86]中认为规制此类组织的地位和能力的法律是国际法。

说一个国际组织具有国际人格并没有解决这种人格意指什么的问题。尽管一个组织具有国际人格就赋予它一个单独的、区别于其构成要素的身份，这种人格的结果会根据情势的不同而不同。尽管所有的国际法律人格者都具备某些权利和义务（并且根据定义，权利和义务不同于组织成员的权利和义务），它们并不具备相同的能力。[87] 如何实施或维持这些权利和义务的问题同样取决于情势。国家被认为具有最广泛的权利和义务，而国际组织的权利和义务则明显地限制在下述范围之内，即组织文件中的明确授权、

---

〔81〕 [1990] All ER 769, 775 (Donaldson MR); 83 ILR, pp. 259—61 and 778 (Nourse LJ); 83 ILR, p. 264.

〔82〕 [1991] 2 WLR 738-9; 85 ILR, pp. 12—13.

〔83〕 参见[1991] 2 WLR 738; 85 ILR, p. 12，给出了1945年《布雷顿森林协议》的例子。

〔84〕 同上。

〔85〕 同上。

〔86〕 [1995] 2 WLR 126; 108 ILR, p. 564.

〔87〕 国际法院在"赔偿"案（ICJ Reports, 1949, pp. 174, 178; 16 AD, p. 330）中指出，"任何法律体系中的法律主体并不必然在本质上或在权利程度上是完全相同的，其本质取决于共同体的需要"。

1303 或由此产生的隐含权力、或者经由实践演生出来的权力。[88] 例如，国际法院强调指出赋予联合国国际人格并不等同于宣布联合国为一个国家，也不是说它的法律人格以及权利和义务与国家相同。同样也就是说联合国并非一个"超国家"。[89] 法院指出联合国的人格包括拥有和维护权利的资格以及在国际层面上予以实施的能力。[90] 从而，国家具有国际法所认可的全部国际权利和义务，而"联合国这种实体的权利和义务必须取决于规定于或隐含在其组织文件中以及在实践中发展的宗旨和职能"。[91] 因此，实践中具体拥有哪些权力和能力就取决于对该组织的仔细分析，包括这些权力和能力与所规定的该组织的宗旨和职责之间的关系。

组织文件[92]

国际组织是由国家通过组织文件中规定的正式决定而明确设立的。因此这种组织的本质、地位和权能主要取决于设立该组织的组织文件或章程的措辞。这种文件具有双重来源。它们首先是多边条约，既然它们是缔约国达成的拘束性协议，因此归于国际条约法的框架之内。[93] 但是这种协议是具有特殊性质的多边条约，因为它们同时也是创设国际法新主体的方法。这种双重性质在解释组织基本文件方面具有最明显的影
1304 响。[94] 这一点在国际法院"关于国家在武装冲突中使用核武器的合法性问题"(*Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*)的咨询意见(世界卫生组织请求)中得到了明确的阐述。法院指出：

---

[88] "赔偿案"中国际法院特别注意强调拥有国际人格远非国家地位的归因或对平等权利和义务的承认，ICJ Reports, 1949, pp. 174, 185; 16 AD, p. 330.

[89] ICJ Reports, 1949, p. 179; 16 AD, p. 322. 另见 the *WHO* case, ICJ Reports, 1980, pp. 73, 89; 62 ILR, pp. 450, 473.

[90] ICJ Reports, 1949, p. 179.

[91] 同上，第 180 页。

[92] 参看 Amerasinghe, *Principles*, chapter 2; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 710 ff., and E. P. Hexner, "Interpretation by International Organisations of their Basic Instruments", 53 AJIL, 1959, p. 341.

[93] 就此，参看上文，第 16 章。

[94] 参见 C. F. Amerasinghe, "Interpretation of Texts in Open International Organisations", 65 BYIL, 1994, p. 175; M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, pp. 64—73; S. Rosenne, "Is the Constitution of an International Organisation an International Treaty?", 12 *Communicazioni e Studi*, 1966, p. 21, and G. Distefano, "La Pratique Subsequente des Etats Parties a un Traite", AFDI, 1994, p. 41. 另见 H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, pp. 267—81, and E. Lauterpacht, "Development", pp. 414 及其以下。

> 国际组织的组织文件也是一种特殊的条约；它们的目的是创设具有一定自主性的新的法律主体，国家赋予其实现共同目标的任务。由于其既具契约性又同时具有机构性的特点，这种条约能够引起特殊的解释问题；以此创设的组织的性质、创建者赋予该组织的宗旨、其有效执行职能所附带的责任、以及其自身的实践，都是解释这些组织条约时应值得特别注意的因素。[95]

因此，我们需要考虑这些组织文件的特殊性质，即它们不仅是多边协议，而且也是受制于不断实践的组织文件，从而也应考虑组织本身和会员国以及其他与之有关联的机构的解释。首先，通常由组织的机关解释相关的组织文件。[96] 某些情况下，组织文件本身就确定了拥有解释权限的机关，也规定了解决解释争议的方法和机制。[97] 有时候，会建立有此权能的法院或法庭。例如，国际法海洋法法庭可以解释《海洋法公约》，欧洲法院可以解释欧盟条约和文件。就联合国而言，安理会和大会可以请国际法院发表咨询意见，而该组织的其他机关和专门机构经大会授权可以就其工作范围的问题请求国际法院发表咨询意见。[98] 一些组织的组织文件规定国际法院利用咨询程序作出的意见具有最 1305
终拘束力，即，在此种情形下的组织同意接受咨询意见为有拘束力的决定。[99] 此外，1947 年《专门机构特权与豁免公约》第 9 条第 32 节规定，专门机构与一成员国就公约的解释和适用问题产生争议，应依照《宪章》第 96 条和法院规约第 65 条提请国际法院发表咨询意见，并且双方承认法院所发表的咨询意见具有决定性效力。[100] 在有争议的案件中，如果与决定正在处理的事项相关，国际法院可能需要解释一个国际组织的组织文件，包括《联合国宪章》本身。[101]

国际组织组织文件事实上总是多边协定，这意味着其解释过程受制于 1969 年《维也

---

[95] ICJ Reports, 1996, pp. 66, 74—5; 110 ILR, pp. 1, 14—15.

[96] 参见 *Certain Expenses of the United Nations*, ICJ Reports, 1962, pp. 151, 168. 另见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 25 ff.

[97] 各个国际金融组织的组织文件，例如国际货币基金组织和世界银行，总是规定由最高全体会议机关作出具有拘束力的决定：参看 Amerasinghe, *Principles*, pp. 28 及其以下。

[98] 参见《宪章》第 96 条第(1)和(2)款。见上文，第 19 章，第 1108 页。注意，宪章中没有规定授权国际法院对联合国的决定进行司法审查，但是见上文，第 22 章，第 1268 页。

[99] 例如，参看《国际劳工组织章程》第 37 条。1945 年联合国教科文组织组织法第 14 条规定，“任何有关本组织法解释之问题或争议应由大会按议事规则决定提交国际法院或仲裁法庭裁决”。另见 Amerasinghe, *Principles*, p. 29.

[100] 关于联合国与成员国就公约的解释或适用产生争议，另见 1946 年《联合国特权和豁免公约》第 8 条第 30 节。此外注意 1947 年《联合国—美国总部协定》第 8 条第 21(b)节。

[101] 注意，根据《国际法院规约》第 34 条，只有国家能够成为法院处理的争议案件的当事方。

纳条约法公约》第31和32条。[102] 但是，此种协议具有特殊性质，因为它们同样来自于
1306 国际组织的组织文件[103]，这就要求更加灵活或者说以目的定向性的解释方法。相对于解释一般性条约，解释这种条约应当较少探究最初设计者和准备文件的意图，而更多关注有关协定的宗旨和目的有效性原则。[104] 因为组织文件是不断使用的"活文件"，能够在不断变化和发展的情势下实现组织的目标，因此后续实践在解释中尤为重要。[105] 国际法院已经在很多案件中依赖国际组织的后续实践，尽管往往支持的是法院已经作出的一项解释。[106]

国际组织的权力[107]

国际组织与作为国际法主体而具有普遍权能的国家不一样。[108] 它们受专业性原则的规范，因此，正如国际法院所指出的，"它们由创立它们的国家赋予权力，这种权力的范围是这些国家委托它们进行的促进共同利益的功能"。[109] 这些权力可以明示地规定在

---

〔102〕 注意，根据1969年《维也纳条约法公约》第5条，该公约适用于作为国际组织组织文件的任何条约以及国际组织通过的任何条约，但对该组织任何相关规则并无妨碍。另见"关于国家使用核武器的合法性问题"的咨询意见，ICJ Reports, 1996, pp. 66, 74, 指出"从一个正常的立场，国际组织的组织文件是多边条约，已经明确确立的条约解释规则适用于此。"另见条约解释的原则，见上文，第16章，第932页。

〔103〕 ICJ Reports, 1996, pp. 66, 74，提及此类组织的组织性质并强调，"组织创建的特殊性质，创始者们赋予其的目标，与有效履行其职能相关的职责，以及其自身的实践，都是在对这些章程条约作出解释时值得特别关注的要素。"

〔104〕 参见 Amerasinghe, *Principles*, p. 59. 另见"赔偿案"，ICJ Reports, 1949, pp. 174, 180.

〔105〕 参见《维也纳公约》第31(3)b条。另见 E. Lauterpacht, "Development", pp. 420及其以下。

〔106〕 参看 the *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* case, ICJ Reports, 1950, pp. 4, 9; 17 ILR, pp. 326, 329; the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, pp. 17, 22; 49 ILR, pp. 2, 12, and the *IMCO* case, ICJ Reports, 1960, pp. 150, 167—8; 30 ILR, pp. 426, 439—41.

〔107〕 参看 Sarooshi, *International Organizations*; Klabbers, *Introduction*, chapter 4; E. Lauterpacht, "Development", pp. 423—74; Amerasinghe, *Principles*, p. 135; Rama-Montaldo, "Legal Personality"; A. I. L. Campbell, "The Limits of Powers of International Organizations", 32 ICLQ, 1983, p. 523; K. Skubiszewski, "Implied Powers of International Organizations" in *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, p. 855, and Kirgis, *International Organizations*, chapter 3.

〔108〕 参见 the Advisory Opinion of the International Court on the Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict brought by the World Health Organisation, ICJ Reports, 1996, pp. 66, 78—9.

〔109〕 同上，法院引用了常设法院在欧洲多瑙河委员会的权限案(*Jurisdiction of the European Commission of the Danube*)中的咨询意见，PCIJ, Series B, No. 14, p. 64, 在该案子中常设法院指出"由于欧洲委员会不是一个国家，而是具有特定目的的国际机构，它只具有该机构的规约(the Definitive Statute)为了实现该目的所赋予它的职能，但是它具有最大限度地履行那些职能的权力，在这方面规约没有设定限制。"

组织文件中，或辅助地作为隐含权力产生[110]，也就是那些认为在履行特定组织的职能时 1307
所必需的权力。这种权力的有效性标准得到了多种表述。国际法院在求偿案（*Reparations* case）中指出[111]：

> 根据国际法，必须认为该组织具有那些虽然没有在宪章中明文规定，但通过必要引申赋予之而对其履行职责是为必要的权力。[112]

在"联合国行政法庭作出的赔偿金之效力"（*Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal*）案中[113]，法院认为大会可以在没有明示权力的情况下有效地设立一个行政法庭，因为这样做的权能来自于对宪章的"必要的释义"，而在"联合国的某些开支"案（*Certain Expenses of the UN* case）中[114]，法院指出"如果能够证明该组织采取的行动对实现一个明确规定的联合国宗旨是恰当的，就应推定这种行动没有超越该组织权限"。因此，已提出的检验方法不一而足，从"必要引申赋予之而对其履行职责是为必要"，到通过对组织文件进行"必要释义"产生的权力，再到那些认为"宜于实现"宪章所授权的组织宗旨的权力。显然这些表述的侧重点并不相同。[115] 尽管如此，虽然职能检验标准是决定性的，但是其运作范围是在那些组织章程明确规定的权力框架内。因此，任何试图引申出一种与明示权力不相一致的权力的努力都会行不通，虽然这其中明显存在模糊区域。[116] 在"关于国家使用核武器的合法性问题"案中[117]，法院指出世界卫 1308
生组织根据其1946年通过的章程第2条，具有"研究核武器的使用或任何其他有害活动对健康的影响，并采取预防性措施以在使用此种武器或展开此类活动的时候保护人类健康"的权能。[118] 但是，法院认为向它提出的问题并不关系到使用核武器对健康的影响，

---

[110] 参见 Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 158 及其以下。

[111] ICJ Reports, 1949, pp. 174, 182; 16 AD, pp. 318, 326.

[112] 该段落被国际法院在"威胁或使用核武器的合法性"案中所引用，ICJ Reports, 1996, pp. 66, 78—9. 比较国际法院在"赔偿"案中采纳的方法与 Hackworth 法官在该案的反对意见中采纳的方法，ICJ Reports, 1949, pp. 196—8; 16 AD, pp. 318, 328. 另见 G. G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice: International Organisations and Tribunals", 29 BYIL, 1952, p. 1.

[113] ICJ Reports, 1954, pp. 47, 56—7; 21 ILR, pp. 310, 317—18.

[114] ICJ Reports, 1962, pp. 151, 168; 34 ILR, pp. 281, 297.

[115] 另见 the *Fédéchar* case, Case 8/55, European Court Reports, 1954—6, p. 299.

[116] 另见 the *International Status of South West Africa* case, ICJ Reports, 1950, pp. 128, 136—8; 17 ILR, pp. 47, 53; the *Expenses* case, ICJ Reports, 1962, pp. 151, 167—8; 34 ILR, pp. 281, 296 and the *Namibia* case, ICJ Reports, 1971, pp. 16, 47—9; 49 ILR, pp. 2, 37.

[117] ICJ Reports, 1996, pp. 66, 78—9.

[118] 同上，第76页。

而是从它们对健康和环境的影响视角提出使用核武器的合法性问题。无论那些影响是什么,世界卫生组织处理这种影响的权能并不取决于造成这种影响的行为的合法性。因此,法院的结论是,根据适当解释的世界卫生组织的章程,该组织没有被赋予讨论使用核武器合法性的权能,因此,它请求发表咨询意见的权力并不存在,因为它提起的问题不是《联合国宪章》第96条(2)款所要求的可被认为产生于世界卫生组织"活动……范围之内"的问题。[119]

就国际法院本身来看,它曾裁定它拥有"一种固有管辖权,使其能够采取必要行动,一方面,在情况确立时并以此为条件,确保它对实体问题管辖权的实施不受阻碍,另一方面,对争议中的所有事项提出有序解决,确保遵守法院'执行司法功能的内在界限',并'维护其司法特性'"。[120]

1309 非常重要的一个问题就是国际组织缔结国际条约的能力。[121] 这将主要取决于组织文件,因为法律人格的存在本身并不能为缔结国际协议提供充分基础。[122] 1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第6条规定"国际组织缔结条约的能力依照该组织的规则"。这相对于单纯依据组织文件而言是一个更为宽泛的表述,它允许诉诸于隐含权力、解释和后续实践。国际法委员会的评论中指出"组织的规则"一语除了组织文件[123],还意指该组织的有关决定和决议,以及已经确定

---

[119] 《联合国宪章》第96条(2)款规定,联合国机关(安理会和大会除外)以及可以在任何时候由大会授权的专门机关可以请求国际法院针对"其工作范围内之任何法律问题"发表咨询意见。

[120] The *Nuclear Tests* case, ICJ Reports, 1974, pp. 253, 259; 57 ILR, p. 398. 参见 the Appeals Chamber in the *Tadić* (*Jurisdiction*) case, 105 ILR, pp. 453, 463 ff. 另见 E. Lauterpacht, "'Partial' Judgments and the Inherent Jurisdiction of the International Court of Justice" in *Fifty Years of the International Court of Justice* (eds. V. Lowe and M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, pp. 465, 476 及其以下。

[121] 参看 Klabbers, *Introduction*, chapter 13; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 1096 及其以下; J. W. Schneider, *Treaty-Making Power of International Organisations*, Geneva, 1959, and C. Parry "The Treaty-Making Power of the UN", 26 BYIL, 1949, pp. 147. 关于 the Convention on the Law of Treaties between States and International Organisations,见上文第16章,第811页。另见 *Yearbook of the ILC*, 1982, vol. II, part 2, pp. 9 及其以下。

[122] 例如,参看 Hungdah Chiu, *The Capacity of International Organisations to Conclude Treaties and the Special Legal Aspects of the Treaties So Concluded*, The Hague, 1966; *Agreements of International Organisations and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (ed. K. Zemanek), Vienna, 1971; G. Nascimento e Silva, "The 1986 Vienna Convention and the Treaty-Making Power of International Organisations", 29 German YIL, 1986, p. 68, and "The 1969 and 1986 Conventions on the Law of Treaties: A Comparison" in Dinstein, *International Law at a Time of Perplexity*, p. 461.

[123] 关于安理会的军事协助以及托管协议,分别参看《联合国宪章》第43条以及第75, 77, 79, 83和85条。

的实践。[124] 因此，缔约能力的表现将围绕每个特定情况下体现在组织文件、隐含权力和后续实践中的组织权能。

可适用的法律[125]

国际组织是由国家通过国际条约设立的。这种文件应在国际法的框架内加以解释和适用。因此，作为一般规则，可适用于国际组织的法律，或者"本体"法或"人身"法，就是国际法。[126] 另外，有关组织还可能与特定国家建立了条约关系，例如总部协议的情 1310
况，而这些关系也应由国际法加以调整。有必要由国际法规范的事项（在没有明确的相反规定的情况下）包括组织的存在、构成、地位、成员和代表等问题。[127]

但是，在某些特定情况下可适用的法律也可能是国内法。因此，当组织购买或租赁土地或者签订购买设备或服务的合同时，这些活动通常由适当的国内法加以规范。国际组织与私人之间的侵权赔偿责任一般也由国内法调整，但是侵权行为可能根据情况由国际法调整，例如，一个国家的警察或者武装部队对国际组织的财产造成损害。国际组织的内部法适用于雇佣关系、附属机构的设立和运作以及行政服务的管理等事项。[128] 组织的内部法，包括组织文件、附属规章与规范以及任何相关的协议安排，可能在实际上被视为国际法的一个专门的、特定化的部分，因为它建立于从国际法原则中得到其效力和适用性的协议之上。

---

[124] *Yearbook of the ILC*, 1982, vol. II, part 2, p. 41.

[125] 参看 Amerasinghe, *Principles*, pp. 20—2 and pp. 226 及其以下; F. A. Mann, "International Corporations and National Law", 42 BYIL, 1967, p. 145; F. Seyersted, "Applicable Law in Relations Between Intergovernmental Organisations and Private Parties", 122 HR, 1976 III, p. 427, and C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations*, London, 1961.

[126] Jenks, *Proper Law*, p. 3, 写道"如果一个实体具有国际法人实体的特征，那么规范其法人生活的法律必然具有国际特征"，另见 the *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, vol. I, pp. 133 及其以下。

[127] 另见 *Colman J in Westland Ltd v. AOI* [1995] 2 WLR 126, 144 及其以下, and Millett J in *In re International Tin Council* [1987] Ch. 419, 452, 得到上诉法院的支持，[1989] Ch. 309, 330.

[128] 参看 Amerasinghe, *Principles*, chapter 9. 另见 P. Cahier, "Le Droit Interne des Organisations Internationales", 67 RGDIP, 1963, p. 563, and G. Balldore-Pallieri, "Le Droit Interne des Organisations Internationales", 127 HR, 1969 II, p. 1.

国际组织的责任[129]

具有国际人格的国际组织的成立意味着一个新的、独立于并区别于创立它的国家的法人的形成。这种独立且不同的人格必然有其结果，也就是既有对该组织承担的也有由
1311 该组织承担的国际责任。例如，国际法院在“求偿”案中指出[130]“当侵害发生后，该组织应能够要求有责任的国家救济其过错，而且特别是，能够从该国获得对于由该过错引起的损害的赔偿”，并强调指出国际组织具有“不可否认的权利，可以要求其会员国履行为了该组织的良好运作而承担的义务”。[131] 责任是国际人格以及因此承担的国际权利和义务的必然结果。这些权利和义务可以来自条约，例如总部协定[132]，也可以来自习惯国际法原则。[133] 责任的确切性质取决于具体情况，而且毫无疑问，就承担责任所应具备的条件而言，它可与有关国家责任的法律相类比。[134] 简言之，我们可以注意以下事项。国际责任的基础是对国际义务的违反[135]，且这种义务有赖于具体情况。国际法院在“求偿”案[136]中指出会员国间达成的使联合国机关能够履行其职责的义务是对于该组织的义务。因此，在这种义务被违反的情况下，该组织具有“请求足够赔偿的能力，而且在估算赔偿时它有权包括受害人受到的损害或通过受害人而具有求偿资格的人受到的损害”。

---

[129] 参看 Klabbers, *Introduction*, chapter 14; Amerasinghe, *Principles*, chapter 12; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 1166 ff.; *Bowett's International Institutions*, pp. 512 ff.; M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Towards Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht, 1995; P. Klein, *La Responsabilité des Organisations Internationales*, Brussels, 1998; C. Eagleton, "International Organisation and the Law of Responsibility", 76 HR, 1950 I, p. 319; F. V. Garcia Amador, "State Responsibility: Some New Problems", 94 HR, 1958, p. 410, and M. Perez Gonzalez, "Les Organisations Internationales et le Droit de la Responsabiité", 92 RGDIP, 1988, p. 63. 国际法委员会目前正在考虑国际组织的责任问题：参看 Report of the ILC, 2007, A/62/10, p. 178，我们提到的目前拟议的条款草案就是指这一文件中所包含的条款草案。另见上文，第 14 章。

[130] ICI Reports, 1949, pp. 174, 183; 16 AD, pp. 318, 327.

[131] ICJ Reports, 1949, p. 184; 16 AD, p. 328.

[132] 例如，参看 the *WHO Regional Office* case, ICJ Reports, 1980, p. 73, 62 ILR, p. 450 and the *Case Concerning the Obligation to Arbitrate*, ICJ Reports, 1988, p. 12; 82 ILR, p. 225.

[133] 参见 the *WHO Regional Office* case, ICJ Reports, 1980, pp. 73, 90; 62 ILR, pp. 450, 474, 提到了“国际法的一般规则”。

[134] 参见上文，第 14 章，另见 Report of the ILC, 2007, A/62/10, p. 178.

[135] 例如，参看 the *Reparations* case, ICJ Reports, 1949, p. 180; 16 AD, p. 323. 国际组织责任草案条款第 3 条规定，“国际组织的每个国际不法行为都产生国际组织的国际责任”，并且“存在国际组织的国际不法行为，如果由行动或疏忽构成的行为：(a) 根据国际法可归咎于该国际组织；并且(b) 构成对该国际组织的国际义务的违反。”

[136] ICJ Reports, 1949, p. 184; 16 AD, p. 328.

国家代表受害者求偿的权利以国籍联系为基础，在国际组织的情况下，必要联系与国际 1312
组织的要求有关，也就是受害人正在代表组织行为以执行该组织的某种职能的事实。正如国际法院所指出的，“组织……对其代理人具有职能保护的权利”。[137]

正像国家可能为对于组织的损害负担责任，如果损害产生于组织对源于条约规定或习惯国际法原则的国际义务的违反，该组织也可能为对于国家的损害负担责任。[138] 而且，就承担责任所应具备的条件而言，它可与有关国家责任的一般规则相类比。例如，国际组织的一个机关或代理人在履行该机关或代理人（包括作为组织行为载体的官员及其他个人或实体）职责过程中的行为被视为组织的行为，而不论该机关或代理人实际的职位，甚至于该行为已经超出了该机关或代理人的权限。[139] 援助或协助一国或其他国际组织从事国际不法行为的国际组织，自身要承担国际责任，如果该组织了解该不法行为的情形并且制定行为一旦由该组织实施即会成为国际不法行为。[140] 在国家的情况下， 1313
国际组织可以受益于在特定情形下排除责任，诸如国家或国际组织同意从事该行为，或者该行为构成符合国际法的合法自卫措施。[141] 对国际不法行为承担责任的国际组织应当要停止该行为，并且在必要情况下，应提供不重复该行为的适当承诺和保证，以及对造成的损害充分赔偿。[142]

责任问题在联合国维和行动和维和部队成员的活动的赔偿责任方面尤其突出。在

---

[137] ICJ Reports, 1949, p. 184; 16 AD, p. 329. 法院认为没有法律规则赋予受害人的国籍国或者国际组织在提起国际求偿的优先权，ICJ Reports, 1949, p. 185; 16 AD, p. 330.

[138] 参看 the *WHO Regional Office* case, ICJ Reports, 1980, p. 73; 62 ILR, p. 450. 根据 1967 年《外层空间条约》第 6 和 13 条，国际组织可以受制于该条约的义务而无需成为该条约的缔约国。

[139] 参见《国际组织责任条款草案》第 4 和 6 条。

[140] 《国际组织责任条款草案》第 12 条。注意草案条款第 25 条规定，援助或协助一国际组织从事国际不法行为的国家，在同样情形下也要承担国际责任。但是参见 *Behrami* v. *France*, European Court of Human Rights, judgment of 2 May 2007, 133 ILR, p. 1，法院驳回了一项针对在科索沃部队（安理会根据《宪章》第 7 章授权的驻科索沃的国际安全部队）框架下行动的北约成员国的请求，不予受理，理由是申诉的行动“直接归责于联合国”，不论是科索沃部队还是联合国科索沃临时行政当局（驻科索沃国际民政机构）：见上文，第 7 章，350 页。

[141] 第 17、18 条。排除不法性的其他情形还包括反措施、不可抗力、危难和必要性：参见第 19—22 条。但是，国际组织的不法行动如果违背了其在一般国际法的强制规范（强行法）下的义务，不法性不能排除：第 23 条及上文第 3 章，第 123 页。

[142] 第 33、34 条。充分赔偿应当单独或合并采取恢复原状（重建不法行为实施前存在的情势）、补偿和抵偿的方式：见 37—42 条。

这种情况下,联合国已接受了责任并为不法行为支付了赔偿。[143] 问题的关键在于是否有关不法行为可以归责于联合国,在不法行为者处于国家而不是联合国管辖之下时,联合国没有接受这种归责。这在很大程度上取决于有关行动的情况以及不法行为者与联合国之间的联系的性质。例如,一个似乎已被接受的观点是在朝鲜行动(1950)和科威特行动(1990)中各国部队与联合国的关系排除了后者的责任。[144] 虽然责任存在于可归责于有关组织的国际不法行为,但是侵权赔偿责任也可能产生于合法行为所引起的损害结果,比如,合法的空间活动所导致的环境损害。[145]

1314 在联合国自身及其派遣维和部队的成员国之间责任划分往往并不清晰,特别是在指控维和人员发生不当性行为这样的严重问题时。因为国家派遣部队的军事人员不受制于东道国的刑事管辖,联合国和维和部队驻在国签订的《部队地位示范协定》拟定秘书长应当获得部队派遣国的正式承诺,就其部队在行使任务区域内发生的犯罪行使管辖权。但是,实践中并非如此。近期的建议提出,维和行动应当附加谅解备忘录,将该条款包括其中。[146]

成员国的赔偿责任[147]

组织会员国与组织本身的关系经常是错综复杂的。在考虑受到组织活动影响的第三国(或组织)的立场时,情况就更加复杂了。任何分析的起点都是法律人格问题。一个由国家创立的、本身并不具有法律人格的国际组织不可能承担独立于且区别于成员国的权利或义务的权利或义务。因此,这种组织不能被置于受到损害的第三方和该组织成员国之间。在这种情况下,可归责于组织的债务或违法行为应落在会员国身上。[148] 但

---

[143] 例如,参看 B. Amrallah, "The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried Out by UN Peace-Keeping Forces", 23 *Revue Égyptienne de Droit International*, 1976, p. 57; D. W. Bowett, *UN Forces*, London, 1964, pp. 149 ff.; F. Seyersted, "United Nations Forces: Some Legal Problems", 37 BYIL, 1961, p. 351. 另见 Amerasmghe, *Principles*, pp. 242 ff., and *M v. Organisation des Nations Unies et l'Etat Belge*, 45 ILR, p. 446.

[144] 参见 Amerasinghe, *Principles*, p. 403. 另见 *Behrami* v. *France*, 上文,注 140。

[145] 关于救济问题,参见 K. Wellens, *Remedies Against International Organisations*, Cambridge, 2002.

[146] 参见 the UN Report on Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeeping Personnel, A/59/710, 24 March 2005, para. 78. 另见 A/45/594, annex, para. 48.

[147] 参看 Amerasinghe, *Principles*, chapter 13; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 990 ff.; Higgins, "Legal Consequences"; H. Schermers, "Liability of International Organisations", 1 *Leiden Journal of International Law*, 1988, p. 14; C. F. Amerasinghe, "Liability to Third Parties of Member States of International Organisations: Practice, Principle and Judicial Precedent", 85 MIL, 1991, 259.

[148] 参看 Higgins, "Legal Consequences", p. 378, and Amerasinghe, *Principles*, p. 412.

是,当该组织具有法律人格的时候,情况就不同了。独立的人格意味着对作出的活动承担责任。成员国对第三方的责任问题会附带产生并带来一些困难。这一问题应由国际法规则解决,因为这缘于对人格的决定,而在国际组织的情况下,人格是由国际法所调整 1315
的。[149] 这个问题也应在"条约在没有第三方同意的情况下不为其设定义务"(*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)这一国际法基本原则的框架内进行研究。[150] 根据这个规则,会员国不为违反组织和他方之间的协议负责。

国际锡理事会在 1985 到 1986 年间面临的问题在这里具有启示意义。[151] 成立于 1956 年的国际锡理事会根据连续的国际锡协议开展活动,目的是通过出口控制和设立由成员国资助的锡缓冲储备来管理锡市场。1982 年的第六个国际锡协议会聚了 23 个锡生产国和消费国,以及欧洲经济共同体。1985 年 10 月,国际锡理事会宣布它用尽了资金和信用,伦敦金属交易所暂停了锡交易。这一状况基本上产生于该金属生产过剩而国际锡理事会又以高过市场水平的价格购买锡。

由于国际锡理事会的成员国拒绝担保该组织的债务,以及成立一个国际锡理事会继承者的建议最终失败,因此提出了法律责任这一严肃问题。国际锡理事会是一个根据 1972 年国际锡理事会(豁免和特权)枢密院令而在英国享有法律豁免的法人实体。除了执行仲裁裁决外,它享有法院管辖豁免。国际锡理事会总部协定规定与常驻英国的私人或公司签订的合同应包含一个仲裁条款。而且在有特定协议规定放弃该组织的豁免的 1316
情况下,法院享有管辖权。[152] 因此,国际锡理事会的诉讼豁免绝非无限制的。

债权人提起了很多种诉讼,其中最重要的是直接诉讼。很多银行和经纪人直接起诉英国政府贸易和工业部以及国际锡理事会的其他成员国,认为它们应当为国际锡理事会

---

[149] 国家根据国内法创设国际组织是可能的,例如,国际结算银行,但是这种情况极为罕见:参看 M. Giovanoli, "The Role of the Bank for International Settlements in International Monetary Co-operation and Its Tasks Relating to the European Currency Unit", 23 *The International Lawyer*, 1989, p. 841.

[150] 参见 1969 年《维也纳条约法公约》第 34、35 条,以及 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织间条约法的维也纳公约》第 34、35 条。另见 C. Chinkin, *Third Parties in International Law*, Oxford, 1993. 见上文,第 16 章,第 928 页。

[151] 参看 The Second Report from the Trade and Industry Committee, 1985-6, HC 305-I, 1986 and *The Times*, 13 March 1986, p. 21,以及同上, 14 March 1986, p. 17. 另见 G. Wassermann, "Tin and Other Commodities in Crisis", 20 *Journal of World Trade Law*, 1986, p. 232; E. Lauterpacht, "Development", p. 412; I. Cheyne, "The International Tin Council", 36 ICLQ, 1987, p. 931, 同上, 38 ICLQ, 1989, p. 417 以及同上, 39 ICLQ, 1990, p. 945, and R. Sadurska and C. M. Chinkin, "The Collapse of the International Tin Council: A Case of State Responsibility", 30 Va. JIL 1990, p. 845.

[152] 参看 *Standard Chartered Bank v. ITC* [1986] 3 All ER 257; 77 ILR, p. 8.

缔结的合同负责。[153] 上诉法院和上议院详细辩论这些问题。[154] 就当下的目的而言，一个主要的观点[155]就是根据英国法和国际法，国际锡理事会的成员国以及该组织本身应同时为其债务负责。有观点认为根据国际法，国际组织的成员为其债务负有连带责任，除非组织条约明确排除了这种责任。虽然先前就存在这种观点的端倪[156]，而且条约实践也远不一致，但坦普尔曼法官指出"关于这一国际法规则的存在，没有任何看似合理的
1317 证据"[157]，而这一点，据信正确地反映了现在国际法的状况。[158] 当然，成员国的赔偿责任可能或者产生于该组织的组织文件关于成员国责任的明确规定[159]，或者该组织实际上处于有关国家的直接控制之下，或者在法律上和事实上作为其代理人行事，或在特殊情况下通过国家的单方承诺或保证。[160]

---

[153] 另参考根据 1985 年《公司法》第 XXI 部分使 ITC 受创的尝试，*Re International Tin Council* [1988] 3 All ER 257, 361; 80 ILR, p. 181, 以及通过依据针对 ITC 的仲裁裁决（转换为判决）为公平执行 ITC 的财产制定一个接收人的尝试，有人认为这可以使相关方向 ITC 的成员国主张赔偿，*Maclaine Watson v. International Tin Council* [1988] 3 WLR 1169; 80 ILR, p. 191.

[154] *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* [1988] 3 WLR 1033 (Court of Appeal); 80 ILR, p. 49 and [1989] 3 All ER 523 (House of Lords) sub. nom. *J. H. Rayner Ltd v. Department of Trade and Industry*; 81 ILR, p. 671.

[155] 一种观点认为有关的 1972 年国际锡理事会（豁免与特权）法令根据英国法并没有设立国际锡理事会而是赋予其一个法人团体的能力，因此国际锡理事会不具有法律人格。这一观点被上议院否决，[1989] 3 All ER 523, 527-8 and 548-9; 81 ILR, pp. 677, 703. 另一种观点认为，国际锡理事会只被授权根据 1982 年第六个国际锡协议作为成员的代理人签订合同。这一观点也被驳回，因为法令明确赋予了国际锡理事会作为负责的当事人签订合同的权利，[1989] 3 All ER 530 and 556-7; 81 ILR, pp. 681, 715.

[156] 参看 *Westland Helicopters v. Arab Organisation for Industrialisation* 23 ILM, 1984, 1071; 80 ILR, p. 600. See H. T. Adam, *Les Organismes Internationaux Specialises*, Paris, 1965, vol. I, pp. 129—30, and Seidl-Hohenveldern, *Corporations*, pp. 119—20.

[157] [1989] 3 All ER 523, 529; 81 ILR, p. 680. 这是上诉法院多数采纳的观点：参见 Ralph Gibson LJ, [1988] 3 WLR 1033, 1149 以及 Kerr LJ, 同上, 1088—9（但比较 Nourse LJ, 同上, 1129—31）; 80 ILR, pp. 49, 170; 101—2; 147—9. 强调法院的方法，本质上，主要关注国内法并建立在没有理事会相关法令国际锡理事会在英国法下就没有法律人格的观点之上。一个国际组织具有国际法层面的法律人格并不因此就自动获得国内法律体系内的法律人格。因此，至少在英国的情况下，要求特定立法。

[158] 例如，参看 the 1991 Partial Award on Liability of the ICC Tribunal in the *Westland Helicopters* case; see Higgins, "Legal Consequences", p. 393. 另见 I. F. I. Shihata, "Role of Law m Economic Development: The Legal Problems of International Public Ventures", 25 *Revue Egyptienne de Droitl International*, 1969, pp. 119, 125; Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, p. 992, and Amerasinghe, *Principles*, pp. 431 及其以下。

[159] 或者表明此意图的一项规定。

[160] 参见国际法研究院决议的第 7 条和第 8 条，*Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1995 I, pp. 465, 467.

但是,也存在成员国责任被确立的情况。例如,在"马修斯诉联合王国"案(*Matthews v. UK*)中,欧洲人权法院说,《欧洲人权公约》没有排除向国际组织的权能转移,"只要公约权利继续得到'保障'。因此,成员国的责任即使在这种转移之后仍继续存在"。[161] 同样,当国家与国际组织一起从事某个不法行为,它也将承担责任。[162]

国际组织的问责

问责这一概念比国际不法行为的责任原则和赔偿责任原则更为宽泛,它建立在权力的合法适用会为其实施带来责任的认识之上。这种问责必然会涵盖法律、政治、行政和财政形式,并在本质上产生一种管理和行动框架。在这种情况下,应特别重视良治原则, 1318
它关系到良性管理和透明化的行动与监督的水准;善意原则;宪政原则和机构平衡,包括在职能范围内行事;对附属机关的监督和控制原则;为决定说明理由的原则;程序规范原则以防止滥用自由裁量权以及事实或法律上的错误;客观性和公正性原则,以及适当谨慎的原则。[163]

特权与豁免[164]

为了更有效地履行职能,国家及其代表从各种特权与豁免中获益良多。国际组织也

---

[161] 1999 年 2 月 18 日判决,第 32 段;123 ILR, p. 13. 但是,另见 *Bosphorus Airways* v. *Ireland*, Judgment of 30 June 2005 and *Behrami* v. *France*, Judgment of 2 May 2007; 133 ILR, p. 1.

[162] 见上文,第 1312 页。

[163] 例如,参看 A. Momirov, *Accountability of International Organizations in Post-Conflict Governance Missions*, The Hague, 2005, and K. Wellens, "The Primary Model Rules of Accountability of International Organizations: The Principles and Rules Governing Their Conduct or the Yardsticks for Their Accountabiity", in *Proliferation of International Organizations* (eds. N. M. Blokker and H. G. Schermers), Leiden, 2001, p. 433. 另见 the Recommended Rules and Practices drafted by the Committee on the Accountability of International Organisations and adopted in 2004 at the Berlin Conference of the International Law Association.

[164] 例如,参看 Klabbers, *Introduction*, chapter 8; Reinisch, *International Organizations*, pp. 127 ff.; Amerasinghe, *Principles*, chapter 10; E. Gaillard and I. Pingel-Lenuzza, "International Organizations and Immunity from Jurisdiction: To Restrict or To Bypass", 51 ICLQ, 2002, p. 1; M. Singer, "Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns", 36 Va. JIL, 1995, p. 53; C. W. Jenks, *International Immunities*, London, 1961; J. F. Lalive, "L'Immunité de Juridiction et d'Execution des Organisations Internationales", 84 HR, 1953 III, p. 205; C. Dominicé, "Le Nature et l'Étendue de l'Immunité desOrganisations" in *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern* (ed. K. H. Böckstiegel), Cologne, 1988, p. 11; Nguyen Quoc Dinh, "Les Privilèges et Immunités des Organisations Internationales d'après les Jurisprudences Nationales Depuis 1945", AFDI, 1957, p. 55; D. B. Michaels, *International Privileges and Immunities*, The Hague, 1971; Kirgis, *International Organizations*, pp. 26 ff.; *Yearbook of the ILC*, 1967, vol. II, pp. 154 ff.; DUSPIL, 1978, pp. 90 ff. and *ibid.*, 1979, pp. 189 ff., and Morgenstern, *Legal Problems*, pp. 5—10.

有权为其资产、财产和代表获得特权与豁免。当然，这两种情况在实践中并不能类比，因为，例如，国家豁免的基础可根据国家的主权平等和互惠原则来理解，而这对国际组织而
1319 言是不现实的，这既是因为它们不具备“主权平等”[165]也是因为它们不能以互惠姿态给予豁免。国家豁免还根据统治权(*jure imperii*)事项与管理权(*jure gestionis*)事项之间的区别受到了限制[166]，而对国际组织的任何此类区分都是不恰当的。[167] 国际组织所享有的豁免权的真正基础是，那些是它们为有效执行其职能所必需的。当然，这就引出了如何根据职能需要来衡量豁免权程度的问题。

就联合国本身而言，《宪章》第105条规定：

> 一、本组织于每一会员国之领土内，应享受于达成其宗旨所必需之特权及豁免。
>
> 二、联合国会员国之代表及本组织之职员，亦应同样享受于其独立行使关于本组织之职务所必需之特权及豁免。[168]

这个一般性规定得到了1946年《联合国特权和豁免公约》以及1947年《专门机构特权与豁免公约》的补充。[169] 这些基于组织文件有关规定的一般性公约，本身也得到了双边协议，尤其是越来越多的总部和东道国协定的补充。例如，1947年，联合国就纽约总
1320 部以及日内瓦办事处分别与美国和瑞士签署了总部协定。[170] 这种协定规定，在总部区域内，当地法律的适用受制于相关人事管理规章；组织的建筑和财产免受搜查、征用和没收、以及东道国其他形式的干涉；除公用事业收费以外免除当地税赋，以及通信自由。[171]

国际法院在“仲裁义务的适用性”(*Applicability of the Obligation to Arbitrate*)案中讨论

---

〔165〕 例如，在下面这个案件中，认为“北约的主权”就有误导性：*Branno v. Ministry of War* 22 ILR, p. 756.

〔166〕 参看上文，第13章，第708页。

〔167〕 参见 R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, p. 93.

〔168〕 注意：处理国际金融机构的特权与豁免的规定更为细致：参看《国际复兴开发银行协定条款》第7条，《国际货币基金组织协定条款》第9条以及《欧洲复兴开发银行宪章》第46至55条。

〔169〕 这还包括与每个专门机构有关的单独的附件草案。另见1949年的《美洲国家组织特权与豁免协定》、1949年的《欧洲理事会特权与豁免总协定》以及1965年的《关于欧洲共同体的特权与豁免的议定书》。

〔170〕 另外，关于联合国维也纳中心，参看1979年与奥地利的协议；关于联合国大学，参看1976年与日本的协议，以及关于联合国环境规划署，参看1975年与肯尼亚的协议。另外注意联合国签订的各种部队地位协议，例如，1957年与埃及的协议、1961年与刚果的协议以及1964年与塞浦路斯的协议，这些协议处理联合国维和部队的法律地位、便利、特权与豁免。

〔171〕 类似的协议可能涵盖国际组织的区域办公处：参看1951年世界卫生组织与埃及之间关于在该国设立区域办公处的协议。

了这个问题。[172] 该案有关迫使巴勒斯坦解放组织关闭在纽约联合国总部的观察员代表团的美国反恐立法。法院认为美国有义务尊重《联合国总部协定》第21节中的义务，即在涉及协定解释和适用的争端产生时进行仲裁的义务。这就拒绝了美国的观点，即不能确定已经产生了争端，因为国际争端的存在是需要一个客观判断的事项。[173] 法院特别强调指出条约规定优于该条约缔约国的国内法。[174]

构成认可国际组织特权与豁免的理论基础显然是职能说而不是代表性说。这在国内法院的案例中一直得到了体现，但很重要的一点是，这个观念包括有必要维护该组织独立于该组织运作的领土所属国。例如，在"门达罗诉世界银行"(*Mendaro v. World Bank*)案中[175]，美国上诉法院认为赋予国际组织豁免的原因是使它们能够更有效地履行其职能，尤其是使组织能够不受驻在国的单方控制而自由运作。在"伊朗—美国求偿法庭诉AS"(*Iran-US Claims Tribunal v. AS*)案中[176]，荷兰最高法院点明了"国际组织所享 1321
有保证在任何情况下独立而不受干涉地完成其任务的利益"，并指出"就所有直接与执行委托于该组织的任务相关的争端而言，国际组织原则上不受东道国法院的管辖"。意大利上诉法院在"粮农组织诉INPDAI"案(*FAO v. INPDAI*)[177]中认为，直接影响国际组织宗旨的活动有资格享受豁免，而就业上诉法庭在"穆库录诉欧洲复兴开发银行"案(*Mukuru v. European Bank for Reconstruction and Development*)[178]中指出，如果是基于为实现该银行宗旨所必需，免于诉讼和法律程序的豁免就是正当的，其目的是维持其独立和中立以避免东道国的控制或干涉以及通过其代表有效而不受干扰地执行其跨国性的职能。瑞士劳工法庭在"ZM诉阿拉伯国家联盟驻联合国常驻代表团"(*ZM v. Permanent Delegation of the League of Arab States to the UN*)一案中认为"习惯国际法认可国际组织，无论普遍性的或区域性的，享有绝对的司法豁免……国际组织的这种特权来自于赋予它们的宗旨和职能。只有在不受成员国或其总部的法院非难的情况下，它们才可以执行其

---

[172] ICJ Reports, 1988, p. 12; 82 ILR, p. 225.

[173] ICJ Reports, 1988, pp. 27—30; 82 ILR, p. 245.

[174] ICJ Reports, 1988, pp. 33—4; 82 ILR, p. 251.

[175] 717 F. 2d 610, 615-17 (1983); 92 ILR, pp. 92, 97—9.

[176] 94 ILR, pp. 321, 329. 另见 *Eckhardt v. Eurocontrol* (No. 2), 同上, pp. 331, 337—8, 马斯特里赫特地区法院认为，由于一个国际组织已经由国家经条约创建，这样的组织根据习惯国际法规则就被赋予了管辖豁免，只要这是履行其公共职能所必需。

[177] 87 ILR, pp. 1, 6—7. 另见 *Mininni v. Bari Institute*, 同上，第28页，以及 *Sindacato UIL v. Bari Institute*, 同上，第37页。

[178] [1994] ICR 897, 903. 另见 *the European Molecular Biology Laboratory Arbitration* 105 ILR, p. 1.

任务。"[179]

在"维特与肯尼迪诉德国"(*Waite and Kennedy v. Germany*)一案中,欧洲人权法院讨论了国际组织的豁免问题。该案原告认为,通过在雇佣争端中给予国际组织豁免,德国违反了该公约第6条第1款之下自由利用法院的权利。但是,欧洲人权法院称赋予国际
1322 组织特权与豁免是"确保这些组织正常运作而免受个别政府的单方干涉的必要手段"并且当存在有效保护相关公约权利的合理替代手段以及在相关国际文件中存在符合要求的争端解决机制时,才能满足第6条的要求。[180] 但是,如果规定了有关豁免的相关国际协定产生于《欧洲人权公约》之前,这种替代性争端解决要求可能就不是必须的,不过这一点尚有争议。[181]

豁免可以授予国家派驻国际组织的代表,组织官员以及组织本身。就国际组织里国家代表的地位而言,1946年的《联合国特权与豁免公约》第4条第11节规定了以下特权与豁免:

> (甲)其人身不受逮捕或拘禁,其私人行李不受扣押,其以代表资格发表的口头或书面的言论及其所实施的一切行为,豁免各种法律程序;
>
> (乙)其一切文书和文件均属不可侵犯;
>
> (丙)有使用电码及经由信使或用密封邮袋收发文书或信件的权利;
>
> (丁)在他们为执行职务而访问或经过的国家,其本人及配偶免除移民限制、外侨登记、或国民服役的义务;
>
> (戊)关于货币或外汇之限制,享有给予负临时公务使命的外国政府代表的同样便利;
>
> (己)其私人行李享有给予外交使节的同样的豁免和便利;以及
>
> (庚)为外交使节所享有而与上述各项不相冲突的其他特权、豁免和便利,但他们对于运入物品(除为其私人行李的一部分外)无权要求免除关税、消费税或销售税。

1323 第4条第14节规定这些特权与豁免

---

[179] 116 ILR, pp. 643, 647.

[180] 1999年2月18日的判决书,第63和67段以下;116 ILR, pp. 121, 134,并参见 *Beer and Regan* v. *Germany*, European Court of Human Rights, Judgment of 18 February 1999, paras. 53及其以下。另见 *Consortium X* v. *Swiss Federal Government*, Swiss Federal Supreme Court, 1st Civil Law Chamber, 2 July 2004 and *Entico Corporation* v. *UNESCO* [2008] EWHC 531 (Comm).

[181] 参看 *Entico Corporation* v. *UNESCO* [2008] EWHC 531 (Comm).

是为保障他们能独立执行其有关联合国的职务而给予。因此遇有会员国认为其代表的豁免有碍司法的进行,而抛弃该项豁免并不妨害给予豁免的本旨的情形,该会员国不但有权利而且有责任抛弃该项豁免。[182]

如果相关国际协定并不清晰,东道国是否有权根据习惯国际法寻求单方撤销一国驻国际组织的代表的豁免权,这是一个已经产生并且尚未有明确结论的特殊问题。[183] 该事项是2006年多米尼加共和国针对瑞士在国际法院提起的一项申诉的主题,申诉称瑞士终止了多米尼加派驻联合国和国际组织(并非派驻瑞士)的使团团长的任命。[184] 但是这一申诉随后被撤回。[185]

代表的特权与豁免问题也总是在国际组织和东道国之间的总部协定中加以规定。 1324
例如,1947年《联合国总部协定》第5条第15节规定代表[186]在美国领土内有权"在相应的条件和义务之下,享有与外交使节同样的特权与豁免"。[187]

其次,国际组织的官员同样享有特权与豁免。联合国公约第5条第18节规定,联合国官员就其以公务资格发表的口头或书面的言论及所实施的一切行为获得法律程序的豁免;联合国发的薪给和报酬免纳税捐;豁免国民服役的义务;其本人连同其配偶及受扶养亲属豁免移民限制和外侨登记。他们还享有初次到达关系国就任时免纳关税运入家具和用品的权利。此外,秘书长和各助理秘书长本人及其配偶和未成年子女享有依照国际法给予外交使节、其配偶和未成年子女的特权、豁免、免除和便利。[188] 另外,第20节

---

[182] 第4条第16节规定"代表"一词视为包括"各代表团全体代表、副代表、顾问、技术专家及秘书在内"。国家在国际组织的代表的问题也体现在1975年《维也纳公约》(the 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organisations of a Universal Character)中,该公约紧密模仿了1961年《维也纳外交关系公约》,尽管不少东道国都批评该公约允许就其职能所需而言更多的广泛特权和豁免。参见DUSPIL, 1975, pp. 38及其以下。特别地,该《公约》第30条规定,代表团团长以及该代表团的外交人员应当享有东道国的刑事管辖豁免以及民事和行政管辖豁免,除非涉及到位于东道国的私人不动产的真实诉讼(但代表派遣国为了代表团目的而占有的不动产除外);涉及继承的诉讼以及相关个人在东道国实施的在其官方职责之外的专业或商业行为的诉讼。另见上文第13章,第764页。

[183] 注意,一些公约允许这样:参见,例如《专门机构豁免公约》第7条第25节。另见Amerasinghe, *Principles*, pp. 338 ff.

[184] A v. *B* 案,(Swiss Federal Supreme Court, 1st Civil Law Chamber, 8 April 2004, no. 4C. 140/2003)促成了2006年4月26日的这一申诉。

[185] 参见国际法院2006年6月9日的命令。该案件被称为"关于联合国外交使节相对于东道国地位案"(case concerning the status vis-à-vis the host state of a diplomatic envoy to the United Nations)。

[186] 第5条第15(1)—(4)节对此进行了界定。

[187] 另见 *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, pp. 518及其以下。

[188] 第19节。

规定,特权和豁免是为联合国的利益而给予职员,并非为关系个人本身的私人利益而给予他们。秘书长于认为任何职员的豁免足以妨碍司法的进行,而放弃豁免并不损害联合国的利益时,有权利和责任放弃该项豁免。安全理事会有权为秘书长放弃豁免。

为联合国执行使命的专家也享有一定的特权和豁免,诸如在执行使命期间,包括在与执行其使命相关的旅程所消耗的时间内,独立执行其职务所必需的特权和豁免。特别是,他们的人身不受逮捕或拘禁,其私人行李不受扣押;其在执行使命期间发表的口头或书面的言论和实施的行为一切法律程序的豁免;其一切文书及文件均属不可侵犯;为与
1325 联合国通讯使用电码及经由信使或用密封邮袋收发文书或信件的权利;其私人行李享有给予外交使节同样的豁免与便利。[189]

关于为联合国执行使命的人员的豁免问题,国际法院曾处理过几个案件。国际法院就该公约对防止歧视保护少数小组委员会特别报告员的适用性发布了一个咨询意见。[190] 如前所述,公约第6条第22节规定为联合国执行使命的专家在其执行使命期间应给予为独立执行其职务所必需的特权和豁免。国际法院指出这些特权与豁免确实可针对国籍国或驻在国而援引[191],而小组委员会的特别报告员应被视为第22节所指的执行使命的专家。[192] 应予适用的特权与豁免就是那些他们执行职务所必需的特权和豁免,尤其是为了准备、起草和提交他们向小组委员会的报告而建立可能有用的联系所享有的特权与豁免。[193]

这个问题在国际法院关于法律程序豁免的咨询意见中再次提起,该案关系到联合国人权委员会关于法官和律师独立问题的特别报告员库马拉斯瓦米(Cumaraswamy)先生的法律程序豁免问题。[194] 法院确认,第6条第22节适用于库马拉斯瓦米先生,他作为
1326 特别报告员已被联合国委以使命,因此属于该节用语中所指的专家。法院认为,就他在发表于一个刊物上的一次访谈中的谈话而言,他享有豁免,而在决定特定情况下一个执

---

[189] 第6条,第22节。第23节规定,特权和豁免并非为专家个人本身的私人利益而是为联合国的利益而给予。秘书长于认为任何专家的豁免有碍司法的进行而抛弃豁免并不损害联合国的利益时,有权利和责任放弃该项豁免。

[190] *The Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, ICJ Reports, 1989, p. 177; 85 ILR, p. 300. 这一意见是经济和社会理事会根据《联合国宪章》第96条第2款第一次请求国际法院作出的咨询意见。

[191] 前提是相关国家没有作出保留,ICJ Reports, 1989, pp. 195—6; 85 ILR, pp. 322—3.

[192] 即使有关的报告员不是或不再是小组委员会的成员,特权与豁免也予以适用,因为这样的人受小组委员会委托执行特定的研究使命,ICJ Reports, 1989, pp. 196—7; 85 ILR, pp. 323—4.

[193] 同上。

[194] ICJ Reports, 1999, p. 62; 121 ILR, p. 405.

行使命的专家是否享有豁免方面，联合国秘书长具有“关键作用”。[195] 法院最后指出根据《宪章》第 105 条和联合国特权与豁免公约，马来西亚政府有义务告知其法院秘书长所持的立场。不这样做就导致了该国在国际法下的责任。[196]

再次，国际组织本身也享有特权与豁免。特权与豁免的范围通常包括管辖豁免；房舍和档案不可侵犯；货币和财政特权；以及通讯自由。[197] 就管辖豁免而言，1946 年《联合国特权与豁免公约》第 2 条第 2 节规定：

> 联合国，其财产和资产，不论其位置何处，亦不论由何人持有，对于各种方式的法律程序应享有豁免，但在特定情况下，经联合国明示抛弃其豁免时，不在此限。惟缔约各国了解抛弃豁免不适用于任何强制执行措施。[198]

一个问题是此种豁免是否是绝对的，或者是否就像在国家豁免的情况下，能够将主权行为或公行为（*jure imperii*）与私行为（*jure gestionis*）区分开来。但是与国家豁免的类比是不恰当的。国际组织并不行使主权权力，互惠的理论基础也不值得商榷。国际组织不是国家，而是为履行特定职能而创设的实体。在任何情况下，相关条约并不在国际组织的主权行为或公行为与私行为之间作出划分，这样的区分是不能推论出来的。的确，阿莫拉辛格（Amerasinghe）得出过结论认为，此种区分不正当，国际组织豁免的关键问题 1327
在于该豁免是否是实现该组织职能和宗旨所必需。[199] 应当注意，国际组织受益于执行或实施的豁免，这意味着其财产和其他资产不能被查封，并且管辖豁免的放弃（必须明示）并不包含执行豁免的放弃，后者的放弃需要单独、明示作出。[200]

豁免还包括房舍和档案的不可侵犯。[201] 这对于国际组织的有效运作尤为重要。例如，联合国公约第 2 条第 3 节规定：

---

[195] ICJ Reports, 1999, pp. 84 and 87.

[196] 同上，第 87—8 页。法院也确认豁免的问题是先决问题应在争端开始时尽速解决，同上，p. 88. 这一点也适用于在国内法院提出的豁免主张：参见上文，第 13 章，第 700 页。

[197] 在任何情况下，都需要审查相关协定，因为特定的特权和豁免会有所不同。

[198] 另见 1947 年《专门机构公约》第 3 条第 4 节。参见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 320 及其以下。

[199] *Principles*, p. 322. 但注意，很多国际金融机构，诸如国际复兴开发银行，即世界银行（国际货币基金除外），明确限定豁免并允许针对组织采取的行动，特别是关于基于世界银行贷款协定的申诉：参见《国际复兴开发银行协定》第 7 条以及 *Lutcher SA* v. *Inter-American Development Bank* 382 F. 2d 454 (1967) and *Mendaro* v. *World Bank* 717 F. 2d 610 (1983); 92 ILR, p. 92. 另见英国与国际海事卫星组织于 1980 年签订的总部协定第 6 条。另见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 320 及其以下。

[200] 参见联合国公约第 2 条第 2 节。另见 Singer, “Jurisdictional Immunity”, pp. 72 及其以下。

[201] 参见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 330 及其以下。

> 联合国的房舍不可侵犯。联合国的财产和资产，不论其位于何处，亦不论由何人持有，应豁免搜查、征用、没收、征收和任何其他方式的干扰，不论是由于执行行为、行政行为、司法行为或立法行为。

同时第4节规定，“联合国的档案以及一般而论属于联合国或联合国所持有的一切文件不论其置于何处，均属不可侵犯”。[202] 类似的规定还出现在与国际组织相关的所有协定中。房舍的不可侵犯性意味着国家机关未获国际组织行政负责人的许可不得进入
1328 其房舍，即使其内发生犯罪或者为了抓捕某人。此外，东道国就相关房舍的保护问题负有适当谨慎（due diligence）的义务。但是，房舍仍然处在东道国的一般性管辖范围内，并受制于相关的豁免。因此，在房舍内发生的犯罪可以在地方法院起诉。[203]

豁免还包括某些货币和财政特权，诸如就组织资产、收入和其他财产免除一切直接税以及免除关税。组织也可以自由转移其资金及其他资产。[204] 等同于提供给外国政府的官方通讯自由，通常也赋予国际组织，包括免于检查，享有经由信使或用邮袋收发信件的权利，这种信使和邮袋应与外交信使和外交邮袋享有同样的豁免和特权。[205]

如果批准的公约并不能在该国自动生效，关于特权与豁免的国际协议在很多国家都通过特殊立法的方式在国内法中加以实施，例如1968年《英国国际组织法案》[206]和1945年的《美国国际组织豁免法》。[207] 此类立法的通常模式是将这些法案中的一般性赋权条款通过次级立法而适用于特定的国际组织。例如，根据1968年的《国际组织法案》，很多

---

[202] 另见1947年《专门机构特权与豁免公约》第2条第5节。注意，在 *Shearson Lehman* v. *Maclaine Watson* 一案中（*No. 2*）[1988]1 WLR 16; 77 ILR, p. 145，上议院认为官方文件的不可侵犯性可能由于与第三方通讯而丧失。

[203] 参见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 330 及其以下。

[204] Amerasinghe, *Principles*, p. 335. 另见联合国公约第2条第5和7节以及专门机构公约第3条第7和9节。

[205] 参见联合国公约第3条第9和10节以及专门机构公约第4条第11和12节。另见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 335 及其以下。

[206] 1950年的《取代国际组织（豁免和特权）法》。1981年《国际组织法案》将1968年法案扩展适用于英联邦组织和国际商业组织，并允许将特权和豁免扩展适用于在英国参加会议的国家代表。另见2005年国际组织法。

[207] 另见《关于国际组织的法律地位、特权和豁免的立法文本和条约规定》，ST/LEG/SER. B/10 and 11.

组织被枢密院令赋予了特权与豁免。[208] 就美国的法案来看,同样的程序通常通过行政 1329
命令的方式完成。[209]

解散[210]

一些国际组织的章程包含了关于解散的明确规定。例如,《国际复兴开发银行(世界银行)协议》第6条第5款规定通过掌握总投票权多数的董事会的多数票解散组织,并为嗣后事项作出了详细规定。例如,对债务和赔偿的支付要优先于资产分配,而资产分配要在持股比例的基础上进行。其他具有这种明确规定的组织就解散所需要的多数票有不同的要求。例如,就欧洲复兴开发银行而言,要求有成员国的三分之二多数以及总投票权的四分之三。对于国际货币基金组织,简单多数票就足够了,而国际复兴开发银行则要求有会员国多数以及投票多数。如果一个组织只为一段时间而成立,章程总是会规定组织在期满之时解散。[211] 在不存在有关解散的明确规定的情况下,很可能组织通 1330
过最高代表机关的决议而解散。[212] 例如,国际联盟就是由大会通过的一个决议而解散

---

[208] 例如,参看非洲发展银行,SI 1983/142;欧洲理事会, SI 1960/442;欧洲专利组织,SI 1978/179 以及 SI 1980/1096;国际海事和卫星组织, SI 1980/187; NATO, SI 1974/1257 以及 SI 1975/1209, and the UN, SI 1974/1261 and SI 1975/1209. 对枢密院令的考察会发现下列特权与豁免:免于诉讼和法律程序;官方档案和房舍的不可侵犯;税赋和费用的减免,但出口税除外,除非货物或出版物的进出口是为了公务使用;针对公务使用的车辆或货物减免各种车辆税和增值税;并给予来往于联合国秘书长,联合国主要机构的负责人,国际法院院长的通讯以优先权:参见1968年国际组织法,Schedule I。另见1945年《美国国际组织豁免法》第2—7条。

[209] 例如,参看,1980年4月22日的12359号行政命令将多国部队与观察员指定为1945年法案第1条之下的公共国际组织,享有该法案赋予的特权、减免与豁免。另见1983年2月8日关于非洲发展银行的12403号行政命令;1984年3月2日关于美国与墨西哥间国际边界与水域委员会的12467号行政命令;1988年3月8日关于联合国工业发展组织的12628号行政命令以及1988年8月2日关于多边投资担保机构的12647号行政命令,另见 DUSPIL 1981-8, Washington, 1993, vol. I, pp. 330 及其以下。

[210] 例如,参看 Amerasinghe, *Principles*, chapter 15; Klabbers, *Introduction*, chapter 15, and Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 1015 ff. 另见 C. W. Jenks, "Some Constitutional Problems of International Organisations", 22 BYIL, 1945, p. 11, and *Bowett's International Institutions*, pp. 526 及其以下。

[211] 这特别适用于与商品相关的组织,如1981年《国际锡协议》;1987年《天然橡胶协议》以及1992年《国际糖协议》。

[212] 参见 Amerasinghe, *Principles*, p. 468, and Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, p. 1024.

的,而不需要每个会员国的个别同意[213],其他组织也采用了类似的程序。[214] 关于是否要求全体一致,或特定组织章程下决定重要问题的多数要求是否足够[215],这一点并不清楚。[216] 清算解散组织的资产以及应对责任的问题总是由组织本身来规定,或者在组织文件中加以规定,或者按照在解散时通过的特殊措施加以解决。

继承[217]

国际组织之间的继承发生在当组织的职能以及(经常情况下)权利和义务从一个组织转移到另一个的时候。这可能在组织的直接取代[218],或吸收[219],或合并,或对组织一部分的有效继承,或单纯从一个组织向另一个组织转移某些职能的时候发生。[220] 继承
1331 通过协议达成,并取决于继承组织执行转移过来的前一组织职能的章程权能。在某些情况下,继承可能在没有明确规定的情况下通过隐含关系进行。[221] 这种继承的准确结果有赖于有关各方之间的协议。[222] 一般来说,原有组织的财产和档案会归属于继承组

---

[213] 实际上该决定是由出席的35个成员国在10个成员国缺席的情况下一致同意作出的:参看 H. McKinnon Wood, "Dissolution of the League of Nations", 23 BYIL, 1946, p. 317.

[214] 例如,国际气象组织、联合国善后救济总署、国际难民组织、国际空中航行委员会、东南亚条约组织以及拉丁美洲自由贸易联盟的解散:参见 Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 1024—5.

[215] 例如,根据《联合国宪章》第18条,大会在重要问题上作出的决定需要三分之二多数通过。

[216] 组织也可能由于建立组织的条约的缔约方重新签订新的协议而解散,或者可能通过停止使用而解散,或者更具争议性地由于情况变化(情势变更)而导致解散:参见 Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, pp. 1021—8.

[217] 参见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 473ff; Schermers and Blokker, International Institutional Law, pp. 1015 ff.; H. Chiu, "Succession m International urgamsauons", 14 ICLQ, 1965, p. 83, and P. R. Myers, *Succession between International Organisations*, London, 1993.

[218] 例如联合国代替了国联。

[219] 例如联合国教科文组织吸收了国际教育署。

[220] 参见 Amerasinghe, *Principles*, pp. 474 及其以下。

[221] 国际法院在"西南非洲地位"案中指出,南非根据委任状而管理西南非洲/纳米比亚的监督责任不受国联解散的影响而持续存在,并且实际上由联合国继承。这是基于委任状本身确定了该领土的国际地位因而不论国联存续与否它都将存续这一事实,也部分因为国联大会作出的解散国联的决议已经宣布国联的监督职能并没有仅仅因为监督机构的终止而消失,因为联合国履行相似的,尽管不是同一的,监督职能。法院得出结论,联合国大会在法律上有权行使这些监督职责,根据但不限于《联合国宪章》第10条和第80条,ICJ Reports, 1950, pp. 128, 134—7; 17 ILR, pp. 47, 51—5。法院在纳米比亚案中再次肯定了这一结论,ICJ Reports, 1971, pp. 16, 37; 49 ILR, pp. 2, 26—34。

[222] 关于世界贸易组织与关税及贸易贸总协定(GATT)安排之间的关系,参见 Schermers and Blokker, *International Institutional Law*, p. 1017。

织。[223] 同一规则是否适用于债务并不清楚。[224]

进一步阅读推荐书目

J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, 2005

C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organisations*, 2nd edn, Cambridge, 2005

Bowett's Law of International Institutions (eds. P. Sands and P. Klein), 5th edn, London, 2001

J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002

C. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005

H. G. Schermers and N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd edn, The Hague, 1995

[223] 例如,参看 *PAU v. American Security and Trust Company*, US District Court for the District of Columbia, 18 ILR, p. 441.

[224] 参看 Klabbers, *Introduction*, pp. 329—30.

索　引

1960年日内瓦会议　448,457

1982年《海洋法公约》(又《海洋法公约》、《联合国海洋法公约》)　194,311,385,420,421,428,432,437,440,442,445,446,477,492,499,520,554,647,673,675—677,682,683,690,707,708,782,799,806,832

阿富汗　29,242,303,361,516,603,610,802,900,902,904,915,931,932,946,953,962,970,974,978,988,1007,1013

"阿卡耶苏"案　320,338—340,343,344

阿奎纳　18,42

"阿拉巴马号求偿仲裁"案　89,107

阿拉伯国家联盟　309,310,808,810,812,813,1043

《阿拉伯人权宪章》　309

阿拉木图宣言　167,756,762,769

"阿兰群岛"案　161,201,425

"阿姆科诉印度尼西亚共和国"案　82,661

埃塞俄比亚　25,180,181,363,368,370,374,388,413,515,594,596,604,616,734,735,783,809,828,832,895,927,930,932,936,940,953,975,982,988,1022

艾斯特拉达　360

"艾希曼"案　526

"爱琴海大陆架"案　401,712,714

安全理事会(又"安理会")　3,4,32,66,92,102,123,131,145,164,168,169,172,180,181,184—186,188,190,197,203,248,315,316,319,324,335,357,370,415,498,732,757,798,807,808,810,811,835,836,847,848,875,878,881,894,896—898,900—902,904,906,910,915—918,921,922,957,960,964,967,968,970,980,991,1003,1007,1008,1046

奥本海　74,90,110,155,160,358,676,773

"奥地利与德国关税同盟"案　169

《奥尔胡斯公约》

《奥斯陆议定书》

奥斯汀　3

巴勒斯坦　160,184,197,198,241,365,482,755,797,806,843,907,935—938,962,963,981,1007

巴勒斯坦解放组织(又"巴解组织")　132,160,197,536,844,983,1043

《巴黎非战公约》(又"白里安—凯洛格公约")　369,370,890

《巴黎空中航行管理公约》　427

《巴黎宪章》 295,356
巴拿马运河 360,425,426,515
《巴拿马运河公约》
巴拿马运河条约 425
“巴塞罗那牵引公司”案 83,85,100,109,200,632,772
“白板”原则(又“白板”做法) 753,769,770
《百慕大协定》
柏林 45,182,183,367,410,554,670,694,758—760,785,908,1015
拜占庭 15—17
班图斯坦 163,370,378,411,415
保持占有原则 402,414—418,465
《保护臭氧层维也纳公约》 675
保护的责任 253,919
保护国 174,714,801,952
《保护海底电缆公约》 485
《保护人权和基本自由的欧洲公约》(又《欧洲人权公约》) 37
《保护少数民族框架公约》 273,289
保护移徙工人委员会 264,265
保护原则 43,522,639
报复 4,521,627,628,640,745,746,816,888,889,891,895—897,928,933,934,941,952,954
《北大西洋渔业公约》 491
“北大西洋渔业仲裁”案 426
北大西洋渔业组织(NAFO) 491
“北海大陆架”案 2,62,68—70,76,85,95,98,102,160,461,466—468,472,474,499,730
“北喀麦隆案” 860
北塞浦路斯土耳其共和国 188,189,281,382,411
北约(又“北大西洋公约组织”) 46,765,909,1020
贝加韦(又贝加韦法官) 38,538,762,839,980,1004
“贝利洛斯”案 721,725
“贝宁/尼日尔”案 402,428
被保护国 173,619
被动人格原则 520—522,531
“比利时议会号”案 119,552,553,555
“庇护”案 61,62,73,385,598
边界条约 390—392,406,417,763,765
边界移动 766,767
宾刻舒克 21,90
《波哥大宣言》 435
波黑(又“波斯尼亚和黑塞哥维纳”) 162,164,169,185,191,248,251,364,1012
波罗的海三国 29,163,1021
“波斯尼亚”案 102
伯德(又伯德修正案、玛丽伯德地) 131,422,985
“博茨瓦纳/纳米比亚”案 391,398
博丹 18,21
博普塔茨瓦纳 163
捕获法 63
不承认(又“史汀生主义”) 5,11,30,163,165,166,189,198,210,353,354,357,359,365,366,368,369,371,372,376—378,380—382,396,594,599,639,793,857,929,985
不出庭 502
不干涉 28,170,171,173,196,353,507,594,651,731,911
不干涉内政(又“不干涉”) 29,35,172,505,533,640
不干涉原则 31,171,548,753,910,911,915,919
《不可航行国际水道法公约》
不可抗力 450,454,615,628—630,709,1037
不平等条约 30,793
不使用武力(又“禁止使用武力”) 35,401,911,

979
“布基纳法索/马里共和国”案 87
布莱克斯通 111
布赖尔利 117,386,743

“彩虹勇士号”案(又“彩虹勇士号仲裁”案) 629,630,632,637,744,745
“查米佐尔仲裁”案 398
《长程越界空气污染公约》 675,676,682,684,688
《常规武器条约》 944
常任理事国 3,4,32,168,732,756,958,960,963,964,969,970,972,978,981,991,995,1006,1007
常设国际法院 25,43,65,67,79,80,88,89,107,109,169—171,207,230,234,404,426,513,517,521,617,633,640,658,672,731,788,797,827,831,835,843,853,854,856,880,883,965
常设仲裁法院 23,89,498,827—829,831,835
超级大国 30,45,46,1007
朝鲜 4,45,351,359,366,459,964,984,988,992,1003,1038
沉默 67,71,81,347,348,409,510,631
承认东欧和苏联新国家的纲领 166,356
充足住房权 247
出生地主义 518
船舶的国籍 480,482
船旗国专属管辖 482

纯粹法理论(又“纯粹理论”、“纯粹法学派”) 39,41
“大贝尔特桥”案 873
大规模毁灭性武器 430,486,695,943
“大会接纳一国加入联合国的权限”案 734
《大陆架公约》 71,437,461,463,466,469,472,473
大炮射程 447
“大王子号”案 481,504,883
代顿和平协定(又“代顿协议”、“波黑和平一般框架性协定”) 169,318,335
单方面行为 83,97,98,858
“但泽铁路官员”案 207
“党代会号”案 557,559,561,563,567
德·维歇 63,399,400
“德国外债”案 800
《德黑兰宣言》 224
登临权 482
等距离—特殊情况原则 68
低潮标 440,443
低潮线 440,441,709
狄骥 42
“迪科”事件 600
敌对行为 196,342,912,926,928,929,932,934,939,945,947,996
地役 386,424—427,763
第三方参加 502,863,869,870
第三国 98,147,173,175,293,391,393,407,454,465,474,475,485,543,546,577,607,608,640,641,644,729—731,744,748,753,755,761—766,770,771,778,782,784,792,805,843,852,869—871,889,893,897,900,910—912,914,919,937,946,992,1038
第三世界 29,31,32,45,91,172,181,209,215,412,437,438,451,650,654,705,741,931
缔约国协商会议 423
调查 42,44,46,48,118,149,150,155,161,241,254,258,260,261,265,269,270,283,286,301,303,306,316—319,321,323—326,328,330,334,335,337,340,347,452,485,490,

491,499,515,527,540,541,563,569,583,610,618,660,688,795,798,801—806,810,813—815,820,825,836,843,861,867,890,906,931,936,940,952,966—968,971,979,1002
东帝汶 187,204,206,332,333,804,843,853,967,970,976
"东帝汶"案 100,204,206,844,852
"东格陵兰"案 401,403—405,407,408,413,422,713,738,739
《东京公约》 530,531
"东卡雷利亚"案 880
东南非共同市场 818
东南亚国家联盟(又"东盟") 1023
独立国家联合体(又"独联体") 167,192,297,298,756,762,884,923,1008,1021
独联体宪章 192
独任仲裁员 359,829
杜鲁门公告 460,463
杜南 927
对一切的义务 99,100,220,731,772,852,859
对自然资源永久主权 658
多边投资担保机构 665,1049
多佛尔海峡 442,455
多格尔海岸 803
多国公司 634
多瑙河委员会 23,1032

俄罗斯 3,27,29,33,63,141,164,168,171,172,175,179,190,192,210,223,234,235,252,272,273,276,279,284,286,287,356,357,366,372,373,394,421,422,425,462,491,494,503,604,664,693,755,756,767,768,775,781,788,880,958,961,970,978,981,1021
"厄立特里亚/埃塞俄比亚"案 392,400,402,405,406,409,410
"厄立特里亚/也门"案 400,403—405,407,409,413,414,426,472,475,763
儿童基金会
《儿童权利公约》 230,252,262,263,332,516,519,669,934,937

发展权 239,240,242,307,310,686,784
法律承认 157,368
法律连续性原则 768
法律确信 28,59,60,62,67,69—71,76,92—94,97,203,429,710,943,1024
《凡尔赛和约》 207,217,313,353,426,524,580,735
反报 640,895,896
反措施 627,628,896,1037
《反对教育歧视公约》 270
反恐怖主义法 132,521
反诉 227,502,585,608,838,862,868,869,873
梵蒂冈 159,194—196
方便旗 480,481
防扩散安全倡议 486
《防止船舶污染公约》 487
《防止海上油污公约》 487
防止歧视和保护少数小组委员会(又"促进和保护人权小组委员会") 235,242,244,247,670
非国际性武装冲突 341,342,894,931,941,945,946,948,949,954,955
非歧视原则 220,230
非斯条约 173
非殖民化 26,32,33,35,159,160,164,196,202—205,215,241,388,412,425,753,754,762,769,779,782,783,787,793,880,912,

931,962
非洲人权法院 884,1023
《非洲人权和民族权宪章》(又《班珠尔人权和民族权宪章》或《班珠尔宪章》) 259,669,937
非洲人权委员会
非洲统一组织(又"非统组织"、"非洲联盟"、"非盟") 37,163,173,189,190,196,205,306,308,414,705,762,802,806,808,809,1009,1010,1022
非自执行条约 129
非自治领土 187,189,196,202—205,222,250,390,420,579
菲茨莫里斯 106
"菲律宾大使馆"案 588,601
"菲律宾海军上将号"案 555
丰塞卡湾 71,184,443
否决权 3,172,357,958,959,963,969,970,973,992,995,1006,1007
弗兰克 49,838,883,900,992
"伏尔加河"案 503
福尔克 48
福克兰群岛(又"马尔维纳斯群岛") 160,419,459,490,537,897,909,930,984
附条件的承认 366,367
附庸国 173
复核判决 328,876

刚果民主共和国 235,242,308,323,492,727,863,885,901,906,914,915,934,937,982,988,1001,1002,1012
割让 120—122,145,187,390,393,394,396,397,403,406,407,410,411,449,754,755,766,782,787,790,793
格老秀斯 19,20,90,436,889
个人申诉 196,217,218,233,235,249,256,258,264,265,273,279,289,296,300,744
《各国利用人造地球卫星进行国际直接电视广播所应遵守的原则》 434
《给予殖民地国家和人民独立宣言》 32,93,202
《工业事故跨界影响公约》 687,706
公共债务 753,784—787
公海 2,20,66,67,104,113,311,312,388,396,408,422,428,436—438,441,443,444,446,447,453—456,458,460,463,476—492,513,514,519,520,523,528,530,532,533,553,554,561,673,701,708,727,728,912
《公海公约》 312,437,478—480,482—486,488,514
《公民权利和政治权利国际公约》 213,219—221,230,235,250,259,265,305,433,519,564,653,726,744,950
共管 73,183,184,438,444
共同继承财产 385,388,420,421,432,477,492
构成说 209,351—354,360,390
"孤独号"案 484,485,636
孤立主义 31
古巴 7,153,154,242,301,303,494,516,532,544,545,555,561,562,570,577,767,897,912,924,931,974,978
关键日期 401,402,415
《关贸总协定》 77,188
《关税及贸易总协定》(又《关贸总协定》) 77,816,1017
关塔那摩 303,516,924
《关于持久性有机污染物的斯德哥尔摩公约》 690
《关于登记射入外层空间物体的公约》 431
《关于各国管辖范围以外海床洋底及其底土("区域")的原则宣言》 492
《关于各国探索和利用外层空间包括月球与其他

天体活动所应遵守原则的条约》 429
《关于各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》 93,429
《关于国家对财产、档案和债务的继承的维也纳公约》 754,769,776
《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》 754,761—763,765—771,1025
《关于环境保护的南极条约议定书》 424
"关于魁北克分离的判决"案 412
《关于统一的国家条约》 182
《关于已婚妇女国籍的公约》 519
《关于在外层空间使用核动力源的原则》 431
《关于执行1982年公约第十一部分的协定》 438
《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》 530,539
观察报告 295
观察员行动 971,972,974,979
管理权行为 552,559—561,567,589
惯例 14,16,60,61,63,64,67,92,94,97,107,122,128,239,312,313,317,341,442,520,524,565,642,739,823,830,927—931,933,934,942,946,947
国籍原则 512,516,520,644
国际不法行为 178,614,617,618,627,628,632—635,637,638,640,646,651,873,1036—1038,1041
国际道德 2
国际电信联盟 23,195,433,434,815,1015,1016
国际法不加禁止行为
国际法的性质 1,3—6,38,115
国际法委员会 32,52,53,66,68,71,86,95—97,101,102,169,175,178,210,231,314,315,321,345,348,525,528,559,583,599—601,616,617,620,621,623,625—631,634,635,637—639,643—647,652,675,676,678—681,683,696,711,712,719,720,723—727,730,735,741,744,748—750,760,763,768,770,779,786,791,792,828,830,831,898,905,913,963,1025,1034,1035
国际法协会 97,229,431,558,559,579,676,682,683,688,695,696,1015
国际法研究院 97,218,353,524,527,670,683,697,744,902,904,977,1040
国际法原则宣言(又"关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言") 93,171,203,205,206,231,232,370,385,390,395,401,412,797,891,892,894,910,911,914,930
国际法院 3,4,10,25,32,37,40,53,54,56,57,59,61,62,65,66,68,70,71,73,76,78—81,83,85—93,96,98—100,104,107,108,127,131,132,160,170,173,176—178,180,181,184,203,204,208,211,215,221,222,226,232,241,252,256,269,277,321,371,385,387,391,392,396,398,399,401,403,405,407—410,414—417,428,440—443,446,453,457—459,461,465—469,471,472,474,476,479,480,491,497,499,502,504,507,508,513,517,551,583,593,594,596,598,603,604,609—611,615,616,619—621,624,626,627,631—633,635,637,639,641,642,645,648,649,665,667,672,673,686,696—700,712,713,715,717,722,733—737,740,742,745,747—751,758,762,763,772,774,795—797,799,800,808,812,813,815,826,827,831—836,838—841,845,847,848,850,851,853,854,856—861,864,865,868—870,875,878,881,883—886,893—896,898,900,903,905,906,910,914,918,927,929,934—938,942,943,947,948,953,957,960,961,

965，967—969，1003—1005，1007，1026，1029—1034，1036，1037，1042，1045，1046，1049，1050
《国际法院规约》 3，32，56，74，88，91，97，131，174，472，712，758，813，829，835，836，848，850，853—856，872，876，880，960，1031
《国际干预公海油污事故公约》 487，708
国际公众公司 199，1025
国际海底 478，492，498
国际海底管理局 194，464，493—496，498，500，501
国际海底区域（又“区域”） 438，463，478，479，500—502，782
国际海洋法法庭 109，459，480，481，485，488，493，497—499，631，633，647，799，883—885
国际航空运输协会
国际货币基金组织 32，757，781，1017，1027，1031，1042，1049
国际界河 418
国际恐怖主义 34，128，158，525，526，531，532，901，920—924，960，982
国际劳工标准 38，268
国际劳工组织 25，37，97，176，217，237，239，249，258，267—270，701，707，815，1016，1031
国际礼让 2，127，542
国际联盟（又“国联”） 25，43，174，179，180，184，201，216，217，234，367，517，722，741，835，854，880，883，890，920，965，1015，1016，1049
国际领土
国际民用航空组织 532，1016
国际商会仲裁院 822
国际水道 23，86，87，96，419，426，672，675，680，683，696—698，731，764，873，969
国际刑事法院 36，51，96，146，315—317，321—325，327，329，330，338，340—343，345，347，348，525，526，528，580，717，728，795，884，885，949，1002
国际刑事责任 317，320，329
国际行政法 38
国际性武装冲突 317，342，525，931，933，943，946—948
《国际油污损害民事责任公约》 487
国际原子能机构 701—704，706，990，994，995，1016
国际仲裁裁决集
国际组织的豁免权 613
国际组织法案 1028，1029，1048
国家档案 777，781—784
国家豁免法 146，155，554，557，558，562，564—568，572，574，577—580，582，584—587，589—591，601，602，608
国家继承 84，96，147，168，184，356，386，417，615，642，643，752—754，758，763，765，767—771，773，776—780，782，784，787，788，790—793
国家权利和义务宣言草案 96，107
国家行为 15，46，59，65，67，102，109，143—145，147，149，150，153，154，172，178，399，406，507，550—552，566，569，621，623，626，652，674，842
国家责任 89，96，101，102，178，226，227，276，315，337，341，431，518，533，591，614—618，620，621，624，631，633，638，639，647，650，652，668，672，676，678，681，688，751，822，824，898，905，913，1036，1037
国内管辖 105，170，171，216，218，222，354，372，389，507，508，517，527，548，642，643，658，688，857，894，911，945，957，981，1025
国有化 32，373，381，426，509，552，635，654，

658,661,665,734,895
过境通行权 428,454
过早的承认 363

哈得孙湾 443
哈特 40,41
《海床和洋底原则宣言》 420
海盗 101,128,209,216,311,312,482,483,524,527,528,538
海底争端分庭 498,501,502
海湾 184,441,443,444,455,474,650,825,917,932,933,940,944,975,989,993,1000,1003,1004,1022
“海牙法规” 929,939
《海牙公约》 528,530,531,730,942
《海牙议定书》
和解 86,217,249,253,269,270,297,499,719,720,749,751,798,805,806,808—810,812—817,819,821,822,967,970
和平共处 26—30,79,172,173
和平利用外空委员会 433,434
和平权 240,308
“和平条约的解释”案 736
核活动 700,701,704
核试验 83,479,637,671,673,674,684,685,700,711,840,843,866,870,877,878,943
核武器 34,78,94,252,430,479,673,688,695,700,768,800,860,881,882,893,906,923,943,944,983,989,990,1021,1030,1031,1033,1034
“荷花号”案 64,67,71,88,170,482,485
《赫尔姆斯—伯顿法》 544,545
赫尔辛基最后文件 94,231,293,356,412,713,798,1019
红十字国际委员会 23,196,209,929,932,951,953,954,986,1015
红十字军战士号 485,499,803,804
《华沙公约》
华沙条约组织(又“华约”) 37,46,1018
环境规划署 242,668,673,683,691,692,694,707,708,963,1042
环境权 240
恢复原状 326,634,635,637,643,662,709,873,1037
“货币黄金”案 852,853
霍布斯 21,22
“霍茹夫工厂”案 79,617,633

基尔运河 426,731
“即时”习惯法(又“即时”习惯) 59
极端危险活动 699,700
集体安全 967,979—981,992,1022
集体承认 367
集体自卫 626,744,898,902,909,910,913,993,1008,1009,1021
“几内亚/几内亚比绍海洋划界”案 469,473
几内亚比绍 165,810,1011
“加布奇科沃—大毛罗斯多瑙河水坝”案 96
加丹加 165,307,308,323
《减少无国籍状态公约》 790
《建立国际赔偿油污损害基金公约》 487
建设和平 809—811,959,966
交战团体 159,196,350,362,896,912,913,973
教育权 223,238,245,274,298,302
杰伊条约 650,826
结社自由 233,250,268,269,274,289,295
捷克斯洛伐克 28,29,46,159,167,223,234,269,370,494,699,746,762,764,771,792,978,993
解决投资争端国际中心 819,821

紧急状态 219,245,281,305,950,951
紧追权 484,485,504
禁飞区 917,993,994,997,1009,1012
禁运 4,540,544,892,982,985—989,996,998,1000,1005,1009—1012
禁止反言 71,81,82,194,209,406—409
《禁止核试验条约》 372,479
禁止酷刑委员会 259—262,265,266
《京都议定书》
《经济、社会和文化权利国际公约》 213,245
经济、社会和文化权利委员会 221,240,246,263,265,266,963
经济互助委员会(又"经互会") 46
经济制裁 370,985—987,989,990
经社理事会 197,219,229,239,241—246,256,257,263,266,269,668,963
绝对豁免 551—553,555—557,582,585,588
君士坦丁堡公约 426
君子协议 8

"喀麦隆诉尼日利亚"案 107,179,391,400,406,409,413,474,476,714,716,740,867,871,874
"卡罗林"案 897,904,909
"卡莫科号"案 503
"卡塔尔诉巴林"案 403,442,446,465,474,712,713,735,739,851
"卡汀"(the *Cutting* case)案 520
"卡扎菲"案 582
"凯尔求偿"案 622
凯尔逊 60,105,106,844
康纳利修正案 857
抗议 4,10,59,64,71,72,97,106,184,188,207,305,398,399,404,407,408,410,420,422,444,509,510,513,520,521,534,535,542,544,545,600,611,631,641,647,992
"科孚海峡"案 80,87,171,453,479,620,673,674,681,851,875,894
科洛文 27
科日尼可夫 28
科斯肯涅米 48,51,52
科索沃 162,164,186,235,276,286,297,316,331,332,357,596,611,622,758,814,841,917,940,976,988,1012,1013,1037
可裁判性 143,144,146,147,151,153
可持续发展委员会 668,686,963
可归责性 620,621
"克拉季娜诉塔斯社"案 553,576
"克里斯蒂纳号"案 553,555
"克利珀顿岛仲裁"案 404
"刻赤荒地仲裁"案 85
客观领土原则 512,514,540
客观责任 618—620,623
《空间物体造成损害的国际责任公约》 430,649,675,678,700
酷刑 100,101,110,127,128,215,219—221,223,224,242,243,246,250,258—262,273,274,282,285,286,295,297,300,301,303,306,310,312,314,316,332,333,341,343,347,521,525,528,529,534—537,539,564—566,583,584,639,716,773,924,928—930,933,934,948,949,951,954,1002
跨国公司 36,199,200,209,963
《跨界情况下环境影响评估公约》 670,677
跨界种群 485,488,490,491
魁北克 133,175,204,205,232,235,412

拉德布鲁赫 43
"拉格兰德"案 108,178,610,632,867,873,874
"拉努湖仲裁案" 800

《拉忒兰条约》 195
来文 98,243,245,247,249,254—256,260,261,264,265,270,271,302,308,309,671,923
“莱特利尔诉智利共和国”案 551,591
莱茵河中央委员会 23
赖斯曼 48
劳特派特 70,102,105,159,175,208,227,340,354,355,838,856,857,980
里特维诺夫协议 129
《里约环境与发展宣言》 240,670
历史性海湾 443,444
历史性权利 33,426,443,448
立法管辖权 505,506,508,509
“利比亚/马耳他”案(又“利比亚/马耳他大陆架”案) 59,85
“利比亚/乍得”案 83,402,407,411,415,417,734,735,763
《利用卫星广播的指导原则宣言》 433
联邦保留
联合国船舶登记大会 481
联合国大会(又“联大”) 2,26,32,35,66,70,80,82,96,165,171,172,181,184,194,196—198,203,204,221,223,229,236,239,241,245,257,258,261,265,314,330,370,385,395,420,424,429,431,434,492,495,524,529,544,603,668,673,691,716,722,723,757,775,782,828,861,880,892,893,899,905,914,915,920—923,937,943,983,1050
联合国大会的决议(又“联大决议”) 2,66,91
联合国法 121,123,124,189,972
联合国国际贸易法委员会 97,633,819,963
联合国教科文组织 97,177,219,249,433,782,815,1016,1027,1031,1050
联合国粮食与农业组织
联合国贸易与发展大会(又“贸发大会”) 32,481,963
联合国秘书长 186,240,243,248,265,267,316,319,320,327,328,330—332,335,336,357,431,447,495,525,583,603,615,620,718,728,736,749,769,773,774,796,802,804,842—844,855,857,882,904,927,940,942,964,966,970,977,986,1002,1007,1011,1046,1049
联合国人权中心 224,248,266
《联合国人员和有关人员安全公约》 221,523,530,976,977
《联合国宪章》 2,4,56,75,77,82,92,93,102,130,131,149,162,170,179,180,202,203,205,218,221—224,228,229,231,238,267,296,310,316,318,324,346,356,366,370,385,390,394,395,399,412,479,480,497,508,533,626,628,638,712,714,716,728,730,732,741,744,749,751,776,797,798,801,807,808,812,851,875,883,891—894,896—899,902,907,909,911,918,922,930,957,958,960,965,971,980,981,983,992,1007,1009,1020,1026,1027,1031,1034,1046,1050
临时措施 178,185,226,227,255,265,277,299,302,304,306,309,488,499,501—504,513,583,838,843,845,853,864—868,874,876,883,885,980,984,1005,1006
领海 61,62,64,68,69,71,72,88,104,109,113,392,394,404,427,437—443,445,447—458,461,462,464—466,470,473—475,477—479,483—486,514,554,620,629,708,709
《领海公约》 439,440,442,443,445,446,449,451—453,456
《领海及毗连区公约》 437,440,452,453,719
领事馆舍 597,598,610,779

领事特权 609
领事协助 305,611
领土完整 12,29,35,141,172,173,181,186,188—190,192,196,202,205,231,232,236,308,370,385,395,411—415,522,548,741,762,810,891—894,907,909,914,915,917,973,983,1020,1021,1023
领土主权 38,89,160,171,183,184,195,371,384—390,393,396,403,404,406,410,415,419,423,428,448,464,509,510,513,514,558,598,672,687,828,887,895,910
“隆端寺”案 81,408,411,415,735,739,740
“卢瑟诉萨格尔”案 372,373,381
卢梭 90,106
“陆地、岛屿和海洋边境争端(萨尔瓦多/洪都拉斯;尼加拉瓜参加)”案 417,443
履行不能 746
罗得西亚 4,131,165,166,210,370,377,411,771,981,985
“洛克比”案 841,843,866,883,980,1004,1005
“洛伊齐多诉土耳其”案 412,624,725,737

马耳他 194,470,870
“马弗罗马提斯巴勒斯坦特许权”案 640,738
马关条约 187
马克思列宁主义 30
“马雷特”案 381,383
《马鲁阿宣言》 107,716,740
“玛瑞瓦”禁令 586
麦克杜格尔 46—48
“麦氏金枪鱼”案 499,504
毛里塔尼亚 189,204,387,414,880
《贸易利益保护法》 542—544
《美国和苏联海洋边界协定》 459
“美国诉阿拉斯加州”案 444
美洲国家组织 239,300—305,353,361,370,544,545,798,802,811,812,970,982,1008—1010,1021,1022,1042
美洲人权法院 83,101,104,217,239,277,301,304,312,636,727,737,738,884,885
《美洲人权公约》 217,219,220,239,259,265,299,302,305,669,727,737,738,950
美洲人权委员会 219,239,258,300,302,308,924,939,950,951
《蒙得维的亚国家权利与义务公约》 159,364,370
《蒙特勒公约》 455
《蒙特利尔公约》 528,531,1005
蒙特利尔协议
缅甸 389,753,970,1023
“缅因湾”案 71,407,465,468,469,471—473,839
灭绝种族(又“种族灭绝”) 36,100,128,225,226,228,314,315,320,330,337—339,638,722
《灭种罪公约》 66,76,215,224,226,227,265,314,320,321,338,339,715,758,772,774,836,838,844,853,864,869,872,876,880,947
民法大全 15
民族解放运动 196—199
“敏基埃岛和艾克利荷斯岛”案 399,403—405
“缪斯河改道”案 84
摩洛哥 173,189,204,252,387,405,413,414,599,617,809,813,880,993
“莫克斯”(*Mox*)仲裁案(又“莫克斯”案(the *Mox* case)) 828
默认 64,65,71,72,81,194,209,391,397—401,406—411,418,428,442—444,448,458,478,739,754,767,856
默示承认 71,364—366

内陆国 33,64,427,438,449,464,476—479,496,693
内水 426,438,439,441—443,447,449,450,452,478,483,484,486,620,708
内战 89,152,162,164—166,187,327,329,363,374,381,625,809—811,891,894,911,912,914,915,946,948,950,953,972,973,975,978,981—983,998,1000—1003,1010—1012
纳入说(又"纳入"论) 112,115,116,126
"南方金枪鱼"案
南极矿物资源活动管理公约 423,424,675,677
《南极条约》 76,194,423,668
南极洲法 519
南斯拉夫联盟共和国(又"南联盟"、"塞尔维亚和黑山"、"塞黑") 168,248,249,251,331,354,757,772,773,775,781,841,848,892,940
南斯拉夫协议 755,777—781,784
南锥体共同市场 818
难民署 242
《能源宪章条约》 671
"尼加拉瓜诉美国"案(又"尼加拉瓜"案) 62,479,743
奴隶贩卖(又"贩卖奴隶") 101,482—484
奴隶制 100,216,241,245,250,265,527
"挪威贷款"案 856
"诺特鲍姆"案 88,174,207,517,642,643,645

欧洲安全与合作组织(又"欧安组织") 293,297,814,923,1008,1019,1020
欧洲共同体(又"欧共体") 46,125,162,166,168,292,356,412,416,444,459,488,491,499,500,531,545,546,579,640,687,756,757,760,766,768,1026,1027,1042
欧洲共同体法 125,884
《欧洲国家豁免公约》 557,558,560,574,577,579,584—587
欧洲理事会 112,188,235,237,272,273,277,283,285,287—290,297,298,545,678,791,813,837,923,924,1019,1042,1049
欧洲联盟(又"欧盟") 37,46,143,192,290,292,497,498,750
欧洲联盟条约(又"马斯特里赫特条约") 292,1019
欧洲人权法院 51,111,125,189,259,275,278,286,290,291,304,354,515,539,557,565,580,587,624,637,721,725,734,737,837,884,885,940,1041,1044
欧洲人权委员会 279,308,950
《欧洲社会宪章》 274,284,1019

"帕尔马斯岛"案 89,169,386,394,397,400,401,403,405,672
帕什科尼斯 27
排放转让 694
叛乱团体 159,196,350,362,912
庞德 41
庞森比规则 122,718
"赔偿"案 66,88,208,1029,1033
批判法学派(又"国际法的新思路"、"批判法学"、"批判学派") 51
"皮诺切特"案 116
毗连区 88,437,445,455—457,463,484,485,514
平时封锁 889,896,897
破坏和平罪 36,313,345,524—526,891
普遍定期审查 244
普遍国际法
普遍原则(又"普遍管辖") 214,510,521,523,1007

普芬道夫 20,21,90

《气候变化公约》 677,685,686
“契约性”条约 75
前南斯拉夫 89,124,149,162,166,168,169,226,227,248,251,272,315,316,318,319,333,337,340,342—344,348,354,356—358,364,366,367,402,416,525,615,624,757,773,781,792,804,814,833,854,862,885,927,940,942,945,946,952,959,961,982,987,989,996—998,1004,1005,1009,1012,1013
强迫失踪 244,265,266,302,343,531,951,1002
强行法 98—102,220,227,259,527,538,564,565,582,585,628,638,732,742,743,749—751,858,859,924,1037
强制管辖权 2,56,854,856,858
切尔诺贝利核反应堆事故(又“切尔诺贝利核事故”) 700
情势变迁 711,747,748,762
区域办法 807,909,967,1008
区域国际法 2,28,38
区域或地方习惯(又“区域和地方习惯”、“区域习惯”、“地方习惯”) 73
全球环境基金 669,690,694
全权证书 107,715,716,718,739,961,962
群岛国 191,438,439,442,446,447,478
群岛海道通过权 447
群岛基线 440,446
群岛水域 428,447,478,483,485

惹尼 42,60
人道援助 981,998,999,1003
人道主义干涉 216,892,916—919
“人类共同继承财产” 420,424,437,492
人权法案 123—125,275
《人权和基本自由的公约》(又《独立国家联合体人权和基本自由公约》) 297
人权理事会 239,242,244,245,924,963
人权理事会咨询委员会 244
人权事务委员会 102,219,221,229—233,235—237,246,250,251,254,255,259,260,265,266,364,726,737,743,773,836,923
人权委员会 192,197,229,237,240,242,244,245,256,258,260,262,266,298,299,319,773,774,815,924,951,963,1021,1046
人身保护令 305,516,595
任择条款 855—857
任择议定书 108,131,207,219,221,247,254—256,258,261—263,265,518,610,647,853,934
日德尔 90,456
《日内瓦大陆架公约》 68,461,473,721,724,727
“日内瓦法规” 929
日内瓦公约 23,68,75,88,109,316,317,319,329,330,341,342,446,451,488,524,528,688,911,927—930,933,934,942,948,950—953,977
《日内瓦议定书》 943,944
软法 94,95

塞尔登 20,436
“塞尔维亚贷款”案 81,109
“塞加号”案
沙哈布德因 108,179
沙姆沙伊赫备忘录 198
扇形原则 422
善意原则 82,83,98,1041
商业交易(又“商业行为”) 146,556,559,566—

572,589,602,821
少数者 25,166,201,207,217,224,230,233—238,243,253,255,288—290,292,294,356,364,367,433,788,791
社会所有权 778
《生物多样性公约》 421,667,685
《圣彼得堡宣言》 927,942,944
"圣皮埃尔和密克隆"案 470,473
《圣日耳曼条约》 753,783,786
施塔姆勒 42
施威贝尔 96
时际法 392,394,400,410,734
时效 36,314,388,390,396—400,407—411,420,478,524,569,598
实况调查 804,812,821,825
实用主义 39,737
实证主义(又"实证法学派") 18,20—24,28,36,41,60,79,90,104,105,159,172,206,214,216,352,753,889
使馆馆长 582,583,594,595,603,607,715
使馆馆舍 595—597,601,604,610
世界粮食计划署 209
世界气象组织 694,1016
《世界人权宣言》 37,212,223,224,229,230,238,259,310,332,433,516,1020
世界卫生组织 707,815,881,882,1016,1025,1027,1030,1033,1034,1042
世界银行 32,200,660,666,684,694,757,781,819,820,1017,1031,1043,1047,1049
世界政府 28
世界知识产权组织 815,1016
市民法 14
事实承认 360,367
势力均衡 17,22,36,45,385,888—890
适当谨慎 675,680,699,1041,1048
受国际保护的人员 529
属时管辖权 227,857
双边投资条约 78,656,659,662,663,665,821,822
双重犯罪原则 538
双重国籍 518,643,644,735,790,821,823
《斯德哥尔摩宣言》 674,677,681,686,705
斯多葛派 14
"斯科舍"案 66
斯特拉普 104
苏亚利兹 19,888
苏伊士运河 426,813,973
苏支 21
"孙中山事件" 595
《索非亚议定书》
索马里 156,167,190,315,369,379,380,388,413,483,570,571,809,946,953,971,981,988,995,998,999,1005,1009,1012

"塔迪奇"案 317,342,343,345,624,842,854,945—947,950,983,1004,1006
台湾 187,188,365,366,368,380,490
泰特信函 554,555
谈判 37,54,129,140,141,181,193,197,285,330,366,424,457,465,497,499,542,593,628,640,664,665,682,698,715—720,723,727,728,732,739—741,750,765,769,771,793,795,796,798—801,805,806,808,811,812,814—819,831,832,845,874,967,968,984,987,1017,1018
《探索和利用外层空间的国际合作宣言》 429
特别报告员 161,217,229,238,242,247,254,255,258,262,301,308,319,621,924,1046
"特别报告员法律程序豁免" 178
特别程序 242,244,269,271

《特别使团公约》 96,600,611,612
“特兰德克斯”案(又“特兰德克斯贸易有限公司诉尼日利亚中央银行”案) 115,116,557,575,577,587
特兰斯凯 163
“特雷尔冶炼厂”案 673,674,676,677,688,830
特利佩尔 24
添附 390,392,393,410,419
田中 70,85,102,202,229,230
调停 419,615,620,640,798,801,802,805,806,808—813,815—817,819,966,967,969—971,1010
条约的保留 266,719,726,727
条约机构 248,258,261,263,265—267,774
同意理论 8,73,74
童金 26—28,79,214,215
统治权行为 552,558—561,563,567,589
土著 183,224,236—239,244,245,301,303,306,308,393,714,857
托巴主义 360
托管 179,180,184,196,201,216,222,250,857,883,1026,1034
托管理事会 180,241,957,963,964
托管领土 179,180,191,202,389,413,960,963,964,981
“托里·坎荣号”事件 487

瓦泰尔 21,90
外国人待遇 651,655
外国人侵权求偿法 127,128,535—538
《外国主权豁免法》 537,551,557—559,563,564,569,570,574,577,581,582,585,587,588,591
外交保护 100,150,151,508,639—647,650,847
外交和领事馆舍法 597,598
外交豁免 6,90,112,144,582,584,589,592,593,596,601,603,604,607
外交特权法 155,582,584,593,604
外交邮袋 599—601,610,724,1048
《外空条约》 432,678
万国邮政联盟 23,195,1015,1016
万隆会议最后公报 173
万民法 14,15
危地马拉议定书
《危害人类和平与安全治罪法典草案》 314,315
危害人类罪(又“反人类罪”) 36,252,265,313—315,317,319,321—323,329,330,333,336,337,342—345,524—527,531,583,932,953
危难 610,615,629,630,993,1000,1037
威尔逊 201,360,361
“威胁或使用核武器的合法性” 87,93,170,227,627,711,800,859,893,896,905,906,927,942,1033
韦拉曼特利 11,84,85,91,100,471,671,774,840,841,843,878
维持和平行动(又“维和行动”) 7,961,967,978,979,1010,1022
维多利亚 19,20,560,888
维辛斯基 27
维也纳大会 22
《维也纳会议最后文件》 23
《维也纳领事关系公约》 104,108,127,132,176,305,601,602,609,633,853,874
《维也纳条约法公约》 71,75,100,107,124,330,370,391,394,395,406,417,627,711,726,727,740,748,762,806,818,867,1031,1039
《维也纳外交关系公约》 75,76,582,584,593,602,724,853,1045

《维也纳宣言和行动纲领》 224,258,263,266
委任统治 179—181,222,389,712,755,963,964
委任统治制度 25,179,201,216,222
未经许可的广播 482,484
“温布尔登”案 426,731
沃尔多克 760,761
斡旋 270,699,801,802,810,812,813,815—817,819,842,952,965,966,969—971,974
乌拉圭回合 816,817,1017
污染者付费原则 697
无害通过 427,428,439,443,444,447,449—454,477
无主地 159,312,371,388,390,396—399,403,407

西非国家经济共同体 810,818,1010
西南非洲(又“纳米比亚”) 180,181,184,198,199,962,964,1050
“西南非洲”案 10,80,85,202,229,230,861
西撒哈拉 160,161,165,189,203,204,206,396,400,405,413,414,802,809,880,975
希金斯 10,48,54,233,391,522,528,656,735,836,844,848,849,860,863,864,873,881,884,886,900,940
“锡库拉电子有限公司(埃尔西)”案 81,108,649
“锡理事会”案 116,1028
习惯国际法(又“习惯规则”、“习惯法”、“国际习惯”) 63,66,68,70,76,77,93,100,111—113,115—118,120,125—128,133,135,138,140,141,177,178,203,216,220,223,224,229,230,259,317,345,391,415,440,447,449,456,458,466,468,471,473,478,482,510,529,536,550,564,565,573,574,581,583,589,594,600,605,612,621,624,631,640,641,646—649,653,663,665,672,676,683,688,696,711,726,730,731,733,747,754,761,774,778,779,785,867,891,897—899,902,905,909,910,917,926,927,930,932—934,940,942,953,962,1005,1008,1036,1037,1043,1045
先驱投资者 493,494
先占 388,390,396—400,404,410,413,420,422
现实主义 38,42,44,48,51,53
相对豁免(又“限制豁免”、“限制理论”) 8,551,552,554—560,564,566,570,573
香港 252,376,425,555,767,793,794
消除对妇女歧视委员会 256,266,727
消除一切形式种族歧视国际公约 177,207,228,365,725,853
消除种族歧视委员会 195,229,233,239,248,251,265,266,773
小田滋 839,857
“效果”理论 540
协约国 25,207,312,313
《谢尔曼法》 542
新国家 31,32,36,73,159,161,162,165—168,187,189,350—358,360,363—365,367,388—390,402,408,412,415,625,693,752—755,757,758,762,764,767—770,773—776,778,781,783,786,789,961
“行政法庭”案 80
行政协议 121,129,141
宣告说 155,351—354,359
血统主义 518

“亚历山大港号”案 552,553,555
《亚洲地区反海盗及武装劫船合作协定》 483
沿海贸易权 449
扬马延 98,471—473,499,806

《养护和管理太平洋西部和中部高度回游鱼类种群公约》 492
《养护麦氏金枪鱼公约》 492,499
一般法律原则 56,78—80,82,98,99,102,117,125,202,223,291,655,661,665,829,830,859,938
一般国际法 28,82,97,100—102,170,261,355,364,443,480,596,598,633,742,743,816,818,847,858,977,1003,1037
一般性意见 102,229,230,233,236,240,253,261,264
以色列 12,37,46,132,160,161,195,197,198,241,256,353,355,360,364—366,370,387,396,419,426,453,455,510,515,526,531,532,536,582,596,599,620,667,755,825,856,881,893,899—901,903,907,929,931,932,935—938,940,954,969,973,974,976,981,983,984,1022
《以色列和埃及和平条约》 426
引渡 78,121,124,148,256,260,282,317,324,506,522,526,528—535,538,539,566,603,920—922,924,977,982,986,1005,1019
“印度领土通过权”案(又“通过权”案) 73
应诉管辖理论 850
“英法大陆架”案 89,466—468,472,474,476,499,721,724,738
“英国石油开发公司”案 635,658
英联邦 132,191,192,591,597,598,600,610,622,857,1048
“英挪渔业”案 61,72,88,107,399,400,441,478,479,499
“英伊石油公司”案 712
《营救宇航员、送回宇航员和归还发射到外层空间物体的协定》 431
用尽当地救济 218,219,258,270,281,647,648
有效控制 162,165,189,210,275,276,351,352,355,356,358—362,364,368,373,375—377,396,401,403,410,411,413,417,461,493,624,657,913,935,947,992
“渔业管辖权”案 457,479,488,711,741,742,747,866,875
“宇宙954号” 431
预防措施 303,587,623,672,684,706,882,955
预防性外交 810,826,966
预防性自卫 902—904
域外管辖 221,519,539,540,542
约定必须遵守(又“约定必守”) 8,24,40,41,75,82,83,655,711,742
月球协定 421
越南 7,45,329,524,562,597,598,629,783,978,1023

“在波兰的德国定居者”案 80
“在波兰上西里西亚某些德国人利益”案 109
“在但泽的波兰国民”案 107
“在突尼斯和摩洛哥的国籍令”案 517
“在伊朗的美国外交和领事人员”案 593,853
“造法性”条约(又“造法条约”) 75
战俘 216,341,628,804,825,926,928—933,941,947,949,952—954
战俘待遇 23,75,928,930,953
战争犯罪法 101
战争损害赔偿 615
战争罪(又“战争犯罪”) 36,128,146,209,312—316,321—323,333,334,336,337,340,341,343—345,395,520,524—527,536,580,583,884,927,932,933,942,949,953,989,1003,1004
贞提利 19,20,90
征服 15,19,194,363,368,370,390,394,395,

420,436,910
征收 120,314,374,450,574,588,619,634,635,654—666,787,789,822,823,1048
正常基线
正义战争 887—890
郑斌 62,431
政策定向 47,48,51,214
《芝加哥国际航班过境协定》
《芝加哥国际民用航空公约》 520
执行豁免 586—589,609,1047
直接接触 269,991
直线基线 62,439—443,446
殖民主义 26,93,912
《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》 432,695
《制止恐怖主义爆炸公约》 921
《制止资助恐怖主义公约》 921
中间线 419,465—467,469—471,474
种族隔离 92,163,215,229,241,243,265,314,343—345,378,508,526,528,638,639,957,962
种族歧视 92,100,130,177,215,219,224,228—230,246,248,310,314,332,639,772
仲裁程序示范规则 831
"仲裁义务的可适用性"案 108
重大违约 711,729,744—746
主动人格原则
主观领土原则 512
主航道 391,418
主权豁免 128,144,146,154,358,536,537,548—551,553—556,558,563—566,569,572—574,576,579—581,591,592,603,610,822
主权行为 146,147,149,154,398,399,403,409,410,419,506,554,558,559,561—564,567,569,572—574,577,588,1047
专家意见 114,819,861
专门机构 5,97,196,197,238,267,302,613,804,815,881,882,964,1016,1017,1025,1031,1042,1045,1047,1048
专属渔区 448,457,458
转化说(又"转化"论) 113,116
咨询意见 37,38,66,87,93,101,132,170,178,180,181,203,204,226,252,278,302,304—306,312,371,501,502,517,551,611,627,673,674,722,727,735,737,738,751,815,836,838,844,845,847,848,859,878—883,893,896,900,905,906,927,938,942,961,1006,1030—1032,1034,1046
自决(又"民族自决权"、"人民自决权") 27,100,204,250,415,911
自卫(又"自卫权") 4,20,77,78,170,395,480,532,533,597,604,626,627,859,860,889,891—906,908—911,914,915,922,941,943,944,960,972,978,979,994,996,998,1003,1005,1009,1037
自由裁量理论
自由联合协定 180
自执行条约 129,130
总部协定 132,740,844,1027,1031,1036,1039,1042,1043,1045,1047
总付协定 664,665,824
租借 386,424,425,793
组织文件 208,209,1027,1029—1035,1040,1042,1050
《最低人道标准宣言》 951
罪行特定原则 538
遵循判例原则(又"遵循先例原则") 115,117